

La retribución del trabajo. Límites legales y espontaneísmo social

Dirección y coordinación:

**Juan Pablo Maldonado Montoya, Isabel Marín Moral,
Antonio V. Sempere Navarro**



Derecho del Trabajo
y Seguridad Social

LA RETRIBUCIÓN DEL TRABAJO. LÍMITES LEGALES
Y ESPONTANEÍSMO SOCIAL

COLECCIÓN DE DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

Director de la Colección

Antonio V. Sempere Navarro

Catedrático de Universidad. Magistrado del Tribunal Supremo

Secretaria del Consejo

Yolanda Cano Galán

Catedrática de Universidad (Rey Juan Carlos)

Vocales del Consejo Asesor

María Areta Martínez, Profesora Titular de Universidad (Rey Juan Carlos, Madrid).

Ángel Arias Domínguez, Catedrático de Universidad (Extremadura).

María Emilia Casas Baamonde, Catedrática de Universidad (Complutense). Presidenta de la AEDTSS y de la SIDTSS. Presidenta Emérita del Tribunal Constitucional.

Joaquín García Murcia, Catedrático de Universidad (Complutense).

Lourdes López Cumbre, Catedrática de Universidad (Cantabria).

Antonio Ojeda Avilés, Catedrático de Universidad (Sevilla).

Susana Rodríguez Escanciano, Catedrática de Universidad (León).

Eduardo Rojo Torrecilla, Catedrático de Universidad (Autónoma de Barcelona).

Carmen Sánchez Trigueros, Catedrática de Universidad (Murcia).

LA RETRIBUCIÓN DEL TRABAJO. LÍMITES LEGALES Y ESPONTANEÍSMO SOCIAL

DIRECCIÓN Y COORDINACIÓN

JUAN PABLO MALDONADO MONTOYA

CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO. UNIVERSIDAD SAN
PABLO-CEU

ISABEL MARÍN MORAL

PROFESORA CONTRATADA DOCTOR DE DERECHO DEL
TRABAJO. UNIVERSIDAD FRANCISCO DE VITORIA

ANTONIO V. SEMPERE NAVARRO

CATEDRÁTICO DE UNIVERSIDAD. MAGISTRADO DEL TRIBUNAL
SUPREMO

42

COLECCIÓN DE DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
MADRID, 2026

Primera edición: junio de 2026.

En la página web de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, www.boe.es, apartado de *publicaciones*, se incluyen las instrucciones para envío de originales, normas para su presentación y modelo de solicitud de publicación en esta colección que el autor deberá cumplimentar.

La AEBOE no se solidariza con las opiniones sostenidas por los autores de los originales publicados.

© De los contenidos, sus autores

© Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado para esta edición



Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons-Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional-CC BY-NC-ND 4.0

<https://cpage.mpr.gob.es>

NIPO: 144-26-069-3 (edición en papel)

144-26-070-6 (edición en línea, PDF)

144-26-071-1 (edición en línea, ePUB)

ISBN: 978-84-340-3148-7

Depósito legal: M-15485-2026

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL

BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO

Avenida de Manoteras, 54. 28050 Madrid

LA RETRIBUCIÓN DEL TRABAJO. LÍMITES LEGALES Y ESPONTANEÍSMO SOCIAL

Dirección y coordinación

Juan Pablo Maldonado Montoya

Isabel Marín Moral

Antonio V. Sempere Navarro

Autores

Abeleira Colao, Manuela

Alarcón Castellanos, María del Mar

Aragón Gómez, Cristina

Areta Martínez, María

Arrieta Idiakez, Francisco Javier

Aspra Rodríguez, Alfredo

Baviera Puig, Inmaculada

Bravo Santamaría, Susana

Blasco Jover, Carolina

Cristóbal Roncero, Rosario

Del Valle de Joz, Juan Ignacio

Fernández-Costales Muñiz, Javier

Fernández Orrico, Fco. Javier

García Blanca, José Manuel

Gil Plana, Juan

Galapero Flores, Rosa

González Martínez, José Antonio

González Rodríguez, Rubén

Gutiérrez Pérez, Miguel

Kahale Carrillo, Djamil Tony

Lasaosa Irigoyen, Elena

López Fernández, Rubén

Maldonado Montoya, Juan Pablo

Marbán Pinilla, Teresa

Marín Moral, Isabel

Martín Jiménez, Rocío

Martín Jiménez, Rodrigo

Monjas Barrena, Miriam

Montoya Medina, David

Pagán Martín-Portugués, Fulgencio

Parra Gutiérrez, Juan Pablo

Peña García, Valvanuz

Pérez Campos, Ana I.

Pérez Capitán, Luis

Ríos Mestre, José María

Rodríguez Hernández, Alejandro

Rodríguez Iniesta, Guillermo

Romero Ródenas, María José

Ruiz González, Carlota M.^a

Sempere Navarro, Antonio V.

Smintinica, Catalina

ÍNDICE

	Páginas
PRÓLOGO.....	1
PARTE PRIMERA. EL SALARIO A TRAVÉS DE LA HISTORIA	5
Capítulo I. La retribución del trabajo en los primeros textos y en los textos de los clásicos: el salario a través de la historia y en el pensamiento	7
Capítulo II. La retribución del trabajo en los convenios, recomendaciones, estudios e informes de la OIT	67
Capítulo III. El salario en especie	103
PARTE SEGUNDA. CONCEPTO, ESTRUCTURA Y CUANTÍA DEL SALARIO	145
Capítulo IV. Concepto y estructura del salario: salario base, complementos personales y de puesto y percepciones extrasalariales	147
Capítulo V. Últimas técnicas retributivas: la remuneración mediante acciones y las cláusulas malus. Una visión laboralista	173
Capítulo VI. La retribución variable vinculada a resultados	209
Capítulo VII. Aspectos cruciales en la regulación de la retribución variable: controversias actuales	245

	Páginas
Capítulo VIII. La retribución del trabajo en la negociación colectiva.....	261
Capítulo IX. Régimen jurídico de las gratificaciones extraordinarias....	289
Capítulo X. Salarios mínimos: perspectiva jurídica y aplicación práctica	323
Capítulo XI. El descuelgue salarial.....	361
Capítulo XII. Modificación empresarial de la estructura y cuantía del salario. Contractualización de mejoras salariales.....	435
Capítulo XIII. La retribución de las horas extraordinarias y el trabajo nocturno	473
Capítulo XIV. Cuestiones controvertidas en torno a la retribución de tiempos de descanso y permisos.....	503
Capítulo XV. Salario sin trabajo: supuestos de imposibilidad de la prestación de servicios y supuestos de salario fraudulento	535
Capítulo XVI. Retribución de los trabajadores absentistas e impuntuales	565
Capítulo XVII. La compensación económica de los pactos de plena dedicación y de no competencia postcontractual	593
 PARTE TERCERA. EQUIDAD RETRIBUTIVA	 627
Capítulo XVIII. La igualdad de retribución entre hombres y mujeres en la normativa de la Unión Europea.....	629
Capítulo XIX. La brecha salarial de género: estado de la cuestión.....	651
Capítulo XX. Instrumentos de transparencia retributiva: registro salarial, auditoría retributiva y valoración de puestos de trabajo	687
Capítulo XXI. Desigualdad estructural y retribución diferenciada: un análisis crítico de la doble escala salarial.....	715
 PARTE CUARTA. PROTECCIÓN DEL SALARIO	 741
Capítulo XXII. Garantías clásicas en el pago de la remuneración (lugar, tiempo, modo, prescripción, resolución)	743

	Páginas
Capítulo XXIII. La inembargabilidad del salario	787
Capítulo XXIV. Los privilegios del crédito salarial dentro y fuera del concurso de acreedores	813
Capítulo XXV. Retribución laboral ante una pluralidad subjetiva empresarial: la responsabilidad en supuestos de contratas y sub-contratas, cesión ilegal y ETT	847
Capítulo XXVI. Socialización del riesgo de insolvencia empresarial: el Fondo de Garantía Salarial	873
Capítulo XXVII. Tutela pública: Infracciones y sanciones relacionadas con el salario	893
Capítulo XXVIII. Reclamación judicial del salario: aspectos sustantivos y procesales	935
PARTE QUINTA. RETRIBUCIONES DE COLECTIVOS SINGULARES...	965
Capítulo XXIX. La retribución de los empleados del hogar	967
Capítulo XXX. Retribuciones de consejeros, administradores ejecutivos y personal de alta dirección	993
Capítulo XXXI. La retribución del deportista profesional	1045
Capítulo XXXII. La retribución de los reclusos	1069
Capítulo XXXIII. Retribuciones de artistas y profesionales taurinos	1089
Capítulo XXXIV. Aspectos nucleares de la retribución en el sector agropecuario	1131
Capítulo XXXV. La retribución de las personas socias cooperativistas ...	1171
Capítulo XXXVI. La retribución de los trabajadores desplazados en el marco de una prestación transnacional de servicios: de la garantía del salario mínimo a la misma remuneración	1197
Capítulo XXXVII. Retribución de los empleados públicos	1227
PARTE SEXTA. RELEVANCIA TRIBUTARIA Y DE SEGURIDAD SOCIAL	1259
Capítulo XXXVIII. El salario y su incidencia en la base de cotización a la seguridad social	1261

	Páginas
Capítulo XXXIX. Compatibilidad de las retribuciones del trabajo con la pensión de jubilación, la protección por desempleo y con la incapacidad permanente (RD-ley 11/2024, RD-ley 2/2024 y Ley 2/2025)	1293
Capítulo XL. Las retribuciones salariales en el IRPF	1345

PRÓLOGO

Siendo la prestación del trabajador el centro de gravedad de la relación laboral, no es de extrañar que los estudiosos del Derecho del Trabajo le dediquen la mayoría de sus investigaciones. Pero también la prestación del empresario, constituida principalmente por la retribución del trabajo, merece especial atención. El lenguaje –la palabra «salario»– basta para comprender que su significación supera la mera función de cambio. Como el maestro Alfredo Montoya Melgar enseña, «exigencias de la economía y requerimientos de la justicia; límites legales y espontaneísmo social» son tensiones que están siempre presentes en el complejo tratamiento jurídico del salario ¹.

La importancia del tema, la panoplia de cuestiones salariales y la muy distinta naturaleza de cada una de ellas exigía un amplio equipo de autores, coordinado y plural. Los «Encuentros Interuniversitarios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social» han sido el foro adecuado para acometer una obra tan ambiciosa. Año tras año, desde hace más de un cuarto de siglo, los *Encuentros* reúnen a profesores de Universidad y iuslaboralistas de otros ámbitos profesionales (Abogacía, Empresa, Judicatura, Administración, etc.). Conocidas son las publicaciones alumbradas en los *Encuentros*, caracterizadas por la conjunción de academia y experiencia. Desde hace tiempo se quería acometer una obra de conjunto sobre la retribución del trabajo. El número de autores –más de cuarenta– pone de manifiesto la ambición del proyecto. El peligro era el de incurrir en una mera yuxtaposición de capítulos y autores. Nada de esto ocurre; todo capítulo tiene su sentido y su lugar en el conjunto. El resultado es una obra completa sobre la retribución del trabajo, ordenada en seis partes: el salario a través de la Historia; concepto, estructura y cuantía del salario; equidad retributiva; protección del salario; retribuciones de colectivos singulares; relevancia tributaria y de seguridad social.

¹ Cfr. MONTOTOYA MELGAR, A.: «Prólogo» a DURÉNDÉZ SÁEZ, I., *La regulación del salario en España*, CES, Madrid, 1997, p. 14.

Abrimos la parte primera, el salario a través de historia, con la retribución del trabajo en las primeras leyes y libros sagrados, que anuncian la complejidad de la materia, y con los grandes pensadores de los últimos siglos, que introducen al lector en los grandes debates sobre los salarios. También en clave histórica, la profesora Isabel Marín Moral, rastrea la retribución del trabajo en los convenios, recomendaciones, estudios e informes de la OIT. Reminiscencia del pasado es el salario en especie, del que se ocupa el profesor Rodrigo Martín Jiménez, quien en su día ya escribió una importante monografía sobre el salario *in natura*.

La parte segunda del libro aborda el concepto de salario, estrechamente relacionado con su estructura y cuantía. Abre este extenso bloque el profesor Miguel Gutiérrez para deslindar qué es salario y qué no lo es, al mismo tiempo que nos introduce en la estructura del salario: salario base y complementos salariales, con especial atención a los personales y de puesto. A la luz de la realidad, intensa y múltiple atención se ha querido prestar a los complementos vinculados a los resultados, motivo por el cual hasta tres capítulos se dedican a las retribuciones variables y a las técnicas retributivas más avanzadas, no solo desde una perspectiva doctrinal, sino también práctica; tres abogados laboristas se han ocupado de ellos: el doctor Luis Pérez Capitán, Rubén González Rodríguez y Alfredo Aspra Rodríguez. Función preeminente en la estructura del salario y su cuantía tiene la negociación colectiva entre representaciones de trabajadores y empresarios; la profesora Carlota María Ruiz González nos ofrece una clara radiografía del estado de la cuestión. La profesora María Areta Martínez explica las gratificaciones extraordinarias; su fundamento, número, cuantía, prorrateo. En estrecha relación con todo lo anterior, la profesora Ana Isabel Pérez Campos se adentra en las relaciones entre el salario mínimo interprofesional, los salarios profesionales y los salarios reales, y explica la compensación y la absorción, y su técnica. No escapa el salario al proceso de flexibilización de la relación laboral: a la lejana derogación del decreto de ordenación del salario, se sumaron el descuelgue salarial, del que se ocupa el profesor Juan Gil Plana, y –acción combinada de legislación y jurisprudencia– la modificación de la estructura y cuantía del salario por razones empresariales, abordada por la catedrática Carolina Blasco Jover. La Inspectora de Trabajo y Seguridad Social y doctora María Teresa Marbán Pinilla estudia la retribución tanto de las horas extraordinarias como del trabajo nocturno. La profesora Elena Lasaosa Irigoyen analiza la retribución del tiempo de descanso y de los permisos retribuidos, con especial atención a las cuestiones *más* controvertidas. Aunque el salario retribuye el trabajo, no siempre es así; el catedrático Javier Fernández-Costales Muñiz trata dos supuestos en que,

habiendo salario, no hay trabajo: justo uno, el derecho al mantenimiento del salario acunado el empresario se retrase en asignar trabajo; patológico el otro, la simulación del contrato de trabajo. Problema muy preocupante en los últimos tiempos es el absentismo: ¿Qué ocurre con la retribución del trabajador absentista o impuntual? La respuesta la proporcionan el Inspector de Trabajo y Seguridad Social Alejandro Rodríguez Hernández y el catedrático Guillermo Rodríguez Iniesta. Posible es la limitación de la libertad de trabajo a través los pactos de plena dedicación durante la relación laboral y de competencia una vez extinguida esta, bajo ciertas condiciones, entre las que se encuentra su compensación económica, lo que es objeto de estudio por el catedrático David Montoya Medina.

Mucho se ha avanzado y mucho queda por avanzar en relación al principio de no discriminación, que como es sabido, tiene proyección directa en la retribución del trabajo, a lo que dedica la tercera parte del libro. Impulsora incuestionable de la igualdad retributiva entre mujeres y hombres es la Unión Europea, a través de sus directivas, como la catedrática Rosario Cristóbal Roncero explica. Del estado de la cuestión de la brecha salarial se ocupa el profesor Rubén López Fernández. La catedrática María José Romero Ródenas explica los instrumentos de transparencia retributiva, sin los que esta se hace muy difícil: registro salarial, auditoría retributiva y valoración de puestos de trabajo. Más allá de las diferencias de retribución entre trabajadoras y trabajadores, el profesor Djamil Tony Kahale Carrillo afronta la doble escala salarial.

La especial significación del salario, que rebasa con creces la estricta función contractual de cambio, exigen dotar al salario de una especial protección. De las garantías clásicas en el pago de la remuneración laboral (de lugar, tiempo y modo, de prescripción y de resolución contractual) se ocupa el catedrático y magistrado Antonio V. Sempere Navarro; de la inembargabilidad del salario, la catedrática Cristina Aragón Gómez; de los privilegios o preferencias de los créditos salariales frente a otros acreedores del empresario (dentro y fuera del concurso de acreedores), el profesor José María Ríos Mestre. De las responsabilidades por los salarios en supuestos de pluralidad subjetiva empresarial (contratas y subcontratas, cesión ilegal, ETT) escribe el profesor José Antonio González Martínez. De la protección del salario a través de la socialización o aseguramiento obligatorio del riesgo de insolvencia empresarial, es decir, del FOGASA, se ocupa la abogada y profesora Susana Bravo Santamaría, en clave de futuro. Dentro de este mismo bloque se abordan la tutela administrativa y la tutela judicial del salario. De la primera se encarga la profesora María del Mar Alarcón Castellanos; de la segunda, el abogado José Manuel García Blanca.

Importante elenco es el de colectivos con especialidades en su retribución, empezando por las personas trabajadoras en el hogar de otra, que en los últimos años han conocido importantes modificaciones, de las que da cuenta la profesora Rocío Martín Jiménez. Le siguen las remuneraciones del estamento directivo (consejeros, directivos de régimen común, altos directivos), esclarecidas por la profesora Manuela Abeleira Colao. El abogado y profesor Fulgencio Pagán Martín-Portugués aborda las complejas retribuciones de los deportistas asalariados. La doctora Valvanuz Peña García se ocupa de la retribución del trabajo en centros penitenciarios por personas privadas de libertad. La profesora Inmaculada Baviera Puig afronta las retribuciones de los artistas, así como de los profesionales taurinos. La profesora Miriam Monjas Barrena lo hace con las retribuciones en el sector agropecuario. Industria y –precisamente– agricultura son los sectores en los que con frecuencia el cooperativismo canaliza el trabajo productivo, que –expone el catedrático Francisco Javier Arrieta Idiákez– es «retribuido» a través del periódico anticipo societario y, en su caso (cuando haya excedentes), del retorno cooperativo. Categoría particular son los trabajadores desplazados en el marco de una prestación transnacional de servicios; como explica el Inspector de Trabajo y Seguridad Social y doctor Juan Pablo Parra Gutiérrez, por lo que a su salario atañe, desde la garantía del salario mínimo se ha pasado en los últimos tiempos al principio de la misma remuneración. Capítulo aparte es el de las retribuciones de los empleados públicos, del que se ocupa el profesor Juan Ignacio del Valle de Joz.

No podía concluir esta obra sobre la retribución del trabajo sin tener en cuenta su imbricación con la seguridad social y su relevancia tributaria, cuestiones abordadas en la sexta y última parte de este libro. En cierto modo, las prestaciones del nivel contributivo de la Seguridad Social son salario diferido, cuya cuantía depende de lo cotizado en función de la remuneración del trabajador, a través de complejas reglas, que la profesora Catalina Smintinica desgana. La sostenibilidad económica del sistema de seguridad social ha desplazado el histórico principio de incompatibilidad entre salario y pensión, de la que hasta no hace solo escapaba la de viudedad, y que hoy lo hacen en parte las de jubilación, invalidez y desempleo, como el catedrático Fco. Javier Fernández Orrico explica. El punto final lo pone la catedrática de Derecho Tributario Rosa Galapero Flores –el fisco no se olvida de los salarios– para recordar el tratamiento que las retribuciones de los trabajadores tienen en el impuesto sobre la renta.

PARTE PRIMERA
El salario a través de la historia

CAPÍTULO I

LA RETRIBUCIÓN DEL TRABAJO EN LOS PRIMEROS TEXTOS Y EN LOS TEXTOS DE LOS CLÁSICOS: EL SALARIO A TRAVÉS DE LA HISTORIA Y EN EL PENSAMIENTO*

JUAN PABLO MALDONADO MONTOYA
Catedrático de Derecho del Trabajo
Universidad San Pablo-CEU

1. LA RETRIBUCIÓN DEL TRABAJO EN LA ECONOMÍA AGRARIA Y DOMÉSTICA

1.1 Primeras leyes sagradas

De las 282 leyes labradas en piedra del Código de Hammurabi (Babilonia, 1795-1750 a. C.), presididas todas ellas por la escena en la que Shamash (dios mesopotámico de la justicia) entrega a Hammurabi dichas leyes (no siendo humanas, no son arbitrarias, sino divinas), algunas fijan cuál ha de ser la retribución del trabajo. Establecen sobre todo el jornal en trigo o plata de peo-

* El presente estudio se realiza en el marco del Proyecto de Investigación PID 2024-160535OB-I00, del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2024-2027.

nes de distinto tipo, confundidos estos con cosas y animales objeto de arrendamiento en el ámbito agrario ¹:

«Si alguno ha arrendado un pastor para apacentar los bueyes y los carneros, le entregará 8 *gur* de trigo por año [²]. Si [...] un buey de carga, [...] 20 *qa* [³]. Si [...] un asno como bestia de carga, [...] 10 *qa* [⁴]. Si es un pollino o un novillo, [...] 1 *qa* [⁵]. Si [...] un jornalero, después del comienzo del año hasta el quinto mes, le entregará por día 6 *se* de plata; desde el sexto mes hasta el fin del año, le dará por día 5 *se* de plata» [⁶]. El salario del que coloca ladrillos, 5 *se* de plata. [...] Del sastre, 5 *se* de plata. El [...] del carpintero, 4 *se* de plata. [...] El [...] del albañil de plata [...] Por día, pagará [⁷].».

La dimensión cuasi religiosa que entonces tenía la ligadura entre acreedor y deudor refuerza la posición del primero a través de la condenación eterna, lo que reza asimismo para los créditos derivados del trabajo ⁸.

Del Antiguo Testamento, destaca en primer lugar el libro del Génesis (1440-1400 a. C.), donde está presente la función sustentadora del salario. Como consecuencia de la primera desobediencia al Creador, el ser humano es condenado a trabajar para vivir: «con fatiga te alimentarás» ⁹ o «con el sudor de tu frente comerás el pan» ¹⁰.

La abundancia de condenas bíblicas ante el impago del jornal no solo muestra la tipificación moral de la conducta sino también que esa reprochable conducta debía ser habitual. El profeta Jeremías (626-586 a. C.) advierte contra el impago del salario: «¡Ay de quien [...] se sirve de su prójimo de balde y no le remunera el trabajo» ¹¹. Mucho antes, Moisés enseña en el Levítico (1440-1400 a. C.) cómo este pecado atenta contra la dignidad y la propiedad del jornalero: «No vejarás a tu prójimo ni le expoliarás; el salario del jornalero no pernoctará en tu poder hasta la mañana siguiente» ¹². Pecado especialmente repugnante –insiste Moisés–, porque ofende a los más necesitados: «No explo-

¹ Utilizamos la traducción al española realizada por Gabriel Franco a partir de la hecha por Scheil de los textos elamitas-semíticos (FRANCO, G.: «Las leyes de Hammurabi: versión española, introducción y anotaciones», *Revista de Ciencias Sociales*, núm. 3, 1962, p. 331.

² Ley 261.

³ Ley 268.

⁴ Ley 269.

⁵ Ley 270.

⁶ Ley 273.

⁷ Ley 274.

⁸ PÉREZ ÁLVAREZ, M. P.: «La posición del deudor en la Historia. De la responsabilidad personal a la patrimonial», *Revista General de Derecho Romano*, núm. 16, 2011, p. 2/50.

⁹ Gn 3, 18.

¹⁰ Gn 3, 20.

¹¹ Jer 22, 13.

¹² Lev 19, 13.

tarás al jornalero pobre o indigente [...] El mismo día le has de pagar su salario y no se pondrá el sol dejándole pendiente, porque es pobre y suspira por él; de esta suerte no clamará contra ti Yahveh y no incurrirás en pecado» (Deuteronomio, 1410 a. C.)¹³. Dejan huella además los dos textos de la regla de pago del salario al final de cada jornada, e insisten en la función del jornal como medio de vida para los más humildes.

1.2 El Digesto y otras fuentes romanas

Para los romanos, la retribución (*merx*, *merces*) era un elemento esencial de la *locatio conductio operarum*, tanto como el precio lo era en la *emptio-venditio*: «La locación-conducción es semejante a la compra-venta y se apoya en las mismas reglas de derecho. Porque así como la compra y venta se celebra cuando se hubiere convenido sobre el precio, así también se entiende que se celebra la locación y conducción si se hubiera convenido sobre el alquiler» (renta)¹⁴.

La jurisprudencia clásica exigía que la *merces* consistiera en una suma cierta en dinero¹⁵. De ahí que en un primer momento, el término *mercennarius* fuera sinónimo de asalariado, aunque acabó teniendo un sentido más restrictivo y peyorativo, para referirse al trabajador sin cualificación, dispuesto a aceptar cualquier trabajo a cambio de una remuneración¹⁶. Aunque la totalidad de la retribución se podía fijar globalmente, para toda la duración del trabajo, y pagarse al final, lo frecuente era que el salario se abonase por días. En cualquier caso, el compromiso de proporcionar comida y techo al operario era habitual¹⁷.

En el derecho clásico, se discutió la validez de las convenciones que postergaban la determinación de la retribución a un momento posterior, ya fuera al arbitrio de un tercero o de uno de los contratantes: «Si no se ha fijado una renta cierta no se considera que se haya contráido arrendamiento: en consecuencia, cuando la renta se deja al arbitrio de un tercero, por ejemplo, cuan-

¹³ Deut 24, 14.

¹⁴ *Locatio et conductio proxima est locationi et venditioni iisdemque iuris regulis consistit: nam ut emptio et venditio ita contrahitur si de pretio convenerit, sic et locatio et conductio contrahi intellegitur si de mercede convenerit* (Dig. 19, 2, 2).

¹⁵ En este sentido, GARCÍA FUEYO, B.: *Consideraciones sobre la merces*, in *pecunia numerata, en la locatio-conductio operarum: Del Derecho Romano al contrato de trabajo*, Dykinson, Madrid, 2018, p. 54.

¹⁶ ALEMÁN PÁEZ, F. y CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S.: *Del trabajo como hecho social al contrato de trabajo como realidad normativa: un apunte histórico-romanístico*, Dykinson, Madrid, 1997, p. 47.

¹⁷ DE ROBERTIS, FRANCESCO M.: *I rapporti di lavoro nel diritto romano*, Giuffrè, Milano, 1946, p. 146.

do Ticio estime, se discute si se ha contráído contrato de arrendamiento»¹⁸. De Robertis entiende que se impuso la solución positiva, convirtiéndose en práctica muy frecuente¹⁹.

Otro requisito de la retribución residía en su «efectividad». Si la retribución era ficticia, no había locación sino donación. Así, «si alguno hubiera tomado en arrendamiento por un solo sextercio, el arrendamiento es nulo, porque también esto es a manera de donación»²⁰.

Ya entonces tenía el trabajador derecho al salario cuando el empresario se retrasara en darle trabajo: «El que dió en arrendamientos sus servicios, debe recibir el salario de todo el tiempo, si en él no consistió que no prestase los servicios»²¹. No obstante, en tal supuesto, ese derecho cesaba si el trabajador prestaba servicios para otro empleador: «Habiendo un copista dado en arriendo sus servicios, y habiendo fallecido después el que los había tomado arrendados, el Emperador Antonino respondió por rescripto, junto con el divino Severo, a la instancia del copista en estos términos: Puesto que alegas que no consistió en ti que no prestases a Antonio Aquila los servicios arrendados, si de otro no recibiste en el mismo año salarios, es justo que se cumpla lo prometido en el contrato»²².

En la *locatio operis*, el contratista de la obra tenía la facultad de pagar el salario directamente a los trabajadores impagados por el subcontratista-*conductor operis* y deducirlos de la retribución que a este último le correspondiese, pudiendo incluso retener en su poder los aperos de labranza y otros útiles de trabajo trasladados a la finca por el subcontratista: «Si el comprador [*contratista de la obra*] no entregare lo convenido a los recolectores y a los capataces que allí trabajaron, si el propietario [*comitente*] quiere pagar: el comprador le deberá al propietario y una vez pagado, dele una garantía, sirviendo de prensa las cosas...»²³.

¹⁸ *Nisi enim merces certa statuta sit, non videtur locatio et conductio contrahi: unde si alieni arbitrio merces promissa sit, veluti quanti Titius aestimaverit, quaeritur an locatio et conductio contrahatur* (Gaius III, 143).

¹⁹ DE ROBERTIS, FRANCESCO M.: *I rapporti di lavoro nel diritto romano*, cit., p. 147.

²⁰ *Si quis conduxerit nummo uno, conductio nulla est, quia et hoc donationisinstar inducit* [Dig. 19, 2, 46 (49)].

²¹ *Qui operas suas locavit, totius temporis mercedem accipere debet, si per eum non stetit quominus operas praestet* [Dig. 19, 2, 38 (41)].

²² *Cum quidam exceptor operas suas locaret, deinde is qui eas conduxerat decessisset, imperator Antoninus cum divo Severo rescripsit ad libellum exceptoris in haec verba: cum per te non stetisse proponas, quo minus locatas operas Antonio Aquilae solveres, si edodem anno mercedes ab alio non accepisti, fidem contractus impleri aequum est* (Dig. 19, 2, 19, 9).

²³ *Si emptor [contratista de las obras] lugulis et factoribus qui illic opus facerint non solverit cui dare oportebit, si dominus [comitente] volet, solvat: emptor domino debeto et id satis dato, proque ea re uti s. s. e., item pignerii sunt* (MARCO PONCIO CATÓN en *Libri de re rustica*, cap. 146; CATO, M. P., VARRO, M. T., COLUMELLA, L. I. y PALLADIUS, R.: *Libro de re rustica*, Parisiis, Venundantur Iodoco Badio Ascensio, 1529, p. 22).

Para acabar con los textos romanos, hay que destacar cómo el impago de las deudas era fuente de la obligación de trabajo por cuenta ajena. A través del *nexum*, quienes tomaban dinero prestado se ataban personalmente al pago del principal adeudado y los intereses de tal modo que el acreedor adquiría la facultad de encadenarlo y encerrarlo hasta que pagase la totalidad de su deuda a través de la prestación de servicios (*operae*) al acreedor²⁴. «El libre que prestaba (*nectebat*) sus servicios en un estado de esclavitud por el dinero que debía, hasta que lo pagara, es llamado *nexus*», explica Varrón²⁵. En ese caso, el dinero no retribuía el trabajo, sino que —se puede decir— el trabajo (en estado de esclavitud) retribuía al dinero. El acreedor anticipaba entonces el dinero, todo lo contrario que en la práctica de la *locatio conductio operarum* y el contrato de trabajo, en los que usualmente es el trabajador el que anticipa su trabajo y trabaja a crédito.

1.3 Evangelios y Epístolas

Las condenas judaicas frente al impago del jornal no debían surtir mucho efecto cuando también las cartas canónicas insisten en este punto a los cristianos: «Atended ahora, ricos²⁶ [...] Mirad, el jornal de los obreros que segaron vuestras tierras, retenido por vosotros, está clamando, y los gritos de los segadores han llegado a los oídos del Señor de los Ejércitos»²⁷. Sobre todo: «El obrero merece su salario»²⁸. Estas palabras de Jesús inspirarán con el tiempo la cuestión del salario justo entre los escolásticos.

Del normal pago del jornal al final de cada jornada, da testimonio el conocido pasaje de los trabajadores de la viña:

«El reino de los cielos es parecido a un amo que salió de madrugada a contratar obreros para su viña, y, después de ajustar a los obreros por un denario al día, los envió a su viña. Cuando salió hacia la hora tercia vio a otros que estaban en la plaza parados, y les dijo: “Id también vosotros a la viña, y os daré lo que sea justo”. Ellos fueron. Cuando volvió a salir hacia la hora sexta, y nona, hizo igual. Y cuando salió hacia la hora undécima encontró a otros por allí, y les dice: “Por

²⁴ PÉREZ ÁLVAREZ, M. P.: «La posición del deudor en la Historia. De la responsabilidad personal a la patrimonial», *Revista General de Derecho Romano*, núm. 16, 2011, p. 3/50.

²⁵ *Liber qui suas operas in servitutem pro pecunia quam debebat 'debeat dat' dum solveret nexus vocatur* (VARRO, M. T.: *De lingua latina*, VII, 105; hemos utilizado VARRÓN: *La lengua latina: libros VII-X*, Grados, Madrid, 1998, p. 74.).

²⁶ Stgo 5, 1.

²⁷ Stgo 5, 4.

²⁸ Lc 10, 7. En similar sentido, San Pablo: «El trillador [debe trillar] con esperanza de llevar su parte» (Cor. I, 9, 10).

qué estáis ahí todo el día parados?” Le dicen: “Nadie nos contrató”. Les dice: “Id también vosotros a la viña”. Llegado el atardecer, dijo el dueño de la viña a su mayordomo: “Llama a los obreros y págales el jornal, empezando por los últimos hasta los primeros”. Al llegar los de la undécima hora recibieron un denario cada uno. Al llegar los primeros pensaron que recibirían más, pero también ellos recibieron cada uno su denario. Después de cogerlo murmuraban contra el amo, diciendo: “Estos últimos han trabajado una hora y los igualaste a nosotros, que hemos aguantado el peso del día y el calor del sol”»²⁹.

La parábola muestra la diferencia entre el salario a cambio del trabajo, intercambio humano presidido por la idea de equivalencia, y la gracia divina, de lógica muy distinta. A la protesta de los operarios que trabajaron todo el día, contesta el dueño de la viña: «Yo no te faltó. ¿No te ajustaste conmigo por un denario? Toma lo tuyo y vete. Quiero darle a este último lo mismo que a ti...»³⁰. Frente al contrato y la palabra dada, que el dueño de la viña no deja de cumplir, está el regalo o don del Dios cristiano.

Muy conocidas son también las palabras de San Pablo en su segunda carta a los tesalonicenses: «Si alguno no quiere trabajar, que tampoco coma»³¹. Texto este que ha podido llevar a interpretaciones de lo más extraño. Hay que poner estas palabras en su contexto. Pablo las dice porque algunos cristianos, ante la idea de una inminente parusía (segunda venida de Cristo y final de los tiempos), se habían desentendido de las actividades productivas, con el consiguiente perjuicio para el resto de la comunidad (eran las de Tesalónica comunidades de cristianos en las que los bienes se ponían en común)³².

1.4 Los ordenamientos medievales

La economía de la Alta Edad Media era cerrada, con un cierto comercio interior caracterizado por el trueque, pero sin que constituyese medio de vida habitual. Lo mismo acontecía con el trabajo: apenas se acudía al arrendamiento de servicios, sino a las prestaciones personales de serviles de tipología e intensidad muy variada según territorio y momento. La ausencia de moneda obligaba a vivir al día y al consumo de los productos junto al lugar de producción. La escasa circulación de moneda impedía la acumulación de reservas. La penuria monetaria supuso la minimización de la importancia social del salario. La ausencia de numerario con el que retribuir el trabajo acabó imponiendo sistemas de remune-

²⁹ Mt 20, 1-12.

³⁰ Mt 20, 13-14.

³¹ 2Tes 3,10.

³² GASDA, É. E.: *Fe cristiana y sentido del trabajo*, San Pablo, Madrid, 2011, p. 85.

ración del trabajo distintas a la lógica de intercambio continuado de trabajo por salario, es decir, de trabajo por la entrega periódica de una suma en dinero. Las alternativas eran básicamente dos: entrar al servicio en la casa de otro a cambio de comida, techo y ropa, lo que en la práctica implicaba un vínculo mucho más íntimo que el estrictamente patrimonial, o bien aceptar el cultivo de tierras ajenas a cambio de una renta o censos de todo tipo, que suponía una relación más distendida, en la que este tipo de cultivadores eran considerados casi propietarios. Como afirma Bloch, «ambos métodos conspiraban, aunque en sentidos opuestos, para establecer relaciones humanas muy diferentes de las del asalariado»^{33, 34}.

El incremento de moneda durante la Baja Edad Media dinamizó el mercado de trabajo, al facilitar el intercambio de trabajo por salario, lo que a la postre transformó la concepción misma del trabajo³⁵. El salario (en dinero) contribuyó así al declive del sistema feudal. Asimismo, el tránsito del sistema dominical al señorial durante el feudalismo extendió y aceleró la introducción del salario en el mercado de trabajo³⁶. Desde el siglo XII, la acumulación de tesorería por parte de reyes y grandes señores permitió que el salario recuperase su posición como principal forma de pago de los servicios³⁷.

La recuperación de la moneda junto a la aparición algo más tarde de los primeros relojes mecánicos, que sustituyeron las horas desiguales solares por otras abstractas y exactas, allanaron el camino a la mercantilización del trabajo. Medible ya el tiempo de trabajo en unidades temporales iguales, y medible también su retribución en dinero, era solo cuestión de tiempo que el contrato fuera sustituyendo a los vínculos personales de trabajo.

Es de destacar el aumento de los salarios durante la Edad Media; sobre todo la espectacular elevación de los salarios entre 1350 y 1450 debido a la escasez de mano de obra provocada por la Peste Negra, lo que motivó la regulación del trabajo con el propósito de frenar dichos incrementos por la autoridad real en Castilla, Inglaterra y Francia³⁸. Así, el Ordenamiento de menestrales del rey Pedro I, publicado en Las Cortes de Valladolid de 1351, establece soldadas y jornales fijados para:

... todos los labradores, e labradoras, e valdios (personas sin oficio habitual), e personas que lo puedan, e deban ganar, como dicho es, que labren en las

³³ BLOCH, M.: *La sociedad feudal*, traducido por Eduardo Ripoll, Akal, Madrid, 1986, p. 90.

³⁴ *Ibid.*, pp. 98-90.

³⁵ LE GOFF, J.: *La Edad Media y el dinero*, traducción de María Asunción Serrano García, 2.ª ed., Akal, Madrid, 2012, p. 159.

³⁶ *Ibid.*, p. 158.

³⁷ BLOCH, M.: *La sociedad feudal*, ob. cit., p. 93.

³⁸ LE GOFF, J.: *La Edad Media y el dinero*, ob. cit., p. 158.

*labores de las heredades continuadamente, así como el precio de los distintos trabajos, todos ellos detallados, de zapateros, alfayates o sastres, armeros, carpinteros, albañiles, canteros, ferreros (herrereros), fondidores (fundidores), pellijeros (pellejeros), freneros, acicaladores, orenses (orfebres), silleros e a los otros menestrales de oficios semejantes a estos que: labren, e usen de sus oficios, e de sus menesteres, e que den, e fabren, e que fagan cada uno cada una cosa de sus oficios, por los precios que de suso en este ordenamiento se contiene: e que non reciban mayor cuantía por ellas, de las que suso se contienen: e cualquier de los dichos menestrales que mayor cuantía recibiese, [...] que pechen por la primera vegada [vez] cincuenta maravedís, e por la segunda vegada, cien maravedís: e por la tercera vegada doscientos maravedís: e dende adelante por cada vegada doscientos maravedís: e si non obiere bienes de que pechar dichas penas, o cualquiera de ellas, que le den por cada vegada la pena de azotes que es puesta de suso contra los labradores*³⁹.

1.5 Suárez

La Escuela de Salamanca acomete la tarea de actualización de la doctrina tomista a los retos económicos y sociales de la Edad Moderna, en la que existe ya un capitalismo incipiente. Sus numerosas contribuciones sobre el precio justo de las cosas responden a ese propósito. Aunque por lo que se refiere al trabajo asalariado por lo general los escolásticos salmantinos siguen el criterio del respeto a la palabra dada –sin entrar en más profundidades– no faltan aportaciones que apuntan la idea del salario justo.

Superando la mera lectura economicista que soslaya la persona del servidor, para Francisco Suárez (1548-1617), el salario no puede depender solo del acuerdo de voluntades derivado de la ley de la oferta y la demanda. Desde esa perspectiva, siempre se debe al trabajador algo más que el mero sustento. Es un deber de justicia, no de caridad, cuya cuantía depende tanto del trabajo a realizar como de las cualidades del trabajador⁴⁰: «Está obligado a asignar y pagar a su criado un estipendio justo, que, de hecho, debe medirse según la calidad del puesto y del servicio»⁴¹.

Se corresponde esta idea con la distinción que Suárez hace entre los siervos, que están obligado a obedecer a sus amos, y los criados, que solo deben obediencia en lo que por razón de su oficio están obligado a hacer, matiz en el

³⁹ <https://www.filosofia.org/his/laf/p203zb.htm>, última consulta, 12 mayo 2025.

⁴⁰ CONTRERAS, S., MIRANDA, A. y SIERRA, A.: «El salario justo en los teólogos jesuitas de la segunda escolástica: Luis de Molina, Francisco Suárez y Juan de Lugo», *Bajo Palabra*, II época, núm. 26, p. 26

⁴¹ SUÁREZ, F.: *Conselhos y pareceres*. tomo II, vol. 2, Universidade de Coimbra, 1952, p. 339.

que Alonso Olea encuentra la génesis del moderno Derecho del Trabajo, concebido como progresiva limitación del poder del empresario⁴².

Para el *Doctor Eximius*, el deber de pagar un salario justo no es un asunto simplemente normativo ni obedece solo a un mandato de la caridad, sino que procede de la ley natural. Los trabajos que otro realiza en nuestro beneficio han de ser retribuidos; deber natural de retribución del trabajo por cuenta de otro. Los trabajos prestados otorgan poder moral para exigir su retribución⁴³: «Según el [...] estricto significado de *ius*, con toda propiedad suele llamarse *ius* al poder moral que cada uno tiene sobre lo suyo o sobre lo que se le debe; así se dice que el dueño de una cosa tiene derecho al salario, por razón de lo cual se dice que es digno de su recompensa. Este significado es frecuente, no solo en derecho, sino también en la Escritura»⁴⁴.

Atendiendo a la persona del trabajador y por tanto a sus necesidades, el pago del salario en tiempo y forma distintas a lo convenido es una gran injusticia, pues quienes aceptan trabajar para otros suele ser porque se sustentan de su trabajo. No hay pues excusa alguna que justifique el impago y si intervino razón alguna de injusticia en la demora o retención del salario, el señor «en conciencia estará obligado a compensar al criado por todas las pérdidas derivadas y por la pérdida de ganancias justas, puesto que fue por causa injusta que el siervo sufrió aquellos perjuicios»^{45, 46}.

La dificultad estriba en determinar cuál debe ser la cuantía de esa retribución para que sea justa. Es aquí donde surge la duda: si el importe del salario ha de venir determinado por el mercado o si han de considerarse otros factores. Así, el que está por completo al servicio de otro tiene derecho a recibir de ese otro el sustento y las cosas precisas para la vida; pero aquel que lo está parcialmente tendrá únicamente derecho a la parte proporcional⁴⁷. No hay más obligación que la de pagar el salario al trabajador, por muy bien que este lo haga, pues es su obligación. No hay deber moral alguno de pagar más o de mayores beneficios para los trabajadores más antiguos y responsables; si se hace, es por gratitud. Pero hay ocasiones en las que habría obligación moral de pagar más al servidor. Así ocurre si ha mediado promesa o si un servidor está en tal situación de nece-

⁴² ALONSO OLEA, M.: *De la servidumbre al contrato de trabajo*, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 1987, p. 34.

⁴³ CONTRERAS, S., MIRANDA, A. y SIERRA, A.: «El salario justo en los teólogos...», cit., p. 261.

⁴⁴ En *De Legibus, ac Deo Legislatore* (1612). Hemos utilizado SUÁREZ, F.: *Tratado de las leyes y del Dios legislador*, vol. I, libro I, cap. 2, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1967, p. 11.

⁴⁵ SUÁREZ, F.: *Conselhos y pareceres*, cit., p. 347.

⁴⁶ CONTRERAS, S., MIRANDA, A. y SIERRA, A.: «El salario justo en los teólogos...», cit., p. 266.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 261.

sidad que hay que favorecerlo más que al resto, pero en este último caso sería por un deber de caridad⁴⁸.

Es de justicia que la imposición al criado de nuevos trabajos no contemplados en el contrato inicial vaya acompañada de un ajuste al alza de su salario; si no, se practica violencia moral contra el trabajador⁴⁹.

Cuando el señor, como era frecuente en la nobleza, sufragara los estudios de alguno de sus servidores, no tenía obligación de pagar cantidad especial por sus servicios, sino que bastaba con pagarle los estudios y la manutención, siempre que dichos servicios le dejaran tiempo suficiente para el estudio⁵⁰.

Suárez se pronuncia sobre el supuesto, que no debía ser extraño en su época, en el que un trabajador doméstico en precaria situación acepta no percibir salario alguno durante cierto tiempo. Es un contrato injusto; aunque haya sido aceptado por el servidor, no obliga en conciencia: el servidor no fue libre al aceptar el trabajo, sino que lo acepta coactivamente, debido a la necesidad⁵¹.

El trabajador no pierde el derecho al salario devengado cuando renuncia libremente al empleo. Tampoco lo pierde cuando es despedido por su propia culpa, careciendo de justo título el señor para no pagarle lo que le debe. Y si el incumplimiento del servidor es de tal gravedad que merezca ser privado del salario devengado, habrá de ser un tercero, un juez, quien lo establezca, pero no el señor por su sola voluntad. Ahora bien, si la negligencia del trabajador produce daños en las cosas, podrá su señor compensar los daños con lo que le debe de salario⁵².

2. LOS SALARIOS EN LA ERA INDUSTRIAL

2.1 Adam Smith

No son pocas las páginas que, en *La riqueza de las naciones* (1776), Adam Smith dedica al comportamiento de los salarios en el capitalismo⁵³. Sobre todo, es muy conocida su teoría sobre el fondo de salarios, que ha servido de base a economistas posteriores para llegar a nuevas consideraciones tan-

⁴⁸ *Ibid.*, p. 262.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 266.

⁵⁰ SUÁREZ, F.: *Conselhos y pareceres*, ob. cit., p. 339.

⁵¹ En el caso concreto analizado por Suárez, el servidor acepta no percibir retribución alguna por su trabajo una vez que transcurran los seis primeros años.

⁵² CONTRERAS, S., MIRANDA, A. y SIERRA, A.: «El salario justo en...», ob. cit., p. 263.

⁵³ Apartados 8 y 10 del Libro I de *La riqueza de las naciones*.

to sobre los salarios como a los efectos de la jornada laboral. Pero las reflexiones del moralista británico sobre los salarios van mucho más allá.

Para Smith, «el ingreso derivado del trabajo se llama salario», mientras que «el derivado del capital, por la persona que lo dirige o emplea, se llama beneficio»⁵⁴. No solo deslinda salario y beneficio, que entiende legítimo, sino que además distingue entre la retribución de los directivos, que también es salario, aunque de una categoría muy particular de trabajadores, y el beneficio que al empresario corresponde:

«Podría acaso pensarse que los beneficios del capital son sólo un nombre distinto para los salarios de un tipo de trabajo particular, el trabajo de inspección y dirección. Son, sin embargo, totalmente diferentes, los principios que los regulan son muy distintos, y no guardan proporción alguna con la cantidad, la dureza o el ingenio de esa supuesta labor de inspección y dirección. Están regulados completamente por el valor del capital invertido»⁵⁵.

En un primer instante —explica Smith— el salario se identifica con el producto del trabajo, como su recompensa natural: «En el estado original de cosas que precede tanto a la apropiación de la tierra como a la acumulación del capital, todo el producto del trabajo pertenece al trabajador»⁵⁶. En ese momento, el trabajador no comparte el producto de su trabajo ni con terrateniente ni con patrono de ningún tipo. Si ese estado de cosas hubiese continuado, la división del trabajo y con ella el aumento de la capacidad productiva hubiera implicado el progresivo incremento de «los salarios del trabajo» y un gradual abaratamiento de todas las cosas. Pero una vez que ese estado de cosas desaparece, el propietario de la tierra exige una parte de la producción; es la primera deducción del producto de la tierra. Además —continúa el padre de la Economía Política— para que pueda subsistir el terrateniente anticipa al productor lo preciso para que pueda subsistir en tanto se obtiene la cosecha, pero ese anticipo se produce a cambio de un beneficio, y ese beneficio supone una segunda deducción del producto del trabajo.

Advierte Adam Smith de la contraposición de intereses entre trabajador y empresario: «Los salarios corrientes dependen en todos los lugares del contrato que se establece normalmente entre dos partes, cuyos intereses en modo alguno son coincidentes. Los trabajadores desean conseguir tanto, y

⁵⁴ SMITH, A.: *La riqueza de las naciones (Libros I-II-III y selección de los libros IV y V)*, traducción de Carlos Rodríguez Brown, Alianza, Madrid, 2004, p. 92.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 88.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 108.

los patronos entregar tan poco como sea posible»⁵⁷. El antagonismo es tanto individual como colectivo: «Los primeros están dispuestos a asociarse para elevar los salarios, y los segundos para disminuirlos»⁵⁸. Es más, «los patronos están siempre y en todo lugar en una especie de acuerdo, tácito pero constante y uniforme, para no elevar los salarios sobre la tasa que exista en cada momento»⁵⁹. Y «a veces entran en uniones particulares para hundir los salarios por debajo de esa tasa»⁶⁰. Los segundos, los trabajadores, se unen fundamentalmente para elevarlos, sobre todo cuando el precio de los alimentos sube, pero a veces también ante «el gran beneficio que sus patronos obtienen gracias a su esfuerzo»⁶¹.

Existe, según Smith, un nivel salarial mínimo coherente con la existencia humana: «Aunque en los conflictos con sus obreros los patronos llevan generalmente ventaja, existe una tasa determinada por debajo de la cual es imposible reducir durante mucho tiempo los salarios [*pues*] un hombre ha de vivir siempre de su trabajo, y su salario debe al menos ser capaz de mantenerlo»⁶². Y añade: «en la mayor parte de los casos debe ser capaz de más; si no le será imposible mantener a su familia, y la raza de los trabajadores se extinguirá pasada una generación»⁶³. Es decir, que «el trabajo conjunto del marido y la mujer [...] debe ser capaz de ganar más de lo necesario para su propia subsistencia»⁶⁴.

Hay un escenario en el que no es preciso que los trabajadores se unan para elevar sus salarios: cuando la demanda de mano de obra aumenta constantemente. En ese supuesto, de escasez de trabajadores, los empresarios compiten entre sí para atraerlos, rompiendo de esta manera el pacto patronal tácito de no subirlos. Por eso, «lo que ocasiona una subida en los salarios no es el tamaño efectivo de la riqueza nacional sino su permanente crecimiento»⁶⁵, ley natural que explica la causa de que no sea en los países más ricos donde se pagan los salarios más altos, sino que esto ocurra más bien en aquellos otros en los que hay un mayor crecimiento económico. Ahora, si el escenario es de exceso de oferta de mano de obra o escasez de empleos, serán los trabajadores quienes estarán dispuestos a competir entre sí y reducir los salarios, hasta el

⁵⁷ *Ibid.*, p. 110.

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ *Ibid.*, p. 111.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ *Ibid.*, p. 112.

⁶² *Ibid.*

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ *Ibid.*, p. 113.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 114.

nivel mínimo preciso para sobrevivir; hasta «la más mínima y miserable subsistencia del trabajador»⁶⁶.

Distingue Adam Smith entre salarios nominales y salarios reales, suponiendo estos últimos «la recompensa real del trabajo, la cantidad real de cosas necesarias y cómodas para la vida que procura al trabajador»⁶⁷. Advierte el economista escocés otro importante fenómeno: que «las variaciones en el precio del trabajo no solo no se corresponden ni en el lugar ni el tiempo con el del precio de los alimentos, sino que frecuentemente son opuestas»⁶⁸. El precio monetario del trabajo está determinado por dos factores: «la demanda de trabajo y el precio de las cosas necesarias y cómodas para la vida»⁶⁹.

Adam Smith aplaude la elevación de los salarios de las clases más bajas, por todo tipo de razones. Razones económicas: porque «ninguna sociedad puede ser floreciente y feliz si la mayor parte de sus miembros es pobre y miserable»⁷⁰; es más, «la remuneración abundante del trabajo [...] incrementa la laboriosidad del pueblo llano»⁷¹. Razones morales: porque «es justo que aquellos que proporcionan alimento, vestimenta y alojamiento para todo el cuerpo social reciban una cuota del producto de su propio trabajo suficiente para ellos mismo adecuadamente bien alimentados, vestidos y alojados»⁷². Razones políticas: porque «los sirvientes, trabajadores y operarios [...] constituyen la mayor parte con diferencia *más abundante de cualquier gran sociedad política*»⁷³. Razones demográficas: porque «aunque la pobreza no impide la procreación, resulta extremadamente desfavorable para criar a los hijos»⁷⁴, mientras que «una retribución generosa del trabajo [*les permite*] cuidar mejor a sus hijos, y en consecuencia criar un número mayor»⁷⁵; es decir, «la remuneración abundante del trabajo estimula la procreación»⁷⁶.

No acude Adam Smith a razones morales para condenar la esclavitud. Como constata Alonso Olea, falta en *La riqueza de las naciones* una conde-

⁶⁶ *Ibid.*, p. 118.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 125.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 121.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 135.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 126.

⁷¹ *Ibid.*, p. 129. El razonamiento es sencillo: «Una subsistencia copiosa eleva la fortaleza física del trabajador, y la confortable esperanza de mejorar su condición y de terminar sus días en paz y plenitud lo anima para ejercitar esa fortaleza al máximo. Por eso siempre veremos que los trabajadores son más activos, diligentes y eficaces donde los salarios son más altos que donde son bajos».

⁷² SMITH, A.: *La riqueza de las naciones*, ob. cit., p. 126.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ *Ibid.*, p. 127.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 129.

na clara de la esclavitud⁷⁷. Pero sí ofrece testimonio –Smith– de la decadencia de la institución de la esclavitud, fenómeno que obedecería a razones económicas, porque resulta más rentable el asalariado que el esclavo: «Ocurrir a mi juicio a partir de la experiencia de todos los tiempos y naciones que el trabajo de las personas libres llega al final a ser más barato que el realizado por esclavos»⁷⁸, pues el esclavo carece de motivación. En esa misma línea de pensamiento, para Smith, «un trabajador pobre independiente será normalmente más activo que un jornalero que trabaje a destajo; uno disfruta del producto total de su labor, el otro debe compartirlo con su patrono»⁷⁹.

Siguiendo la lógica del mercado –Adam Smith– las ventajas y desventajas de los distintos empleos y el capital en una misma zona tenderían siempre hacia la igualdad. Pero eso solo ocurriría en una situación de absoluta libertad, de tal manera que toda persona pudiera elegir libremente su ocupación y cambiarla por otra conforme a lo entendiera que es más ventajoso en cada momento. Si en la práctica eso no ocurre, sino que –al contrario– hay diferencias extremas ente los salarios, a juicio de Adam Smith, es debido a dos razones: la primera, las diferencias entre los empleos, lo que justifica la desigual ganancia en unos respecto a otros; la segunda, el intervencionismo político.

Varios son los factores que, a juicio de Adam Smith, hacen que unos empleos estén mejor o peor retribuidos en comparación con otros empleos. Para empezar, no todos los trabajos son igual de agradables: si el trabajo es fácil o si por el contrario entraña dificultad, si se realiza en condiciones de limpieza o de suciedad, si es más o menos honroso; son todas ellas circunstancias que explican que unos empleos estén mejor o peor retribuidos. En segundo lugar, hay trabajos que exigen conocimientos y habilidades de difícil y tal vez costoso aprendizaje (trabajo cualificado/trabajo no cualificado). Tercero, las ocupaciones permanentes estarían mejor retribuidas que las temporales, pues el salario de estos últimos debe permitir al trabajador mantenerse cuando está sin empleo. Además –cuarto–, unos trabajos implican un mayor grado de confianza en quien los realiza, como acontece no solo con las actividades profesionales (médico, abogado y procurador son los ejemplos a los que Smith acude) sino también con algunas de tipo artesanal (como el orfebre al que se le confían materiales preciosos para que sobre ellos trabaje), lo que –además– suele ser fruto de una dilatada formación. Por último, los salarios varían en función

⁷⁷ ALONSO OLEA, M.: *De la servidumbre al contrato de trabajo*, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 1987, p. 86.

⁷⁸ SMITH, A.: *La riqueza de las naciones...*, ob. cit., p. 129.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 132.

de la mayor o menor probabilidad de éxito del trabajador; mientras que en los trabajos mecánicos es altamente probable llegar a ser un buen trabajador, en las profesiones liberales esa expectativa es muy inferior y cuando se alcanza un cierto prestigio es tras muchos años de ejercicio profesional (abogados, artistas, poetas, filósofos).

En la lógica smithiana, estos cinco factores desnivelan los salarios (y los beneficios del capital), pero no el conjunto de ventajas y desventajas de los diversos empleos, siempre que, además de una plena libertad, se cumplan tres requisitos: que los empleos deben ser conocidos por todos o estar muy arraigados (los nuevos empleos habrían de estar mejor retribuidos, para captar trabajadores), que los empleos han de estar en su estado ordinario o natural (es decir, si no se dan circunstancias extraordinarias que alteren el estado natural de las cosas), y que los empleos sean la única o principal ocupación de quienes los desarrollan. En esa interpretación, la desigualdad entre los salarios no supondría inequidad alguna, siempre que se diera el ideal estado de cosas por él querido.

A esos tres último factores de desigualdad se une –continúa Smith– el intervencionismo público cuando o bien restringe la competencia en un sector a un número de personas inferior al de las predispuestas a prestarlos (corporaciones y gremios, aprendizajes mínimos excesivamente prolongados en el tiempo), o bien lo aumenta (financiación pública de la formación en determinados oficios a un número excesivo de personas), así como cuando obstruye la libre circulación del trabajo y el capital (limitaciones a la libertad de residencia).

De especial interés son las reflexiones de Adam Smith sobre la regulación de la cuantía de los salarios. Se opone a los salarios tarifados, «porque si todas las personas que realizan el mismo tipo de trabajo recibiesen idéntico salario, no habría emulación ni posibilidad para desarrollar la laboriosidad y el ingenio»⁸⁰. Ahora bien, parece que la crítica de Smith se refiere más al establecimiento de salarios máximos que al de salarios mínimos: «Cada vez que los legisladores tratan de regular las diferencias entre los patronos y sus trabajadores, consultan siempre a los patronos, [*por lo que*] cuando la reglamentación favorece a los trabajadores, es siempre justa y equitativa, pero a veces ocurre lo contrario cuando favorece a los patronos». Constatada por Adam Smith la actitud represiva del poder público frente al sindicalismo y sin embargo la permisividad ante la unión de los empresarios para fijar salarios máximos, encuentra fundadas las protestas

⁸⁰ *Ibid.*, p. 207.

de los trabajadores, porque dicha medida «pone en pie de igualdad a los más capaces y laboriosos y a los más corrientes». Como ejemplo de regulación justa de los salarios, acude a las normas que imponen el pago del salario en dinero y no en especie⁸¹.

2.2 Malthus

A la ecuación oferta-demanda de mano de obra y salarios, Robert Malthus añade el factor población (*Primer ensayo sobre la población*, 1798). Coincidiendo en casi todo con Adam Smith, discrepa sin embargo de este en que el aumento de la riqueza o fondo de capital reporte de modo sistemático en favor de los trabajadores. Malthus advierte que ese crecimiento no siempre se traduce en un incremento del bienestar de las clases trabajadoras. Se hace preciso distinguir entre el «número de brazos que puede emplear el capital de la sociedad y el número de brazos que puede alimentar su territorio»⁸². Es aquí donde cobra especial importancia el aumento de la población: «La constante tendencia en la raza humana a multiplicarse, rebasando los límites impuestos por los medios de subsistencia [...] pueden conducir a los males más funestos»⁸³. De ahí «la necesidad de que la población se reduzca al nivel de los medios de subsistencia»⁸⁴.

Para Malthus ese incesante crecimiento de la población y la necesidad de esforzarse para incrementar los alimentos es lo que ha hecho al hombre salir de su inicial estado salvaje y crecer espiritualmente, pero en la sociedad industrial, regida por la ley de la oferta y la demanda, esa regla de la naturaleza según la cual la población crece mucho más que los medios de subsistencia se traduce en la progresiva reducción del valor de los salarios: «Si se ha producido un aumento en el precio de la mano de obra durante dos o tres años de gran escasez, es probable que, al regresar la abundancia, la remuneración real del trabajo continúe siendo superior al promedio habitual, hasta que un crecimiento demográfico demasiado rápido provoque una competencia entre los trabajadores y una consiguiente disminución del precio de la mano de obra por debajo de la tasa habitual»⁸⁵. La única forma de evitar la caída de los salarios por

⁸¹ *Ibid.*, p. 208.

⁸² MALTHUS, T. R.: *Primer ensayo sobre la población*, traducción de Patricio de Azcárate Diz, Alianza, Madrid, 2000, p. 244.

⁸³ *Ibid.*, p. 267.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 59.

⁸⁵ MALTHUS, T. R.: *Observations on the Effects of the Corn Laws, and of a Rise or Fall in the Price of Corn on the Agriculture and General Wealth of the Country*, London, Johnson and Co., 1814.

debajo del nivel de subsistencia sería la reducción del número de trabajadores, a través de la disminución de los nacimientos por la propia decisión de aquellos, que Malthus, clérigo anglicano además de economista, encauza por la senda de la virtud, la prudencia y la autocontención⁸⁶. La teoría de la población de Malthus inspira en cualquier caso la idea contemporánea de control de la natalidad.

Al margen de sus teorías sobre la población y la retribución del trabajo, formula Malthus algunas definiciones en materia salarial que son de interés⁸⁷:

- Salarios de trabajo: «La remuneración pagada al trabajador por su esfuerzo».
- Salarios nominales: «El salario que recibe el trabajador en la moneda corriente del país».
- Salarios reales: «Las necesidades, comodidades y lujos de la vida que el salario del trabajador le permite adquirir».
- Tasa o tarifa de salarios: «Salario ordinario pagado al trabajador por día, semana, mes o año, según la costumbre del lugar donde trabaja. Generalmente se calcula en dinero».
- Precio del trabajo: «Se ha entendido generalmente como el precio monetario medio del trabajo jornalero común, y por tanto no es diferente de la tasa de salario, excepto que se refiere más específicamente al dinero».
- Importe del salario: «La ganancia total del trabajador en un tiempo determinado, que puede ser mucho mayor o mucho menor que el salario medio o el precio del trabajo jornalero común».
- Precio del trabajo eficaz: «El precio en dinero de una cantidad dada de esfuerzo humano de una fuerza y carácter determinados, que puede ser esencialmente diferente del precio común del trabajo jornalero o de todas las ganancias monetarias del trabajador en un tiempo determinado».

2.3 David Ricardo

David Ricardo hace depender las dificultades de distribución de la riqueza de la *teoría del valor*, esto es, que el valor o precio de los productos depende de los costos de producción. Siendo el más importante entre ellos el trabajo,

⁸⁶ Siendo consciente del difícil encaje de su teoría sobre la población con los postulados religiosos, los dos últimos capítulos de su *Primer ensayo sobre la población* los dedica a reflexiones de índole moral y espiritualidad cristiana, que apunta a la vía de la autocontención.

⁸⁷ MALTHUS, T. R.: *Definitions in Political Economy*, William Clowes, London, 1827, cap. X.

como ya anticipara Locke⁸⁸, el valor de cambio de las mercancías viene dado fundamentalmente por la cantidad de trabajo (directo o indirecto)⁸⁹ necesario para producirlas. En consecuencia, el valor de una mercancía varía en función del mayor o menor tiempo necesario para su producción.

Pero el valor de la mercancía no solo varía en función del tiempo de trabajo preciso. Formula Ricardo la tesis según la cual el salario siempre tenderá a reducirse hasta lo estrictamente necesario para que el asalariado pueda subsistir y reproducirse, que después Lasalle difunde como *ley de hierro* o *ley de broce de los salarios*). Muy próximo a las teorías poblacionales de Malthus, entiende que cuando el salario sube más de lo estrictamente necesario, la población aumenta y con ella la oferta de mano de obra, por lo que los salarios disminuyen; pero si los salarios son inferiores a lo estrictamente necesario, la población merma, generando así escasez de mano de obra y la subida de los salarios.

Para Ricardo, el salario establecido por el mercado no siempre coincidirá con el salario natural (el que permitiría al trabajador sobrevivir y reproducirse), pero oscilará siempre en torno a este último. Esas oscilaciones serían las que explicarían los aumentos y descensos de población, es decir, el incremento y la reducción de la mano de obra disponible. Así, salarios de mercado y salarios naturales estarían siempre en proceso de equilibrio: «El precio de mercado de la mano de obra es el que se paga realmente por ella, debido al funcionamiento natural de la ley de la oferta y de la demanda: la mano de obra es cara cuando es escasa, y barata cuando es abundante, [y] por mucho que pueda su precio de mercado desviarse del natural, tiene, lo mismo que las mercancías, cierta tendencia a ajustarse a éste»⁹⁰.

Los salarios suben o bajan, según Ricardo, en función de dos causas: primero, la oferta y la demanda de los trabajadores; segundo, el precio de las mercancías en que estos han de gastar sus salarios. Siendo así:

«En el progreso natural de la sociedad, los salarios tendrán una tendencia a bajar, en cuanto son regulados por la oferta y la demanda [...] pero no debemos

⁸⁸ Con relación a etapas previas de la Historia, Locke legitima la propiedad precisamente en que todo el producto derivado de la tierra procede del trabajo y es efecto suyo, produciendo la naturaleza y la tierra las materias primas, que en sí mismas serían mucho menos valiosas (LOCKE, J.: *Segundo tratado sobre el Gobierno Civil*, traducción de Carlos Mellizo, Alianza, Madrid, 2000, pp. 43 y ss.).

⁸⁹ Para Ricardo, las máquinas y las herramientas empeladas en la industria son también trabajo, en el sentido que han sido fruto del trabajo humano al fabricarlas.

⁹⁰ RICARDO, D.: *Principios de economía política y tributación*, traducción de E. Hazera, Ed. Ayuso, Madrid, 1973, p. 98.

olvidar que lo están también por los precios de los artículos que están destinados a adquirir. [...] a medida que la población aumente, estos artículos de primera necesidad subirán constantemente de precio, porque se necesitará más trabajo para producirlos [...] Por consiguiente, los salarios en dinero, en lugar de bajar, subirán, pero no lo suficiente para permitir al trabajador comprar tantos artículos de primera necesidad o de comodidad como anteriormente»⁹¹.

Estas son para Ricardo las reglas que rigen los salarios, por lo que «como todos los demás contratos, el ajuste de los salarios debe dejarse a la libre concurrencia del mercado y no debe ser nunca controlado por medio de leyes»⁹².

En otro orden de cosas, Ricardo, subraya la idea según la cual «los beneficios estarían en proporción inversa de los salarios»⁹³, sobre la que insiste en distintos pasajes: «no puede haber aumento en el valor del trabajo sin una disminución de los beneficios»⁹⁴; «todo lo que aumenta los salarios, disminuye los beneficios del capital; por lo tanto, todo impuesto sobre una mercancía consumida por el trabajador tiene tendencia a hacer bajar el tipo de beneficios»⁹⁵. Esta idea de Ricardo, que subraya el conflicto, recogida, como el grueso de sus reflexiones sobre los salarios, en sus *Principios de economía política y tributaria* (1817), inspirarán luego a Marx y otros muchos pensadores.

2.4 Blanc, Owen y Thompson

Louis Blanc aborda la cuestión salarial en *La organización del trabajo* (1839). Al igual que Malthus encuentra una estrecha relación entre el rápido incremento de la población y la reducción de los salarios, pero este efecto perverso tendría solución a través de la intervención del Estado. La raíz del problema no sería otra sino la libre competencia: «Bajo la influencia de una competencia ilimitada, la caída continua de los salarios es un hecho necesariamente general y en absoluto excepcional»⁹⁶. Al aumento de la población y de la mano de obra, se unen los despidos: «Los mil trabajadores que la nueva máquina expulsa de su taller llamarán a la puerta del taller vecino y bajarán el salario de sus compañeros»⁹⁷.

⁹¹ *Ibid.*, p. 104.

⁹² *Ibid.*, p. 108. El discurso de Ricardo va dirigido contra las británicas leyes de pobres.

⁹³ RICARDO, D.: *Principios de economía política y tributación...*, ob. cit., p. 43.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 51.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 209.

⁹⁶ BLANC, L.: *Organisation de travail*, 4.^a ed., Hauman, Bruxelles, 1843, p. 44.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 45.

Coetáneo a Blanc, el pensamiento de Robert Owen está desperdigado a través de numerosas conferencias y publicaciones. Sus ideas, que pasan por ser las más utópicas en la materia, descansan sobre la base de pequeñas asociaciones regidas por la idea de fraternidad y cooperación. Bajo la premisa de que el «trabajo manual, dirigido adecuadamente, es la fuente de toda riqueza y de la prosperidad», y de que, «dirigido adecuadamente, el trabajo es de largo de más valor para la comunidad de lo que es el gasto necesario para mantener al trabajador en un nivel considerable de comodidad»⁹⁸, sería «posible un aumento incalculable de la población [...] de la manera más ventajosa para los [...] habitantes»⁹⁹.

Lo que en realidad Owen propone es la eliminación de los salarios en dinero. A partir del principio según el cual «el modelo natural de medida del valor es [...] el trabajo humano, esto es, «las capacidades manuales y mentales de los hombres llamadas a la acción»¹⁰⁰, postula la introducción de un «sistema de medida de valor neutral» y el abandono del artificial que el dinero supone como instrumento de cambio en la economía de mercado. Se pondría a cada artículo su precio de coste «trazando una referencia relativa a la cantidad de trabajo que haya en cada artículo, el cual puede ser determinado equitativamente [...] calculando este en referencia total de la riqueza que un trabajador medio pueda producir, por medio de templados esfuerzos, en términos de necesidades y comodidades de vida»¹⁰¹. En cualquier caso, en las cooperativas cerradas ideadas por Owen las personas recibirían lo suficiente para vivir según sus necesidades.

Para Menger, la autoría de la idea de plusvalía no corresponde a Marx, sino a Thompson, de quien aquél la habría tomado¹⁰². En la línea ricardiana, para Thompson, el principal factor de la riqueza es el trabajo: «La riqueza se produce por el trabajo: ningún otro ingrediente más que el trabajo transforma cualquier objeto de deseo un objeto de riqueza»¹⁰³. Es por ello el trabajo «la única medida universal» y la «característica distintiva de la riqueza»¹⁰⁴.

Como consecuencia lógica de esa concepción, Thompson, alejado por cierto de las ideas autárquicas de Owen, entiende que la justicia exige «asegu-

⁹⁸ En su *Informe para el condado de Lanark* (1820), recogido en OWEN, R.: *Textos del socialista utópico*, traducción de José Ramón Álvarez Layna, CSIC, Madrid, 2015, p. 283.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 284.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 299.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 302.

¹⁰² MENER, A.: *El derecho al producto íntegro del trabajo-El estado democrático (el estado socialista)*, Comares, Granada, 2004, p. 51.

¹⁰³ THOMSON, W.: *The distribution of wealth most conducive to human happiness*, London, Longman, 1824, p. 6.

¹⁰⁴ *Ibid.*

rar a cada trabajador individual la posesión de todo el producto de su trabajo»¹⁰⁵, por lo que propugna una «nueva ley, regla o consejo sabio: «asegurar al productor el libre uso de todo lo que su trabajo haya producido»¹⁰⁶, porque «los trabajadores, cuyo tiempo ha estado ocupado, cuyos poderes mentales y corporales se han visto respectivamente en apuros para producir estos artículos con la intención de aumentar sus propias comodidades, se adelantan y reclaman como suyo, como su propiedad, lo que su trabajo solo ha hecho lo que es, distinguible de los artículos no apropiados y sin elaborar que los rodean»¹⁰⁷. El derecho al producto íntegro del trabajo no excluye la obligación del obrero a dejar parte del producto de su trabajo a los propietarios, para disponer de los edificios, de las máquinas, de los útiles y de las materias primas, pero sin que dicha cantidad supere la renta del trabajador mejor retribuido¹⁰⁸. El derecho al producto íntegro del trabajo de Thompson conecta con la idea de alienación, que Thompson anticipa: «quitarles lo que su brazo guiado por su mente ha producido, es como quitarles una parte de sí mismos»¹⁰⁹.

2.5 Tocqueville

En la segunda parte de *La democracia en América* (1835), Tocqueville analiza la influencia de la democracia sobre —entre otras muchas cosas— los salarios. A medida que la antigua sociedad jerarquizada va siendo sustituida por otra de iguales, el trabajador «adquiere una idea más elevada de sus derechos, [...] tiene nuevas ambiciones y deseos y le acucian nuevas necesidades; [...] codicia en los beneficios de su patrón, y a fin de llegar a compartirlos hace mil esfuerzos para elevar el precio de su trabajo, lo que de ordinario acaba por conseguir»¹¹⁰. Reaparece aquí la idea de conflicto entre trabajador y empresario, cuyo origen el aristócrata francés ubica, al igual que Ricardo, en la cuantía del salario: «en la lucha continua que estas dos clases libran entre sí por los salarios»¹¹¹.

En esa pugna constante, predice Tocqueville la victoria de los trabajadores, aunque por vía muy distinta de la revolución, pues a medida que vayan obteniendo mayores salarios irán siendo más independientes de sus pa-

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 14.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 95.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 94.

¹⁰⁸ MENDER, A.: *El derecho al producto íntegro del trabajo...*, ob. cit., p. 53.

¹⁰⁹ THOMPSON, W.: *The distribution of wealth...*, ob. Cit., p. 94.

¹¹⁰ DE TOCQUEVILLE, A.: *La democracia en América II*, Alianza, Madrid, 1980, p. 162.

¹¹¹ *Ibid.*

tronos en términos económicos «y así cada vez les resulta más fácil lograr un aumento en los salarios»¹¹². Es por ello que sienta el francés una importante regla:

«—Creo que, consideradas las cosas en su conjunto, se puede decir que la elevación lenta y progresiva de los salarios es una de las leyes generales que rigen las sociedades democráticas. A medida que las condiciones sociales se igualan, los salarios se elevan, y, a medida que los salarios son más altos las condiciones sociales se hacen más semejantes»¹¹³.

No obstante —advierte— esa regla general tiene «desgraciadamente, una gran excepción», que el autor vincula a la persistencia de una aristocracia reubicada en la gran industria, y que influye poderosamente en el precio del trabajo:

«Comoquiera que es preciso ser muy rico para establecer las grandes industrias [...], el número de quienes lo hacen es muy reducido. Al ser poco numerosos se unen fácilmente entre ellos y fijan al trabajo el precio que les place [...] Por el contrario, sus obreros son muy numerosos y aumentan sin cesar [...] Cuando la competencia u otras circunstancias fortuitas hacen decrecer sus ganancias, el patrón puede restringir los salarios casi tanto como le parezca y recuperar fácilmente a su costa lo que la suerte le arrebatara»¹¹⁴.

Ese es, a su juicio, el motivo por el que muchas veces los salarios, en ese tipo de industrias, suben repentina e inmediatamente después se reducen de modo constante, mientras que en el resto de la industria los salarios aumentan generalmente poco a poco sin cesar. Pero esa importante excepción —escribe Tocqueville en 1840— lleva a una parte de la población industrial a un estado tal de sometimiento y de miseria que no existe hecho «tan grave, ni que merezca más la atención especial del legislador»¹¹⁵.

De las palabras del francés se deduce que confía en el *laissez faire*, tanto individual como colectivo, para la fijación de salario del común de los trabajadores, pero que al mismo tiempo reclama la intervención estatal. Lo que no se formula con claridad en la segunda parte de *La democracia en América*, ni tenemos constancia de que lo haya hecho en ninguno de sus escritos, es el tipo de intervención del legislador que sea conveniente. Podría pensarse en el establecimiento de salarios mínimos o incluso en la represión de la coligación de

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ *Ibid.*, p. 163.

¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 164.

los empresarios que imponen abusivamente reducciones salariales a través del cierre empresarial, pero lo cierto es que nada de esto propone Tocqueville; tal vez porque esas soluciones difícilmente encajan en las relaciones que según él serían las correctas entre la igualdad y la libertad, y por su deslumbramiento (al mismo tiempo que prevención) por la sociedad norteamericana, tan reacia a que la autoridad estatal se inmiscuya en la economía y en la vida social. Podríamos decir que Tocqueville intuye la necesidad de la intervención estatal en materia salarial, al mismo tiempo que la teme.

Lo más parecido que en ese sentido encontramos por él escrito (*Segunda memoria sobre el pauperismo*, 1837) obedece a su preocupación por la facilidad con la que las frecuentes crisis en la industria generan miseria, problema ante el que propone el fomento de los hábitos de la propiedad entre los trabajadores industriales. Al preguntarse Tocqueville por el origen de la pobreza en la era industrial, la encuentra en la facilidad con la que las crisis económicas trastocan la vida de los trabajadores. La industria está sometida a «crisis súbitas» debidas a «dos causas: – Cuando el número de obreros aumenta sin que la cifra de producción varíe, los salarios disminuyen: y hay crisis: – cuando el número de obreros permanece idéntico, pero disminuye la cifra de producción, entonces muchos obreros se vuelven inútiles: y hay crisis»¹¹⁶.

Siendo lo importante para el jurista francés la previsión de esas crisis y la atenuación de sus efectos, encuentra la solución en inocular entre los obreros los hábitos inherentes a la propiedad. Para ello, lo más eficaz consistiría en proporcionar al obrero «un interés en la fábrica», pero los pasos que siempre se dieron en ese sentido –reconoce Tocqueville– «se han topado siempre con uno de estos dos obstáculos; por un lado, los capitalistas empresarios de la industria se han mostrado casi todos poco inclinados a dar a sus sobrerros una parte proporcional de los beneficios, o a colocar en la empresa las pequeñas sumas que éstos hubieran podido confiarles». Y aunque el liberal francés considera que los empresarios se perjudican a sí mismas al no hacerlo, opina que «no sería ni justo ni útil obligarles a ello»¹¹⁷. Tanto el liberalismo de la época como el del propio Tocqueville impiden cualquier imposición en ese sentido. No siendo posible ofrecer a los obreros un interés de propietario en la fábrica, solo quedaría la posibilidad de «favorecer el ahorro de los salarios y ofrecer a los obreros un método fácil y seguro de capitalizar tales ahorros y de producir una renta», fundamentalmente a través de cajas de ahorros¹¹⁸.

¹¹⁶ En su *Segunda memoria sobre el pauperismo* (1840). Hemos utilizado De TOCQUEVILLE, A.: *Democracia y pobreza*, traducción de Antonio Hermosa Andújar, Trotta, Madrid, 2003, p. 85.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 87.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 88.

2.6 Stuart Mill

Para John Stuart Mill, los salarios pueden regularse por la costumbre o por la competencia. Siendo esta última la preponderante, le queda a la primera tan solo la posibilidad de modificarlos levemente. Los salarios dependen sobre todo de la oferta y la demanda, que él identifica con la proporción entre el capital y la población, entendiendo a estos efectos por capital «la parte del capital que se emplea en la compra directa de trabajo», y por población», el número de personas que trabajan por un salario». Habría además que añadir «todos los fondos que, sin formar parte del capital, se pagan a cambio de trabajo improductivo», como el de los soldados y el servicio doméstico. Aun siendo consciente de su insuficiencia conceptual y también de la imposibilidad de calcular su monto total, Mill acepta la expresión smithiana «fondo de salarios», por dos razones: una, que no se le ocurre una expresión mejor; otra, que, en la práctica, los salarios forman la casi totalidad de ese fondo. Según su teoría del fondo de salarios, que el mismo Mill abandonaría años más tarde, los salarios (los salarios medios más bien) «no pueden subir si no es por un aumento de los fondos totales empleados en dar ocupación a los trabajadores o por una disminución del número de éstos que compiten por la obtención de un salario; ni bajar, a no ser, bien por una disminución de los fondos dedicados a pagar el trabajo o por un aumento del número de trabajadores que se ha de pagar»¹¹⁹.

Existen a su juicio no obstante algunos hechos que, a simple vista, desmentirían la teoría del fondo de salarios¹²⁰:

- Es cierto que los salarios suelen ser elevados cuando los negocios van viento en popa o hay una potente demanda de mercancías, y que los salarios bajan cuando ocurre lo contrario. Aparentemente, este hecho contradiría la teoría el fondo de salarios si no fuera porque esas fluctuaciones suelen ser temporales. En modo alguno alteran los salarios de manera permanente, salvo que vayan acompañadas de una alteración del fondo de salarios.

- Es también cierto que los precios altos pueden significar una subida de los salarios, pero para que esto ocurra es necesario que esos altos precios se traduzcan en un incremento del capital. Sería este último el que en definitiva generaría la subida salarial. Y, si como es frecuente, el alza de los precios deri-

¹¹⁹ MILL, J. S.: *Principios de economía política*, traducción de Teodoro Ortiz, 2.ª ed., Fondo de Cultura Económica, México D. F., 1996, p. 309.

¹²⁰ *Ibid.*, pp. 309 a 313.

va de leyes restrictivas que han de pagar los restantes miembros de la sociedad, podrán subir los salarios de una clase de trabajadores, pero a costa de la reducción de los de otra clase de trabajadores; ambas cosas, probablemente, de modo temporal.

– Que los salarios varían en función de los cambios en el precio de los alimentos. Esta afirmación sería verdad solo en parte: el aumento en el precio de los alimentos puede traducirse en un incremento de la mortandad infantil causada por una insuficiente alimentación, lo que hará descender la mano de obra disponible, pero en ese caso, el incremento de los salarios no deriva del alza de los precios, sino de la disminución de la mano de obra. Si los trabajadores fueran capaces de soportar el incremento del precio de los alimentos mediante la disminución de los nacimientos, habría a la postre un aumento de los salarios, pero con una generación de retraso, o puede incluso que los trabajadores soportasen la elevación del precio de los alimentos disminuyendo tan solo las comodidades de su vida cotidiana, sin que ello afecte a los nacimientos y por lo tanto a la mano de obra disponible. Mucho más fácil es –deduce– que los salarios bajen cuando también lo haga el precio de los alimentos.

Insistiendo en la idea: «Lo que en realidad tiene importancia para la clase trabajadora no es el importe absoluto de la producción o de la acumulación de capital; no es tampoco el importe de los fondos que se destinan a ser distribuidos entre los trabajadores entre los que se han de repartir». Para él, la situación de la clase trabajadora no puede mejorarse si no es alterando a su favor esa proporción; todo lo demás sería mera ilusión ¹²¹.

Hilando con las ideas malthusianas, sostiene Mill que, en los países viejos, donde la población y por lo tanto la mano de obra disponible tiende –en su tiempo– a crecer desproporcionadamente con relación al fondo de salarios, será muy difícil que los salarios suban: «En los países viejos, la población le pisa los talones a los medios de subsistencia» ¹²². Podrá ocurrir que existan incrementos salariales, en casos muy particulares, de modo transitorio, en países y ocupaciones muy concretas, pero nunca en general, por lo que apunta a la necesidad de limitar el crecimiento de la población ¹²³. Desconfiando no obstante del autocontrol personal apuntado por Malthus, propugna Mill la acción externa a los individuos: «Cuando una clase trabajadora, cuyos miembros no poseen y no esperan adquirir otra

¹²¹ *Ibid.*, p. 314.

¹²² *Ibid.*, p. 322.

¹²³ *Ibid.*, p. 315.

cosa que sus salarios diarios, se abstiene de multiplicarse con excesiva rapidez, la causa ha sido siempre [...] o bien la restricción legal efectiva o alguna costumbre que, sin que los trabajadores pongan nada de su parte, moldea su conducta inconscientemente o les ofrece motivos para no casarse»¹²⁴.

Al abordar el asunto de las diferencias salariales, el John Stuart Mill más utilitarista se pregunta si es justo que el mayor talento y la mayor habilidad den derecho a un salario superior. Por un lado, se puede pensar que no sería justo para quien tiene menor talento y habilidad porque eso no es culpa suya. Si ese razonamiento fuese el correcto –razona el filósofo británico– «la sociedad estaría más bien obligada en justicia a compensar a los menos favorecidos por esta inmerecida desigualdad en capacidades»¹²⁵. Desde otra óptica, si «la sociedad recibe más del trabajador más eficiente y [...], dado que sus servicios son de mayor utilidad, la sociedad debe recompensarle mejor, añadiéndose que ha contribuido más al resultado conjunto con su trabajo, por lo que no admitir su derecho sería una especie de robo, ya que, si recibiese lo mismo que los demás sólo se le podría exigir producir en la misma proporción, dedicando al trabajo menos tiempo y esfuerzo en compensación a su superior eficiencia»¹²⁶. Estando presente en ambas perspectivas la idea o propósito de justicia y siendo los argumentos irrefutables, solo habría una vía de encontrar la solución correcta sin caer en la arbitrariedad, la de la utilidad social¹²⁷.

Critica Mill las razones atribuidas por Adam Smith a las diferencias salariales: agradabilidad o no del trabajo, mayor o menor facilidad y en su aprendizaje, la estabilidad o inestabilidad propia de cada actividad, el factor confianza, la probabilidad de éxito. Para Mill esas ratios solo son ciertas bajo ciertas condiciones, posibles únicamente cuando la libre competencia es perfecta. Como no lo es, muchas veces ocurre precisamente lo contrario a lo apuntado por Smith, de tal manera que, en realidad, los trabajos más fatigosos y repulsivos suelen ser los peor retribuidos (pues son realizados por los rechazados para otros empleos), con frecuencia las actividades de resultados inciertos están mal pagadas debido a la abundancia de trabajadores inclinados a realizarlas (por el espíritu aventuro propio de la juventud), y que no es el aprendizaje ni la confianza sino el monopolio de uno y de otro lo que encarece la mano de obra del trabaja-

¹²⁴ *Ibid.*, p. 317. Como por ejemplo ocurría en los gremios y corporaciones de la edad media, en los que difícilmente se contraía matrimonio antes de llegar a la condición de maestro

¹²⁵ MILL, J. S.: *El utilitarismo*, traducción de Esperanza Guisán, Alianza, Madrid, 2002, p. 129.

¹²⁶ *Ibid.*

¹²⁷ *Ibid.*

dor cualificado y de los trabajos que exigen mayor destreza ¹²⁸. La realidad –se refiere Mill a su época– ha operado en sentido contrario al principio de igualdad de oportunidades:

«Hasta ahora ha sido tan completa la separación, tan violenta la línea de demarcación entre las diferentes clases de trabajadores, que casi equivale a una distinción hereditaria de casta, reclutándose casi siempre los que han de llenar cada oficio entre los hijos de los que pertenecen al mismo, o a otros de la misma categoría social [...]; en consecuencia, los salarios de cada clase se han regulado hasta ahora por el aumento de su propia población, más bien que por el de la población general del país» ¹²⁹.

Para Mill, la forma «más simple que puede imaginarse para mantener los salarios al nivel deseado sería fijarlos por ley» ¹³⁰. Pero si esto aconteciera –pronostica– se generaría desempleo y habría entonces que buscar la forma de sostener a los desempleados: «Como la escala de salarios resultantes de la competencia distribuye la totalidad del fondo de salarios entre toda la población trabajadora, si la ley o la opinión consiguen fijar salarios superiores a esta escala, es inevitable que algunos trabajadores queden sin empleo; y como es de suponer que los filántropos no querrán que éstos mueran de hambre, es preciso atenderles por un aumento forzoso del fondo de salarios; es decir, por un ahorro forzoso» a través de tributos ¹³¹. La única forma de modificar la proporción entre el trabajo y el fondo de salarios sin reducción de la población sería el aumento de capital por la vía impositiva, pero esa fórmula llevaría a un crecimiento de la población y «los impuestos tendrían que ir aumentando a pasos agigantados para hacer frente a la creciente falta de capital» ¹³². Ante ese panorama, vuelve a aflorar la tesis poblacional:

«Todo el mundo tiene derecho a vivir. Pero nadie tiene derecho a traer al mundo criaturas para que otros las sostengan [...] Sería posible que el estado garantizara un empleo con salario suficiente a todos los nacidos. Pero si lo hace, estará obligado, para protegerse, y en razón a todos los fines para los que el gobierno existe, a cuidar que no nazca nadie sin su consentimiento [...] Serían entonces indispensables las restricciones al matrimonio [...] o penas muy severas para los que tienen hijos sin poder sostenerlos» ¹³³.

¹²⁸ MILL, J. S.: *Principios de economía política...*, ob. cit., pp. 343 a 350.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 350.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 323.

¹³¹ *Ibid.*, p. 324.

¹³² *Ibid.*, p. 325.

¹³³ *Ibid.*, p. 326.

Para el Mill de los *Principios de economía política*, «ningún remedio para los bajos salarios que no actúe a través de sus efectos sobre el espíritu y los hábitos de la gente tiene la más mínima probabilidad de ser eficaz»¹³⁴. Sería pues preciso «alterar las costumbres de la gente trabajadora», a través de «una educación nacional efectiva»¹³⁵. Mientras tanto, hasta que no brote una opinión pública que considere como «deshonrosa la intemperancia y la imprevisión de todo género» que conduzca a la «sobresaturación del mercado de trabajo», los bajos salarios podrían corregirse a través del traslado de población (joven) a las colonias y la venta de las tierras comunales a pequeños propietarios que las pongan en cultivo¹³⁶.

Lo que sí puede hacer la ley o la costumbre –prosigue Mill– es intervenir para limitar la competencia, como ya ocurriera en tiempos de los gremios: «Si las leyes de aprendizaje o las reglas de los gremios hacen que el acceso a un empleo determinado sea lento, costoso o difícil, los salarios de ese empleo pueden mantenerse muy por encima de su proporción natural con los salarios del trabajo corriente»¹³⁷. Encontrando cierto paralelismo entre gremios y sindicatos, observa Mill: Estos sindicatos «no consiguen nunca mantener un tipo artificial de salario, a menos que logren también limitar el número de competidores»¹³⁸.

Hay sin embargo un punto de inflexión en el pensamiento de Mill a lo largo de los años 60 del siglo XIX que afecta directamente a los salarios. En la edición de 1862 de *Principios de economía política* incorpora algunas afirmaciones sobre los sindicatos y los salarios que no estaban presentes en las anteriores ediciones del libro (la primera es de 1848), en las que se apreciaba una apertura a la eficacia de la acción sindical en la negociación de la retribución del trabajo: «Dejando al lado las atrocidades que algunas veces cometen los obreros [...], podemos considerar que esas uniones [...] en tanto contribuyen a mantener elevados los salarios de cualquier oficio limitando su número, establecen una trinchera alrededor de un espacio determinado para defenderlo de la superpoblación y hacer que los salarios de la clase dependan de su propio aumento, en lugar de depender del de una clase más descuidada e imprevisora que la suya propia»¹³⁹.

En sus últimos escritos, Mill apunta el irremediable establecimiento de salarios mínimos. Siendo la cuestión salarial aquella en la que existe una ma-

¹³⁴ *Ibid.*, p. 333.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 339.

¹³⁶ *Ibid.*, pp. 340 a 343.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 357.

¹³⁸ *Ibid.*, pp. 340 a 343.

¹³⁹ *Ibid.*, p. 357.

yor hostilidad de los trabajadores hacia el sistema de propiedad, desean estos separarla de la libertad de contratación. Sugiere Mill, que el mantenimiento de un sistema de propiedad privada y paz social pasará por la ordenación de los salarios ¹⁴⁰. En esa línea, afirma:

«Unos pocos nacen a una vida de grandes riquezas, y los más a una vida de penuria que se hace más irritante al compararla con aquella. Aunque las grandes mayorías no se vean ya esclavizadas ni hechas dependientes por la fuerza de la ley, lo están de hecho por la fuerza de la pobreza; aún están encadenadas a un lugar, a una ocupación, y a conformarse con la voluntad de quienes les dan empleo» ¹⁴¹.

Mill matiza –se puede afirmar que abandona– la teoría del fondo de salarios tras la lectura de un estudio de Thomas Thornton publicado en 1869. Dice Mill entonces:

«La doctrina que hasta ahora habían enseñado casi todos los economistas (incluso yo mismo), que negaba la posibilidad de que los sindicatos obreros pudiesen hacer subir los salarios, o que limitaba su actuación a este respecto a alcanzar algo más pronto la subida que de todas maneras la competencia en el mercado hubiera producido sin ellos, semejante doctrina carece de fundamento científico y debe rechazarse. La justicia o la injusticia de la actuación de las *Trade Unions* se convierte en una simple cuestión de prudencia y derechos sociales, ninguno de los cuales se decide por necesidades inflexibles de economía política» ¹⁴².

La aparente injusticia de excluir al resto de trabajadores de la subida salarial de unos pocos queda descartada por Mill, al estimar que un incremento general no tendría efectos duraderos ¹⁴³.

Coincide Mill con los críticos al capitalismo en que los salarios de la época eran «espantosamente insuficientes para cubrir en medida aceptable las necesidades físicas y morales de la población» ¹⁴⁴, pero discrepa de la idea de Blanc según la cual los salarios tienden hacia su disminución. Más bien –piensa Mill– ocurre lo contrario: en la práctica, los salarios suben y suben cada vez

¹⁴⁰ MILL, J. S.: *Capítulos sobre el socialismo*, traducción de Carlos Mellizo, Alianza, Madrid, 2011, pp. 42 y ss.

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 45.

¹⁴² La rectificación de Mill se produce tras la lectura del trabajo de W. T. Thornton titulado *On Labor, its Wrongful Claims and Rightful Dues, its Actual Present and Possible Future* (London, 1869), en una revisión suya a dicha publicación, y está reproducida en el apéndice bibliográfico de MILL, J. S.: *Principios de economía política...*, ob. cit., p. 851.

¹⁴³ *Ibid.*, p. 357.

¹⁴⁴ MILL, J. S.: *Capítulos sobre el socialismo...*, ob. cit., p. 84.

más rápido. Esta regla general no se contradice por el hecho que de vez en cuando haya ramas de la industria que son sustituidas por otras nuevas y por lo tanto el propio mercado genere ajustes transitorios, con bajos salarios, hasta que la producción se acomode a la demanda ¹⁴⁵.

Mill rechaza la reivindicación obrera sobre el producto íntegro del trabajo, por varias razones. La primera de ellas, de tipo cuantitativo: el incremento de los salarios por el reparto del producto íntegro del trabajo entre los trabajadores sería insignificante (sus cálculos, para los trabajadores británicos de su época, apenas llegaría a un 3%) ¹⁴⁶: «Las desigualdades en la distribución del producto entre el capital y el trabajo, aunque puedan resultar ofensivas para el sentimiento de justicia natural, de ningún modo procurarían, mediante su mera igualación, fondos suficientes para elevar los niveles más bajos de remuneración, como suponen los socialistas y muchos otros que no son socialistas» ¹⁴⁷. La segunda, de tipo cualitativo, y es que lo que queda después de todos los costes de producción, es decir, los beneficios del empresario, «es lo que propiamente constituye la remuneración por su destreza y laboriosidad, el sueldo por su trabajo y por sus responsabilidades de supervisión»; si bien es cierto que ese beneficio puede llegar a ser muy elevado cuando la empresa es exitosa, también «corre mayor riesgo de quedarse sin empleo, de hacer el trabajo sin ganancia alguna, o de sufrir el esfuerzo y la ansiedad sin recibir luego sueldo» ¹⁴⁸.

Rechaza Mill asimismo la igualdad salarial propuesta por Blanc, para quien en la distribución del producto del trabajo no existirían más diferencias que las derivadas de las necesidades a satisfacer por cada cual, pero no de la naturaleza de la obligación, de los méritos o del tipo de servicio. Apelando a la experiencia humana, Mill advierte: «En el caso de la mayoría de los hombres, la única motivación que ha sido suficientemente constante e invariable a la hora de superar la siempre presente influencia de la pereza y el amor al ocio [...] es la perspectiva de mejorar su condición económica y la de su familia; y cuando más estrecha es la conexión entre un aumento de su esfuerzo y un correspondiente incremento de los frutos, más poderosa es dicha motivación» ¹⁴⁹.

Por la vía de la educación, como antes propusiese Blanc, se puede aumentar la motivación altruista de una parte de la población y lograr así una mayor esfuerzo en el trabajo, pero eso llevaría mucho tiempo y serían muy pocos los que cambiasen de mentalidad: «Debemos [...] esperar –a menos que

¹⁴⁵ *Ibid.*

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 99.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 101.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 99.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 109.

estemos tratando con una porción selecta de la población— que el interés personal siga siendo por mucho tiempo el estímulo más eficaz para llevar las empresas industriales de la sociedad de una manera más vigorosa y esmerada, en vez de motivos de carácter más elevado»¹⁵⁰. Un sistema de igualdad salarial de tipo comunista carecería de estímulos a trabajar más y trabajar bien, sino que además conduciría a una sociedad en la que el esfuerzo personal no permitiría el ascenso social; nadie estaría —por otro lado— dispuesto a asumir grandes responsabilidades ni gerenciar nada¹⁵¹.

Esta misma reflexión lleva a Mill a preferir la retribución variable antes que el salario fijo: «Las clases trabajadoras [...], al ser actualmente pagadas mediante sueldo fijo, se encuentran tan lejos de tener un interés directo en el rendimiento de su trabajo, que ni siquiera participan en el interés general que cada obrero tendría en un régimen comunista»¹⁵². Dos son las alternativas al salario fijo y la falta de motivación: el trabajo a destajo y la «asociación industrial» (participación en beneficios). Pero, para Mill, las experiencias de trabajo a destajo de su época ponen de manifiesto varios inconvenientes: la caída de la calidad y la opinión desfavorable de la opinión pública por el infundado temor a la contracción del empleo y por la fundada sospecha de que el salario correspondiente al esfuerzo ordinario se reduciría en proporción muy preocupante. Más proclive es Mill a la participación en beneficios. Al estimular a los trabajadores, las empresas serían más prósperas y, al serlo, la retribución de los trabajadores también mejoraría, e incluso muchas de esas empresas pasarían con el tiempo, tras la jubilación o fallecimiento del empresario, a convertirse en cooperativas¹⁵³.

Volviendo a la igualdad salarial, afirma:

«Es una regla simple, y bajo ciertos aspectos justa, dar un pago igual a todos los que participan en el trabajo. Pero ésta es una injusticia muy imperfecta, a menos que el trabajo sea también distribuido igualmente. Ahora bien, las muy diferentes clases de trabajo que se requieren en toda sociedad son muy desiguales en lo que respecta a su dureza y al desagrado que ocasionan. Comparar las unas con las otras haciendo que la cualidad sea equivalente a la cantidad es algo tan difícil, que generalmente los comunistas proponen que todos deberían emplearse por turnos en cada tipo de trabajo. Pero esto implica un sacrificio casi total de las ventajas económicas de la división de los empleos»¹⁵⁴.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 110.

¹⁵¹ *Ibid.*, pp. 111 y 112.

¹⁵² *Ibid.*, p. 113.

¹⁵³ *Ibid.*, pp. 113 a 116.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 116.

Además –prosigue Mill–, como las personas tienen distintas capacidades de inteligencia y cuerpo, sería precisa la existencia de una autoridad con competencia para asignar las tareas a cada trabajador, lo cual, no solo resulta muy difícil y complejo, sino que conduciría a frecuentes riñas y envidias a raíz de la distribución del trabajo, con lo cual la concordia querida por el comunismo sería irrealizable ¹⁵⁵. También la propuesta fourista, menos igualitarista que la comunista, en cuanto que admite desigualdades de distribución y apropiaciones individuales de capital, aunque limitadas, es rechazada por Mill.

¿Porqué –se pregunta Mill– los salarios de las mujeres son «por lo general más bajos, y mucho más bajos, que los de los hombres»? Su respuesta es contundente: «Cuando el rendimiento es igual y la paga desigual, la única explicación que puede darse es la costumbre, basada ya sea en un prejuicio, ya en la constitución actual de la sociedad, la cual, haciendo que la mujer sea, desde el punto de vista social, un apéndice de algún hombre, permite tomar siempre a los hombres la parte del león de todo lo que pertenece a ambos» ¹⁵⁶. Pero hay para Mill un motivo todavía más importante: la sobresaturación (competencia superabundante) de los trabajos habitualmente ocupados por las mujeres. Si a dicho extremo se suma el hecho de que las mujeres empleadas en época de Mill eran sobre todo solteras sin la necesidad de alimentar a una familia, los salarios en las ocupaciones entonces habituales de las mujeres son «el *non plus ultra* de los salarios bajos» ¹⁵⁷.

2.7 Marx

De entre los muchos escritos en los que Marx aborda la cuestión salarial, hemos seleccionado sus *Manuscritos económico-filosóficos* (1844), *Trabajo asalariado y capital* (1849) y el primer libro de *El Capital, sobre: El proceso de producción del capital* (1867), sin perjuicio de alguna referencia puntual al *Manifiesto Comunista* (1848) y a su *Crítica al programa de Gotha* (1875); muestras bastantes para penetrar en las ideas de marxianas sobre la retribución del trabajo y cómo estas pudieron variar a lo largo de su vida.

Encontrar en Marx la idea de conflicto anticipada por Ricardo, aunque mucho más virulenta: «El salario está determinado por la lucha abierta entre el

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 118.

¹⁵⁶ MILL, J. S.: *Principios de economía política...*, ob. cit., p. 356.

¹⁵⁷ *Ibid.*

capitalista y el obrero»¹⁵⁸. Fue seguramente Ricardo el economista que más influye en Marx. La teoría del valor de Marx es la misma –así Schumpeter– que la de Ricardo; tanto uno como otro entienden que el valor de toda mercancía es proporcional a la cantidad de trabajo en ella contenido¹⁵⁹. Este es precisamente el talón aquiliano de Marx: que toda su contribución económica y salarial reposa sobre la teoría del valor de Ricardo. Desde los marginalistas (Menger, Jevons) es más o menos claro que fuera del supuesto de competencia perfecta, donde además el trabajo fuera el único factor de producción y todo el trabajo fuera homogéneo, la teoría carece de utilidad; lo que conduce a Schumpeter a afirmar que «dicha teoría está ya muerta y enterrada»¹⁶⁰.

Marx aprecia un cierto consenso social en la concepción del salario como «la cantidad de dinero que el capitalista paga por un determinado tiempo de trabajo o por la ejecución de una tarea determinada»¹⁶¹ o –simplificará con el tiempo– «... por una cantidad determinada de trabajo»¹⁶². Sin embargo, esas definiciones clásicas, tomadas de «la superficie de la sociedad burguesa», serían engañosas y esconden la realidad¹⁶³. Aunque en apariencia el capitalista «compra» con dinero el trabajo de los obreros y estos le «venden» por dinero su trabajo, «lo que en realidad venden los obreros al capitalista por dinero es su *fuerza de trabajo*» (*Arbeitskraft*)¹⁶⁴, que es una «mercancía» como cualquier otra¹⁶⁵. «El salario no es más que un nombre especial con que se designa al precio de la fuerza de trabajo, o lo que suele llamarse *precio del trabajo*, el nombre especial de esa peculiar mercancía que solo toma cuerpo en la carne y la sangre del hombre»¹⁶⁶. Para Marx, «el salario no es la parte del obrero en la mercancía por él producida», sino que «es la parte de la mercancía ya existente, con la que el capitalista compra una determinada cantidad de fuerza de trabajo productiva»¹⁶⁷. Para poder interpretar que el trabajo es una mercancía, Marx también dirá que, para el obrero, «la vida comienza allí donde terminan» sus actividades laborales. Esta idea es coherente con la de fuerza del trabajo-

¹⁵⁸ MARX, K.: *Manuscritos de economía y filosofía*, traducción de Francisco Rubio Llorente, Alianza, Madrid, 2001, p. 51.

¹⁵⁹ SCHUMPETER, J. A.: *Diez grandes economistas: de Marx a Engels*, traducción de Ángel de Lucas, Alianza, Madrid, 1997, p. 67.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 70.

¹⁶¹ MARX, K.: *Trabajo asalariado y capital*, Planeta, Barcelona, 1985, p. 8. En las citas de este libro de Marx, suprimimos casi todos los subrayados del original, que aquí confundirían.

¹⁶² MARX, K.: *El capital (libro I tomo II)*, traducción de Vicente Romano García, Akal, Tres Cantos, 2022, p. 293.

¹⁶³ *Ibid.*

¹⁶⁴ SCHUMPETER, J. A., *Diez grandes...*, ob. cit., p. 74, prefiere traducir por «potencial de trabajo».

¹⁶⁵ MARX, K.: *Trabajo asalariado y capital...*, ob. cit., p. 9.

¹⁶⁶ *Ibid.*

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 10.

mercancía. Y como mercancía que es, el salario –continúa Marx– está determinado por las mismas reglas que determinan el precio de las restantes mercancías, es decir, la competencia entre compradores y vendedores, en términos de lucha de clases: «La industria lanza al campo de batalla dos ejércitos contendientes, en las filas de cada uno de los cuales se libra además una batalla intestina, [*de manera que*] el ejército cuyas tropas se pegan menos entre sí es el que triunfa sobre el otro»¹⁶⁸.

Para Marx, no existe correspondencia entre el salario y el trabajo. Mientras que todo el trabajo del esclavo se presenta como no retribuido, el trabajo asalariado es en realidad retribuido en parte. Hay en el trabajo asalariado un «plustrabajo» o trabajo no retribuido. La relación dineraria «oculta [...] el trabajo gratuito del obrero asalariado»¹⁶⁹. La vertebración jurídica del intercambio de trabajo por salario en el capitalismo, fundada en una ilusoria libertad, impide ver la relación real entre trabajadores y empresarios, entre trabajo y capital, «el secreto del salario»¹⁷⁰.

Marx critica a los economistas clásicos porque entiende que no son capaces de establecer cómo se determina el precio del trabajo, sino tan solo sus oscilaciones, derivadas del juego de la oferta y la demanda¹⁷¹. A su juicio, aquellos no descubrieron nunca que lo que ellos llaman precio del trabajo no es más que el precio de la fuerza de trabajo¹⁷², pero ese no es para Marx el valor del trabajo. El valor diario de la fuerza de trabajo «se calcula con cierta duración de la vida del obrero, a la que corresponde cierta duración de la jornada de trabajo»¹⁷³, pero «el valor del trabajo tiene que ser siempre inferior a su producto de valor, pues el capitalista hace que la fuerza de trabajo funciones siempre más tiempo del necesario para la reproducción de su propio valor»¹⁷⁴.

Inspirado en Ricardo, entiende que, si el precio de una mercancía se determina por el coste de producción, lo que sería tanto como determinar el precio por el tiempo de trabajo necesario para la producción de la mercancía. El coste de la producción está formado, además de por el trabajo directo, por el indirecto (esto es, el invertido en la obtención de las materias primas y los instrumentos); todo ello es tiempo de trabajo. La remuneración del trabajo oscila pues según la relación entre la oferta y la demanda, pero «dentro de estas oscilaciones, el precio del trabajo se hallará determinado por el coste de

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 12.

¹⁶⁹ MARX, K.: *El capital (libro I tomo II)*..., ob. cit., p. 299.

¹⁷⁰ *Ibid.*

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 296.

¹⁷² *Ibid.*

¹⁷³ *Ibid.*, p. 298.

¹⁷⁴ *Ibid.*

producción, por el tiempo de trabajo necesario para producir esta mercancía, que es la fuerza de trabajo»¹⁷⁵.

Una vez sentada esta idea, responde Marx a la pregunta sobre cuál es el coste de la producción de trabajo: «Es lo que cuesta sostener al obrero como tal y educarlo para este oficio»¹⁷⁶. De ahí que, cuanto menos aprendizaje exija un trabajo, más bajo sea el salario, de tal manera que cuando el trabajo no exija formación, el salario vendrá determinado por «el precio de los medios de vida indispensables»¹⁷⁷. Habría que sumar –prosigue Marx– «el coste de procreación que permite a la clase obrera estar en condiciones de multiplicarse y de reponer los obreros agotados por otros nuevos»¹⁷⁸, por lo que el coste de producción «de la fuerza de trabajo simple se cifra siempre en los gastos de existencia y reproducción del obrero». El salario así determinado sería el «salario mínimo», pero este salario mínimo no lo es del individuo sino la «especie» o clase social: «el salario de la clase obrera en conjunto se nivela, dentro de sus oscilaciones, sobre la base de este mínimo»¹⁷⁹.

Ahora, para Marx, «el capital no se compone solamente de medios de vida, instrumentos de trabajo y materias primas, no se compone solo de productos materiales, se compone igualmente de *valores de cambio*»¹⁸⁰. El capital es pues «una suma de mercancías, de valores de cambio, de magnitudes sociales [...]; no consiste en que el trabajo acumulado sirva al trabajo vivo como medio para una nueva producción. [...] sino en que el trabajo vivo sirva al trabajo acumulado como medio para conservar y aumentar su valor de cambio»¹⁸¹. Con el cambio de fuerza de trabajo por medios de vida «el capitalista adquiere trabajo, la actividad productiva del obrero, la fuerza creadora con la cual el obrero no sólo reponen lo que consume, sino que da al trabajo acumulado un mayor valor del que antes poseía»¹⁸², lo que Marx denomina *Mehrwert* o plusvalía¹⁸³.

«El *valor de uso* que el obrero suministra al capitalista no es, en realidad, su fuerza de trabajo sino su función, un trabajo útil determinado»¹⁸⁴, lo que pasa desapercibido: «El hecho de que este mismo trabajo [...] sea un elemento general creador de valor, propiedad que lo distingue de todas las demás mer-

¹⁷⁵ MARX, K.: *Trabajo asalariado y capital*..., ob. cit., p. 15.

¹⁷⁶ *Ibid.*

¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 16.

¹⁷⁸ *Ibid.*

¹⁷⁹ *Ibid.*

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 17.

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 18.

¹⁸² *Ibid.*, p. 19.

¹⁸³ Plusvalor, plustrabajo o plus producción.

¹⁸⁴ MARX, K.: *El capital (libro I tomo II)*..., ob. cit., p. 300.

cancías, cae fuera del campo de la conciencia ordinaria»¹⁸⁵. Lo que al capitalista le interesa es la diferencia entre el precio de la fuerza de trabajo y el valor que crea su función»¹⁸⁶. Subraya además Marx de que el trabajador «es pagado después de haber suministrado su trabajo»¹⁸⁷, afirmación esta que sigue siendo válida por lo que al momento del pago del salario se refiere.

Si en la sociedad burguesa «el trabajo no es más que un medio para multiplicar el trabajo asalariado», en la sociedad comunista ideada por Marx y Engels, «el trabajo acumulado no [*sería*] más que un medio para ampliar, enriquecer y mejorar el proceso vital de los trabajadores»¹⁸⁸.

A los conceptos de salario nominal y salario natural, acuñados por los economistas clásicos, Marx añade el de salario relativo o proporcional, que para él viene determinado por la relación del salario con los beneficios del capital. Si el salario real expresa el precio del trabajo en relación con el precio de las demás mercancías, el salario relativo se refiere «a la parte del nuevo valor creado por el trabajo, que percibe el trabajo directo, en proporción a la parte del valor que se incorpora al trabajo acumulado, es decir, al capital»¹⁸⁹. Es evidente –continúa Marx– que «tanto la suma destinada a reembolsar los salarios abonados como el remanente que forma la ganancia del capitalista salen en su totalidad del *nuevo valor creado por el trabajo del obrero* y añadido a las materias primas»¹⁹⁰. Pero a medida que el capital, gracias al trabajo de los obreros, va aumentando, la distribución de la riqueza entre el capital y el trabajo es cada vez más desigual y conflictiva: «La parte de que se apropia el capital, la ganancia, aumenta en la misma proporción en que disminuye la parte que le toca al trabajo, el salario, y viceversa. La ganancia aumenta en la medida en que disminuye el salario y disminuye en la medida en que este aumenta»¹⁹¹. Por eso, dirá: «los intereses del trabajo asalariado y el capital son diametralmente opuestos»¹⁹², «ganancia y

¹⁸⁵ *Ibid.*

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 301. Marx encuentra en la práctica de las relaciones laborales algunas manifestaciones en las que no se estaría pagando la fuerza de trabajo sino, de algún modo, el valor del trabajo mismo. La primera de ellas sería el hecho del cambio del salario cuando cambia la jornada de trabajo. La segunda, la diferencia salarial entre trabajadores que realizan la misma función o cometidos (*ibid.*, p. 300).

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 300.

¹⁸⁸ MARX, K. y ENGELS, F.: *El manifiesto comunista*, traducción de Lara Cortés, Península, Barcelona, 2020, p. 68.

¹⁸⁹ MARX, K.: *Trabajo asalariado y capital...*, ob. cit., p. 22.

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 23.

¹⁹¹ *Ibid.*

¹⁹² *Ibid.*, p. 24.

salario se hallan «en *razón inversa*» y a medida que los beneficios crecen «el abismo social que le[s] separa [...] se habrá ahondado»¹⁹³.

El obrero, incide Marx, «cuanto más trabaja, menos jornal gana»¹⁹⁴. Para que el empresario pueda mantener sus beneficios ha de producir cada vez más barato; no solo no subirá los salarios, sino que además la división material del trabajo será cada vez mayor, y cuenta más división material del trabajo, el trabajo es más sencillo (a la vez que desagradable)¹⁹⁵ y el trabajador tiene más competencia, por lo que ha de competir con otros trabajadores dispuestos a ofrecer sus servicios a un salario más bajo. Finalmente, el obrero «se hace la competencia a sí mismo, en cuanto miembro de la clase obrera»¹⁹⁶. En resumen: «Cuanto más crece el capital productivo, más se extiende la división del trabajo y la aplicación de maquinaria. Y cuanto más se extiende la división del trabajo y la aplicación de la maquinaria, más se acentúa la competencia entre obreros y más se reduce su salario»¹⁹⁷. La incorporación de las mujeres al trabajo industrial no sería –para Marx y Engels– ajeno a esa progresiva caída de los salarios: Cuanto menos habilidad y manifestación de fuerza requiere el trabajo manual, es decir, cuanto más se desarrolla la industria ajena, más se ven los hombres sustituidos en el trabajo por las mujeres», lo que tiene para el capitalista un menor coste¹⁹⁸.

Es decir, para Marx, la lógica del capitalismo llevaría inexorablemente al descenso de los salarios reales y del nivel de vida de todos los trabajadores. De entre todas las previsiones marxistas, esta ha sido –Schumpeter de nuevo– «singularmente desacertada»¹⁹⁹.

También Max Weber ubica la determinación del precio del trabajo en el epicentro de la lucha de clases. A la lucha entre las clases de los campesinos (y artesanos) endeudados con los prestamistas urbanos de la Antigüedad, y a la del medioevo entre consumidores (población en general) y el poder monopolístico en la producción de bienes precisos para la vida y producción artesanal, les sucede en la Edad Contemporánea, con más beligerancia que en cualquier otra guerra de precios, la lucha entre la clase del obrero y el empresario por la

¹⁹³ *Ibid.*, p. 25.

¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 29.

¹⁹⁵ «Cuanto más desagradable es el trabajo, más se reduce el salario», afirman MARX, K. Y ENGELS, F.: *El manifiesto comunista...*, ob. cit., p. 56.

¹⁹⁶ MARX, K.: *Trabajo asalariado y capital...*, ob. cit., p. 29.

¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 31.

¹⁹⁸ MARX, K. Y ENGELS, F.: *El manifiesto comunista*, ob. cit., p. 57. En el mismo sentido, desde la Sociología, insiste mucho después SIMMEL, G. (1908): «Las mujeres, aprovechándose de que viven en condiciones de mayor baratura que los hombres, han empezado a suplantarlos, y han provocado así una rebaja en los salarios» (*Diagnóstico de la tragedia de la cultura moderna*, 2.ª ed., Espuela de Plata, Sevilla, 2016, p. 32. También BEATRICE WEBB, 1919 (*infra*, II, 11).

¹⁹⁹ SCHUMPETER, J. A., *Diez grandes economistas...*, p. 88.

cuantía del salario. Pero para Weber, los trabajadores no deberían dirigir su virulencia tanto contra los fabricantes y los ejecutivos, sino contra rentistas, accionistas y banqueros, que son los que se llevarían los «beneficios más o menos inmerecidos»²⁰⁰.

Mucho mejor han envejecido las reflexiones de Marx sobre el salario a destajo, que no sería más que «la forma transfigurada del salario por tiempo», de la misma manera que el salario fijado por unidad de tiempo sería «la forma transfigurada del valor o precio de la fuerza de trabajo»²⁰¹. Aparentemente, en el trabajo a destajo lo «vendido» por el obrero sería «trabajo objetivado ya en producto», pero en realidad, el valor de uso «vendido por le obrero [es] la función de su fuerza de trabajo, trabajo vivo»²⁰². Así considerado, «la forma del salario a destajo es tan irracional como la del salario por tiempo»²⁰³. Mientras que en el salario fijado por unidad de tiempo el trabajo se mide «por su duración directa», en el salario a destajo se hace «por la cantidad de productos en que se condensa el trabajo durante un tiempo determinado»²⁰⁴.

Decía Marx que «el salario a destajo es la forma de salario que mejor cuadra en el sistema de producción capitalista»²⁰⁵. El salario a destajo es – indica Marx– oportunidad de «descuentos del salario y estafas capitalistas», pues «tan solo el tiempo de trabajo encarnado en una cantidad de mercancías determinado con anterioridad y establecida experimentalmente, figura como tiempo de trabajo socialmente necesario y se paga como tal»²⁰⁶. Incorpora el salario a destajo otra ventaja para el empresario: «Como la calidad y la intensidad del trabajo pueden controlarse aquí gracias a la forma del propio salario, resulta inútil una gran parte de la supervisión», lo que exime de contar con numerosos mandos intermedios²⁰⁷. Para el empresario, el trabajo a destajo tiene una virtud añadida desde la perspectiva empresarial; siendo de interés del trabajador acabar la tarea lo antes posible, la «intensidad» se eleva considerablemente con relación al normal rendimiento²⁰⁸. Por si no bastase, «el obrero está personalmente interesado en prolongar la jornada de trabajo porque de este modo aumenta su jornal diario o semanal»²⁰⁹, lo que colecti-

²⁰⁰ WEBER, M.: *Ensayos de sociología contemporánea I*, traducción de Mireia Bofill, Planeta, Barcelona, 1987, pp. 151 y ss.

²⁰¹ MARX, K.: *El capital (libro I tomo II)*, ob. cit., p. 313.

²⁰² *Ibid.*

²⁰³ *Ibid.*, p. 315.

²⁰⁴ *Ibid.*

²⁰⁵ *Ibid.*, p. 320.

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 316.

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 317.

²⁰⁸ *Ibid.*

²⁰⁹ *Ibid.*, p. 318.

vamente se traduce en que el trabajo a destajo es terreno abonado para las desigualdades salariales entre trabajadores que realizan las mismas funciones²¹⁰. En cualquier caso, la diferencias entre el trabajo fijado por unidad de tiempo y el trabajo a destajo no alteran la proporción entre el salario y la plusvalía: «El mayor margen que el destajo deja a la individualidad tiende, por un lado, a desarrollar la individualidad y con ella el sentimiento de libertad, la independencia y el autocontrol de los obreros, y, por otro lado, la competencia de unos con otros y contra otros. Presenta, pues, [*el trabajo a destajo*] una tendencia a hacer que los salarios individuales rebasen el nivel medio, pero haciendo que este nivel baje»²¹¹.

Estas consideraciones o muy similares podrían seguramente aplicarse a algunos de los sistemas retributivos complejos de nuestro tiempo que, presentándose como novedosos y amables, no son sino fórmulas camufladas de trabajo a destajo. El problema no es tanto el trabajo fijado a tarea (o destajo) sino –pensamos– su articulación concreta en cada caso. Es una cuestión de grado. Los modernos y complejos sistemas retributivos serán o no aceptables según el ritmo o –diría Marx– intensidad que impongan o el agotamiento al que conduzcan, tiempo de trabajo efectivo que exijan, así como la cuantía final de la retribución comparada con la fijada exclusivamente por unidad de tiempo (sin entrar aquí en la dimensión colectiva de la materia salarial, bastante más intrincada).

Por último, en *Crítica al programa de Gotha*, escrito por Marx en 1875 y publicado por Engels en 1891, matiza el derecho al «fruto íntegro del trabajo» postulado Lasalle. Del fruto íntegro del trabajo habría que deducir: una parte para reponer los medios de producción consumidos; otra suplementaria para ampliar la producción; el fondo de reserva o de seguro contra accidentes, trastornos debidos a fenómenos naturales y similares; los gastos generales de administración (que deberían ser considerablemente inferiores a los del orden capitalista); la parte que se destine a satisfacer las necesidades colectivas tales como escuelas e instituciones sanitarias (que habría de aumentar progresivamente), y los fondos de sostenimiento de las personas incapacitas para el trabajo. No es por lo tanto el fruto íntegro del trabajo lo que se puede repartir, sino tan solo el «fruto parcial». En cualquier caso, Marx rechaza la expresión «fruto del trabajo», que considera ambigua, prefiriendo la de «producto»²¹².

²¹⁰ *Ibid.*

²¹¹ *Ibid.*, p. 319.

²¹² MARX, K: *Crítica al programa de Gotha*, Ed. La Pajarilla, Santiago de Chile, 2019, pp. 14 y 15. Una buena síntesis en MONTROYA MELGAR, A.: «El trabajo por cuenta ajena y las predicciones marxistas sobre su abolición», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 151, 2011, p. 9.

2.8 Jevons

Para William Stanley Jevons, el primer marginalista, lo que determina el salario es la productividad marginal del salario, es decir, el valor del producto que genera. Se aparta así de los economistas clásicos, para los que el valor del producto venía determinado por el costo de producción.

Para Jevons, en la compleja organización industrial, es imposible determinar que parte del producto corresponde a cada uno de los que ha participado en su producción: unos aportan los materiales, otros aportan el trabajo, algunos administran la actividad. De entre los distintos factores que participan en la producción, los trabajadores suministran el elemento más importante, el trabajo, pero todos los elementos son esenciales para la creación del producto final. Lo que cada uno recibe por su aportación es resultado del juego de la oferta y la demanda: «El acuerdo al que se llegue para distribuir la riqueza depende por completo de cuán bien cumpla una persona su papel en el negocio en comparación con otras»²¹³. Por lo que a los trabajadores se refiere, su remuneración dependerá de su ventaja comparativa frente a otros trabajadores: «Si para producir la mercancía hacen falta trabajadores con alguna habilidad peculiar que pocos hombres poseen, estos [...] podrán pedir por su habilidad y su trabajo el precio que quieran siempre que la ganancia de los demás productores no quede reducida a menos de lo que podrían conseguir dedicándose a otras empresas»²¹⁴.

Se aparta Jevons de la teoría del fondo de salarios. Es cierto que el salario es el resultado de dividir el fondo salarial entre el número de trabajadores, pero este cociente (la teoría del fondo de salarios) «no contiene ningún elemento que permita determinar ni el monto del fondo total ni la parte que le tocará a un trabajador cualquiera», salvo en el absurdo escenario en que todos los trabajadores percibiesen el mismo salario cualquiera que fuera el tipo de trabajo y su posición jerárquica en ese tipo de trabajo²¹⁵. Por otro lado, como los trabajadores, que viven de su trabajo, no pueden esperar a que los consumidores adquieran los productos finales, el empresario le anticipa el salario, pero «lo que el capitalista adelanta a cada trabajador no es un monto cualquiera que tiene disponible para adelantarle, sino el valor del producto que espera obtener, teniendo siempre presente cuánto pagaría por el trabajo de otros hombres igualmente capaces»²¹⁶.

²¹³ JEVONS, W. S.: *El Estado y los trabajadores*, traducción de Esteban Flamini y Gloria Trinidad, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 116.

²¹⁴ *Ibid.*, p. 117.

²¹⁵ *Ibid.*, p. 118.

²¹⁶ *Ibid.*, p. 119.

También se distancia del dogma del conflicto: «El supuesto conflicto entre el trabajo y el capital es un mito»²¹⁷. No es cierto que cuanto más elevados sean los salarios menores son los beneficios para el empresario, porque «el monto que recibe el empleador no es una cantidad fija, sino que depende [...] de la cantidad de bienes producidos y de su precio de venta»²¹⁸. El verdadero conflicto no es entre capital y trabajo, sino entre los productores y los consumidores; el empresario es un parte del sistema productivo y su conflicto natural se produce con el consumidor que adquiere sus productos, «pero en su fusión de adelantar a los trabajadores su salario se enfrenta a un conflicto adicional, esta vez con la clase trabajadora»²¹⁹.

2.9 Schmoller

El reformismo de Gustavo Schmoller responde al deseo de moralización de las relaciones entre propiedad y trabajo. El principio de la justicia distributiva «como idea moral directriz, encuentra su expresión no solo en el derecho, sino aun en la costumbre; debe sobre todo buscarse en esta última, cuando la sequedad del derecho positivo sea un obstáculo a la acción de lo justo»²²⁰.

Sus ideas sobre los salarios están sintetizadas en *Carta abierta a M. Heinrich von Treitshke* (1875)²²¹, publicación dirigida a los detractores de la reforma social. Desde esa perspectiva, recuerda Schmoller que cuando Adam Smith postuló la libertad de la industria, lo hacía por razones morales, con la convicción de que dicha libertad conduciría a una distribución más equitativa de la riqueza²²². Para el pensador teutón, la distribución de la riqueza debe estar presidida por el mérito: «La única garantía moral de una distribución de la propiedad para creerla justa, [es] la de creer al menos que estaba un poco en armonía con las virtudes y las capacidades de los individuos y de las clases»²²³. Y no solo por razones morales, sino también económicas, que tienen que ver con la motivación del trabajador: «El ardor en el trabajo crece proporcionalmente a la justicia en el reparto de las riquezas»²²⁴.

²¹⁷ *Ibid.*, p. 121.

²¹⁸ *Ibid.*, p. 120.

²¹⁹ *Ibid.* 6, p. 121.

²²⁰ SCHMOLLER, G.: *Política social y economía política*, traducción de Lorenzo Benito, Comares, Granada, 2007, p. 80.

²²¹ Publicada en SCHMOLLER, G.: *Política social y economía política*, ob. cit., pp. 5 y ss.

²²² *Ibid.*, p. 66.

²²³ *Ibid.*, p. 69.

²²⁴ *Ibid.*, p. 70.

El mantenimiento mismo del estatus de las clases sociales más favorecidas exige del mérito, por lo que no deberían estar impedir la política social: «Ninguna clase propietaria, ninguna aristocracia se mantiene por espacio de mucho tiempo en cuanto queda demostrado que sus virtudes y los servicios que había de prestar no responden ya a la cuantía de sus rentas»²²⁵. Para el precursor de la economía social de mercado, en cierto modo, la injusticia salarial tiene su propio castigo: «El fabricante o el propietario [...] pierde más por el robo, el mal trabajo y la infidelidad de sus obreros, que lo que ha ganado mermándoles sus salarios» (teoría del interés bien entendido)²²⁶.

Para Schmoller, solo una «legislación de fábricas» levantaría el nivel de las clases inferiores y evitaría la explotación injusta: «La economía política es como la maquinaria de un reloj; el egoísmo y las relaciones numéricas son el resorte, pero su acción no es saludable sino porque hay un regulador que a cada instante penetra en el engranaje, unas veces a derecha y otras a izquierda y dirige todo el movimiento»²²⁷. Ese papel regulador corresponde a la moral y al derecho²²⁸. Se lamenta sin embargo el economista alemán de que la única forma de poner coto a la explotación del trabajador sea la de establecer una tasa o salario legal «porque es siempre muy difícil poderla determinar equitativamente»²²⁹.

Del testimonio de Schmoller se deduce que los planes retributivos del personal directivo eran frecuentes en las empresas decimonónicas: «La participación en los beneficios de la empresa existe ya para ciertos trabajadores escogidos, tales como directores, químicos, etc.»²³⁰. No obstante, piensa que, con el tiempo, la participación en beneficios «se extenderá [...] a medida que el obrero se eleve, y a medida que la dirección de la empresa deje de pertenecer al capitalista, [pues] todo trabajo que se aproxime a este merece una remuneración análoga, una parte del producto neto»²³¹.

Levanta acta incluso el padre de la *Sozialpolitik* de incipientes experiencias de sistemas retributivos complejos para el resto de los trabajadores, cuya máxima expresión sería la participación de los obreros en los beneficios y en el capital:

«En la práctica se ha empezado unas veces por humanidad, y otras por consideraciones puramente comerciales, a conceder al obrero, además de su sa-

²²⁵ *Ibid.*

²²⁶ *Ibid.*, p. 90.

²²⁷ *Ibid.*, p. 93.

²²⁸ *Ibid.*

²²⁹ *Ibid.*, p. 92.

²³⁰ *Ibid.*, p. 109.

²³¹ *Ibid.*

lario fijo, algunas gratificaciones, después de una parte especial asegurada por contrato para un trabajo determinado más perfecto, y por último, un tanto por ciento a todos sobre el beneficio neto del todo el negocio, o de ciertas partes del mismo; con frecuencia también se ha permitido al obrero interesarse en la empresa mediante la aportación de capitales, por los que recibe una parte proporcional de los beneficios netos»²³².

Aboga Schmoller por la extensión de la participación en los beneficios según criterios de equidad: «cuando varios cooperan a una obra común, cada uno debe tener una parte del producto proporcional a su trabajo»²³³. La dificultad estriba –advierte– en comparar la aportación o mérito de cada cual; del capital y del trabajo, del trabajo intelectual y del trabajo manual, y de los distintos trabajadores entre sí. La justicia absoluta exigiría de muy complejas y difíciles cálculos y estimaciones, por lo que seguramente la solución ideal, posible y estimulante para los obreros sería «una combinación del salario fijo y de cuotas especiales o generales para los principales obreros, siempre que estas cuotas estén graduadas con arreglo a la importancia del trabajado de cada uno en el resultado del conjunto»²³⁴, lo que en cualquier caso exige de «tablas numéricas generales»²³⁵.

En modo alguno piensa Schmoller en un mismo sistema retributivo para todos los trabajadores y trabajos: «En muchas ocasiones el simple salario será el modo más conveniente de retribución del obrero, por imperfecto que pueda ser; tiene siempre la ventaja de una administración más cómoda, más fácil», además de que cada una de las partes tiene más claras sus obligaciones. Ese sería el sistema más adecuado para el trabajo no cualificado o que no exige aprendizaje²³⁶.

El trabajo a cambio de un salario fijo sería para Schmoller manifestación de una etapa transitoria en el camino que discurre desde la esclavitud primero y la servidumbre después hasta un –entonces– futuro intercambio de trabajo por una retribución variable. Si en la esclavitud todos los trabajadores son tratados por igual, en las servidumbres empiezan a surgir diferencias según el servicio de cada cual, mientras que con el trabajo asalariado la tendencia es a una progresiva diversidad. En suma, el principio de la justicia distributiva «queda satisfecho cuando la fortuna y la renta responden a los

²³² *Ibid.*, p. 74.

²³³ *Ibid.*, p. 75.

²³⁴ *Ibid.*, p. 77.

²³⁵ *Ibid.*, p. 78.

²³⁶ *Ibid.*

talentos y a los servicios»²³⁷. Es la senda desde un sistema injusto a u otro justo, si es que este último no se tuerce por la desproporción ente los beneficios del capital y unos míseros salarios²³⁸.

En la misma línea meritocrática, aunque desde la Sociología, Durkheim, para quien una de las nuevas reglas morales que la división del trabajo exige es —escribe en 1893— que cada trabajador «reciba el justo precio a sus esfuerzos», pero no duda que será «obra laboriosa edificar» una sociedad en la que le trabajador sea «recompensado como se merece»²³⁹.

2.10 León XIII

No se puede obviar la influencia de León XIII y de la encíclica *Rerum novarum* (1891) en una historia del salario. Frente a la vieja idea de dejar al siglo lo que es del siglo y la Iglesia lo que es la Iglesia, la encíclica supone una apertura a los problemas de la sociedad en general y a la cuestión social en particular (el subtítulo de la encíclica, *Sobre la condición de los obreros*, es muy expresivo). La Encíclica abre la puerta a la intervención del Estado en el orden socioeconómico cuando sea preciso, lo que a efectos prácticos tuvo clara repercusión en las legislaciones occidentales. Ubicando los salarios en el epicentro de las tensiones entre trabajo y capital, entra en la cuestión de si el salario ha de ser determinado por lo pactado entre las partes o si ha de intervenir el poder público:

«Llegamos a un punto de suma importancia y que es preciso se entienda muy bien para que no se yerre por ninguno de los dos extremos [...] Dícese que la cantidad del jornal o salario la determina el consentimiento libre de los contratantes, es decir, del patrono y del obrero; y que, por tanto, cuando el patrono ha pagado el salario que prometió, queda libre y nada más tiene que hacer; y que solo se viola la justicia cuando, o rehúsa el patrono dar el salario entero o el obrero no pone completo el trabajo a que se obligó; y que en estos casos, para que a cada uno se guarde su derecho, puede la autoridad pública intervenir, pero fuera de estos, en ninguno [...] Fáltale [*a dicho discurso*] una razón de muchísimo peso. Esta es que el trabajo no es otra cosa que ejercicio de la propia actividad, enderezado a la adquisición de aquellas cosas que son necesarias para los varios usos de la vida y principalmente para la propia conservación. *Con el sudor de tu frente comerás el pan* [...] Tiene, pues, el trabajo humano dos cualidades que en

²³⁷ *Ibid.*, p. 80.

²³⁸ *Ibid.*, p. 77.

²³⁹ DURKHEIM, E.: *La división del trabajo social II*, traducción de Carlos G. Posada, Planeta, Barcelona, 1985, pp. 478 y 479.

él puso la naturaleza misma; la primera, que es *personal*, porque la fuerza con que se trabaja es inherente a la persona y enteramente propia de aquel que con ella trabaja, y para utilidad de él se la dio la naturaleza; la segunda es que es *necesario*, porque del fruto de su trabajo necesita el hombre para sustentar la vida, y sustentar la vida es un deber primario natural que no hay más remedio que cumplir»²⁴⁰.

Sin apartarse de la idea de contrato, sino profundizando en ella, el texto pontificio, en estricto razonamiento jurídico, previene contra el peligro de la abstracción teórica, pues solo teóricamente se puede sostener un supuesto derecho del trabajador a renunciar a un salario digno:

«Si se considera el trabajo solamente en cuanto es personal, no hay duda que está el obrero en libertad de pactar con su trabajo un salario más corto, porque como de su voluntad pone el trabajo, de su voluntad puede contentarse con un salario más corto, y aun con ninguno [...] Pero de muy distinto modo se habrá de juzgar, si a la cualidad de *personal* se le une la de *necesario*, cualidad que podrá con el entendimiento separarse de la personalidad, pero que en, realidad de verdad, nunca estará de ella separado [...] Sustentar la vida es deber común a todos y a cada uno, y faltar a este deber es un crimen. De aquí necesariamente nace el derecho a procurarse aquellas cosas que son menester para sustentar la vida, y estas cosas no las hallan los pobres sino ganando un jornal con su trabajo»²⁴¹.

Debe regir pues el principio de indisponibilidad:

«Luego aun concedido que el obrero y el patrono libremente convienen en algo y particularmente en la cantidad del salario, queda, sin embargo, siempre una cosa que dimana de la justicia natural y que es de más peso y anterior a la libre voluntad de los que hacen el contrato, y es esta: que el salario no debe ser insuficiente para la sustentación de un obrero que sea frugal y de buenas costumbres. Y si acaeciese alguna vez que el obrero, obligado de la necesidad o movido del miedo de un mal mayor, aceptase una condición más dura, y aunque no la quisiera la tuviese que aceptar por imponérsela absolutamente el patrono o el contratista, sería eso hacerle violencia y contra esa violencia reclama la justicia»²⁴².

León XIII piensa en un salario que dé para algo más que vivir, como se deduce de las siguientes palabras: «Si el obrero recibe un jornal suficiente para

²⁴⁰ De entre todas las versiones en lengua española, utilizamos LEÓN XIII: *Rerum novarum: Sobre la condición de los obreros*, Ed. Ap. De la Prensa, Madrid-Lima, 1972, p. 57.

²⁴¹ *Ibid.*, p. 58.

²⁴² *Ibid.*

sustentarse a sí, a su mujer y a sus hijos, será fácil [...] que después de gastar lo necesario, le sobre algo con lo que pueda irse formando un pequeño capital»²⁴³. Coincidiendo en esto con Tocqueville, la doctrina social pontificia aboga por el acceso a la propiedad: «La propiedad privada deben las leyes favorecer y, en cuanto fuera posible, procurar sean muchísimos en el pueblo los propietarios»²⁴⁴.

No obstante, la encíclica prefiere que sean las «asociaciones profesionales» las que concreten esos derechos de los trabajadores²⁴⁵, quedando la regulación estatal –principio de subsidiaridad– como último remedio: «acudiendo al Estado, si la cosa lo demandare, con su amparo y auxilio»²⁴⁶.

2.11 Los Webb

Es la cuestión de los salarios inescindible de las reflexiones de Sidney y Beatrice Webb sobre el sindicalismo y la negociación colectiva, de los que dan cuenta en *La democracia industrial* (1892-1897). Son además de interés las ideas de Beatrice Webb acerca de la retribución del trabajo de las mujeres en comparación con el de los hombres, cuestión esta sobre la que no siempre mantuvo la misma opinión.

Son contrarios los esposos Webb al principio de negociación individual de los salarios. Aunque la existencia de una misma noción sobre el mínimo de subsistencia o entre todos los trabajadores que compiten por un mismo empleo constituye un importante «baluarte contra la presión de la competencia», esa barrera es insuficiente y débil. Sin un concierto deliberado de los trabajadores, difícilmente se logrará una subida salarial incluso en tiempos de bonanza; fácilmente logrará el empleador reducir los salarios en escenarios de exceso de mano de obra y de dificultades económicas²⁴⁷.

El trabajador individual y aislado siente «que tiene derecho a un cierto modo de vida, una cierta y vaga cantidad de ingreso semanal, como contrapartida de una cantidad de trabajo diario igualmente vago», es decir, tiene una percepción instintiva sobre cuál debería ser su salario²⁴⁸. Siendo esa percepción diferente entre los trabajadores, se hace muy difícil determinar cuál es el

²⁴³ *Ibid.*, p. 60

²⁴⁴ *Ibid.*

²⁴⁵ *Ibid.*, pp. 62 y ss.

²⁴⁶ *Ibid.*, p. 60.

²⁴⁷ WEBB, S. y B.: *La democracia industrial*, traducción de Miguel Ángel Simón, Biblioteca Nueva, Madrid, 2004, pp. 522 y 523.

²⁴⁸ *Ibid.*, p. 522.

salario justo. Esa dificultad fortalece la posición negociadora del empresario: «Estas diferencias de interpretación son oportunidades para el empleador [...] Insistiendo constantemente en tomar, como nivel de referencia, la interpretación más baja que de esas condiciones realice un candidato al empleo, el empresario es capaz gradualmente de reducir a todos los demás ese nivel»²⁴⁹.

Sólo por medio del sindicato –prosигuen– existirá «un mínimo definido e idéntico que exigir», tanto en el trabajo fijado por unidad de tiempo como en el trabajo a destajo. Y una vez fijadas las condiciones de trabajo a través de la negociación colectiva, conjuntamente a través de representantes, se establece una barrera adicional a la presión que el empleador ejerce sobre el trabajador individualmente considerado. Tiene en cualquier caso la negociación colectiva para los trabajadores una bondad añadida: la rápida obtención de subidas salariales en momentos de aumento de los beneficios empresariales²⁵⁰.

De especial interés son las reflexiones de Beatrice Webb sobre la desigualdad retributiva entre mujeres y hombres (brecha salarial), recogidas en su trabajo *The wages of men & women: Should they be equal?*, que firma en 1919 como Mrs. Sidney Webb²⁵¹. Fiel al sistema de tarifa y al principio de «igual salario por igual trabajo», rechaza que haya una tasa para el hombre y otra para la mujer. En apariencia, no apela a argumentos de igualdad sino productivistas: «La existencia y la aplicación rigurosa, como mínimos, de tarifas salariales idénticas en las distintas categorías profesionales (con independencia de las diferencias de sexo, altura, peso, color, raza o religión, que no se ha demostrado que sean correlativas a diferencias de competencia individual) es [...] una condición indispensable para la máxima producción»²⁵². La idea es mucho más sutil y coincide en sustancia con la propuesta por Mill en *La esclavitud de las mujeres* (1869): que la sumisión de las mujeres al varón es incorrecta, no solo por injusta, razón ya bastante, sino también por ser un obstáculo para el desarrollo de la humanidad.

Rechaza asimismo la socióloga británica la idea de fijar tarifas salariales distintas según las responsabilidades familiares de cada trabajador: «Cualquier diferenciación de este porte sería [...] contrario al principio de

²⁴⁹ *Ibid.*, p. 523.

²⁵⁰ *Ibid.*, p. 524.

²⁵¹ La publicación coincide con su postura minoritaria en el seno del Comité del Gabinete de Guerra sobre las Mujeres en la Industria, encargado de investigar si las mujeres británicas que durante la I Guerra Mundial trabajaron en ocupaciones entonces consideradas propias de varones bajo la promesa de ser retribuidas con el mismo salario que los trabajadores sustituidos por estar estos en el frente habían sido efectivamente remuneradas conforme a esa promesa.

²⁵² WEBB, B.: *The Wages of Men & Women: Should they be Equal?*, Fabian Society, London, 1919, p. 39.

negociación colectiva y a la tarifa según ocupación; ni se correspondería con los resultados del regateo del mercado, ni con las diferencias de eficiencia entre los trabajadores o ventajas para el empleador»²⁵³. Sobre todo, el establecimiento de diferentes salarios en función de las responsabilidades familiares abriría la puerta a una menor retribución para las mujeres trabajadoras, que en aquella época eran en su mayoría solteras y sin descendencia: «No es justo que esto sirva de base para cualquier distinción entre hombres y mujeres como tales, independientemente de sus obligaciones familiares»²⁵⁴.

Coincidiendo con Mill en algunas cosas, se aparta sin embargo la Sra. Webb de él y desconfía del principio «igual salario por trabajo *de igual valor*» que por aquel entonces la Conferencia Internacional del Trabajo alumbraba, porque —a su juicio— llevaría de modo inevitable a la negociación individual de los salarios y, con ella, a la imposición de salarios inferiores para las mujeres dada su inferioridad negociadora y su disposición a aceptar salarios más bajos (solteras y sin hijos)²⁵⁵.

En fin, se opone Beatrice Webb a la participación en los beneficios de los trabajadores, que si hacemos caso de su testimonio, estaría entonces muy extendida (más por deseo empresarial que de trabajadores y sindicatos). Su rechazo se basa en dos razones: la primera, que trabajadores y sindicatos carecen de control alguno sobre los factores de los que dependen los beneficios; segunda, que la participación en beneficios es contraria a la concepción de las tarifas según ocupación, es decir, al principio de igual salario por igual trabajo²⁵⁶.

2.12 Keynes

Muchas son las consideraciones que, en su *Teoría general* (1936), orientada a combatir el grave problema del desempleo que la crisis financiera de 1929 trajo consigo, Keynes hace sobre los salarios.

Sin entrar en consideraciones morales, sino acudiendo a las estrictamente económicas, el profesor cantabrigense explica la mejor cualidad de los salarios fijados en dinero sobre los fijados en especie: mientras que los salarios fijados «en términos de algún otro bien» (salarios en especie) es improbable que con-

²⁵³ *Ibid.*, p. 43.

²⁵⁴ *Ibid.*, p. 44.

²⁵⁵ *Ibid.*, p. 47.

²⁵⁶ *Ibid.*, p. 49.

tinúen siendo «rígidos» (estables), los salarios fijados en dinero tienden a la estabilidad²⁵⁷.

Keynes se aparta de la doctrina de los economistas clásicos según la cual, partiendo de «una hipotética fluidez de los salarios nominales», el sistema económico se ajusta automáticamente²⁵⁸. Para Keynes esa idea no es trasladable al conjunto de la industria, por lo que tampoco serviría para solucionar el problema del desempleo, que es lo que principalmente le inquieta cuando por primera vez aborda la cuestión. La teoría clásica –dirá– «no tiene nada que ofrecer cuando se aplica al problema de saber qué determina el volumen real de ocupación en su conjunto»²⁵⁹.

El pensamiento de Keynes sobre el peligro de las políticas de ajuste salarial, a las que se refiere como «salarios monetarios flexibles»²⁶⁰, discurre por el siguiente guion:

– Salvo en las economías socializadas, en las que el salario se fija mediante decreto, no hay modo alguno de asegurar reducciones uniformes para cada tipo de trabajo. El ajuste solo puede lograrse por una serie de cambios graduales, irregulares, no justificables por criterio alguno de justicia social o conveniencia económica, y probablemente completada sólo después de luchas desastrosas y que ocasionan gran desperdicio, en las que quienes estén situados en la posición más débil para contratar sufrirán, en comparación con el resto»²⁶¹. Lo que sí pueden hacer los gobiernos es jugar con la cantidad de dinero: «Teniendo en cuenta la naturaleza humana y nuestras instituciones, solamente un tonto preferiría una política de salarios flexibles a una política monetaria»²⁶².

– «Si los salarios monetarios son inflexibles, los cambios que se presenten en los precios [...] corresponderán en primer término a la productividad marginal del equipo que se tenga, a medida que aumente la producción de él derivada. Así se mantendrá la mayor equidad practicable entre el trabajo y los factores cuya remuneración se fija contractualmente en términos monetarios, en particular entre la clase rentista y las personas que tienen sueldos fijos en una firma establecida permanentemente, en una institución o en el estado. Para que clases

²⁵⁷ KEYNES, J. M.: *Teoría general de la ocupación, el interés y el dinero*, traducción de Eduardo Hornedo, 4.ª ed., Fondo de Cultura Económica, México, 2003, p. 229.

²⁵⁸ *Ibid.*, p. 249.

²⁵⁹ *Ibid.*, p. 251.

²⁶⁰ Advértase también el grave perjuicio práctico que puede tener una confusión entre los efectos micro con los efectos macroeconómicos de los ajustes salariales.

²⁶¹ KEYNES, J. M.: *Teoría general de la ocupación...*, ob. cit., p. 257.

²⁶² *Ibid.*

sociales numerosas tengan remuneración fija, en dinero en todo caso, la justicia y la conveniencia sociales quedan mejor servidas si la remuneración de todos los factores es algo inflexible en dinero [...] Solo una persona injusta puede preferir una política flexible de salarios a una monetaria de la misma clase»²⁶³.

– «El método de aumentar la cantidad de dinero en unidades de salarios mediante la rebaja de la unidad de estas, eleva proporcionalmente la carga de las deudas; en tanto que el producir el mismo resultado por el aumento de la cantidad de dinero, dejando invariable la unidad de salarios, produce el efecto opuesto»²⁶⁴.

Las anteriores consideraciones le permiten a Keynes deducir:

«Si el trabajo respondiera a la disminución gradual de la ocupación ofreciendo sus servicios por un salario nominal en descenso regular, eso no tendría por efecto, en términos generales, reducir los salarios reales y aun podría aumentarlos, a través de su influencia adversa sobre el volumen de producción. El resultado principal de esta política sería producir una inestabilidad en los precios [...] Suponer que la política de salarios flexibles es un auxiliar correcto y adecuado de un sistema que en conjunto corresponde al tipo del *laissez faire*, es lo opuesto a la verdad. Solamente en una sociedad altamente autoritaria, en la que pudieran decretarse cambios sustanciales y completos, podría funcionar con éxito una política de salarios flexibles»²⁶⁵.

Es en este punto donde enlaza con la política monetaria: «A la luz de estas consideraciones opino ahora que el mantenimiento de un nivel general estable de salarios nominales es, en general, la política más aconsejable para un sistema cerrado; al mismo tiempo que la misma conclusión será válida para un sistema abierto, a condición de que pueda lograr el equilibrio con el resto del mundo, por medio de fluctuaciones en los medios de cambio», es decir, en la moneda²⁶⁶.

Pronostica Keynes el futuro y las opciones que tarde o temprano habría que tomar, las cuales –puede afirmarse– se han ido cumpliendo:

«Con la política rígida de salarios, la estabilidad de los precios irá ligada, en periodos cortos, a la ausencia de fluctuaciones en la ocupación. En periodos largos [...] todavía nos queda por escoger entre la política de permitir a los precios que bajen lentamente con el progreso de la técnica y el equipo, mientras que

²⁶³ *Ibid.*, p. 258.

²⁶⁴ *Ibid.*

²⁶⁵ *Ibid.* Se refiere Keynes a los regímenes autoritarios de Italia, Alemania y Rusia.

²⁶⁶ *Ibid.*, p. 259.

se conservan estables los salarios; o dejar que los salarios suban poco a poco, al mismo tiempo que se mantienen estables los precios. En conjunto, yo prefiero la segunda alternativa porque es más fácil conservar el nivel real de ocupación dentro de un rango determinado respecto al empleo pleno con una esperanza de mayores salarios después [...] y debido también a las ventajas sociales de disminuir gradualmente las cargas de las deudas, la mayor facilidad de ajuste de las industrias en decadencia [...] y el estímulo psicológico que probablemente se sentirá con una tendencia moderada de los salarios nominales a subir»²⁶⁷.

No es el ajuste de los salarios sino más bien el incremento de la demanda lo que, según Keynes, generará la creación de empleo; con gasto privado, preferiblemente (mediante inversiones), pero si es preciso –y mientras sea necesario– con gasto público, especialmente a través de la realización de obras públicas.

2.13 Hayek

Subraya Hayek la diferencia entre el valor del mercado según Adam Smith y la teoría del valor-trabajo de David Ricardo que más tarde desembocaría en la marxista de la plusvalía. Ricardo y Marx habrían invertido la verdadera relación causal, la verdadera relación funcional del valor: «En vez de mostrar que los precios informan a los productores de cuánto trabajo merece invertirse en un objeto, enseñaron que el valor de un producto está determinado por el trabajo invertido en él»²⁶⁸.

Para Hayek, lo que determina la retribución del trabajo no es el mérito ni el valor real, sino la utilidad concreta para quien lo retribuye. La función de los precios y salarios «no es tanto remunerar a las personas por lo que han hecho como indicarles lo que deberían hacer por su propio interés y por el interés general»²⁶⁹.

La espontaneidad debe primar sobre el mérito:

«Será con frecuencia necesario que la remuneración de los esfuerzos de los individuos no corresponda a un mérito reconocible, sino que, a pesar de sus mayores esfuerzos, y por razones que no habrían podido conocer, tales esfuerzos

²⁶⁷ *Ibid.*, p. 260.

²⁶⁸ En su ensayo sobre *El paro y los sindicatos en los años ochenta: El falseamiento de los precios relativos por el monopolio del mercado del trabajo*, recogido en HAYEK, F. A.: *Sindicatos, ¿para qué?*, Unión Editorial, Madrid, 2009, p. 77.

²⁶⁹ HAYEK, F. A.: *Derecho, Legislación y Libertad*, 2.ª ed., traducido por Luis Reig Albiol, Unión Editorial, Madrid, 2014, p. 272.

tengan un éxito mayor o menor del que los individuos podían esperar. En un orden espontáneo el problema de si uno ha hecho o no lo que tenía que hacer no puede ser siempre cuestión de mérito, sino que debe estar determinado con independencia de que las personas interesadas habrían podido o debido saber lo que de ellas se requería»²⁷⁰.

No es el mérito, sino la acomodación entre mérito y demanda lo que determina un salario más elevado. Cuando esto ocurre, la remuneración «será a menudo mucho más alta de lo que sería necesario para inducir» al trabajador a prestar estos servicios. La consecuencia final de la determinación de los salarios en función del interés real para quien lo ha de pagar es que «todos, salvo los vendedores marginales, ganarán más de lo debido para ser inducidos a prestar los servicios en cuestión», de la misma manera que «todos los compradores, salvo los marginales, gastarán menos de lo que esperaban pagar», por lo que «la remuneración del mercado [...] nunca parecerá justa»²⁷¹.

Según piensa, la renovada inquietud por el precio justo anticipada por los escolásticos y reforzada luego por la justicia social y el deseo de conciliación o arbitraje en las controversias entre empresarios y trabajadores conduce inexorablemente al «atroz principio [...] que toda remuneración debe ser fijada por un poder político», lo que sería propio de «un sistema totalitario carente de libertad personal»²⁷². Ese sistema sería además ineficaz; la compleja estructura social no funcionaría si las remuneraciones de las distintas actividades dependen «de la opinión de la mayoría sobre su valor, o bien del conocimiento o comprensión de una única persona que valorara la importancia de las distintas actividades que exige el funcionamiento del sistema»²⁷³. En definitiva, «cuando nos preguntamos cuál debería ser la remuneración justa [...] la apelación a la *justicia social* no nos presta la menor ayuda para establecerla»²⁷⁴.

Claro, que la espontaneidad del mercado no es sinónimo de equidad salarial: «En una sociedad libre, en la que la posición de los individuos y los grupos no es resultado de la voluntad de nadie (y no podría, dentro de esta misma sociedad, ser modificada en consonancia con un principio de aplicabilidad general), las diferencias de remuneración no pueden calificarse sensatamente de justas o injustas»²⁷⁵.

²⁷⁰ *Ibid.*

²⁷¹ *Ibid.*, p. 278.

²⁷² *Ibid.*, p. 276.

²⁷³ *Ibid.*, p. 278.

²⁷⁴ *Ibid.*, p. 279.

²⁷⁵ *Ibid.*, p. 285.

El establecimiento de salarios en función de tarifas fijadas en función del tipo de trabajo impide que los trabajadores dirijan sus esfuerzos en el sentido querido por el mercado. Aunque la gente no acepte que sus propias remuneraciones dependen en parte de la casualidad, «esto es precisamente lo que debe suceder para que el orden de mercado se adapte rápidamente a los cambios de circunstancias inevitables e imprevisibles y para que los individuos puedan decidir qué hacer»²⁷⁶.

Lo importante no es pues la justicia de los salarios sino que estos encaucen a los trabajadores hacia ocupaciones y esfuerzos adecuados: «Una autoridad que establezca las remuneraciones con la intención de reducir el tipo y el número de personas que se considera necesarias en cada ocupación no podría hacer *justas* tales remuneraciones, es decir, proporcionadas a los méritos, a las necesidades, o al valor de cualquier otra reivindicación de las personas interesadas, sino que más bien debería ofrecer incentivos para atraer o retener el número de personas deseado en cada tipo de actividad»²⁷⁷.

El salario justo o «equitativo» sería el salario «usual», es decir, «la remuneración que la experiencia pasada ha permitido a la gente esperar»; o también, «el salario que existiría si no hubiese explotación monopolista»²⁷⁸. Desde esta perspectiva, el establecimiento de salarios mínimos por obra de la ley sería una interferencia en la costumbre marcada en un sistema de competencia. Hayek rechaza cualquier tipo de gratificación económica que no proceda del mecanismo del mercado, razón esta por la que se opone a un salario mínimo establecido por el Estado: «Los problemas [...] surgen cuando la remuneración por los servicios prestados la determina la autoridad, quedando inoperante el mecanismo impersonal de mercado que orienta los esfuerzos individuales»²⁷⁹.

La retribución equitativa de un servicio podría solo determinarse objetivamente si –afirma Hayek– cuando las «cantidades necesarias se fijasen independientemente», es decir, cuando «estas fuesen ajenas a los costes». El planificador podría entonces tratar de averiguar qué precio o salario es necesario para obtener la oferta», pero difícilmente se puede establecer un salario equitativo por el Estado sin que este decida también cuánto se debe producir de cada clase de bienes y, en consecuencia, que tipo de trabajadores son los necesarios y más importantes, y así hasta la pérdida total de libertad²⁸⁰.

²⁷⁶ *Ibid.*, p. 283.

²⁷⁷ *Ibid.*, p. 286.

²⁷⁸ HAYEK, F. A.: *Camino de servidumbre*, traducción de José Vergara, Alianza, Madrid, 1978, p. 146.

²⁷⁹ HAYEK, F. A.: *Derecho, Legislación y Libertad*, ob. cit., p. 290.

²⁸⁰ HAYEK, F. A.: *Camino de servidumbre*, ob. cit., p. 148.

Hayek es especialmente beligerante contra las asociaciones de trabajadores, muy especialmente contra «el dominio de los sindicatos sobre los salarios» a través de la huelga, que él considera una coacción: «Son la única institución con la que el gobierno ha fracasado totalmente en lo que es su función primordial: la de procurar que nadie ejerza coerción sobre otro». Sería además esta una coerción de unos trabajadores sobre otros, más que sobre los empresarios: «Solo por la coacción que a los sindicatos se les ha permitido ejercer sobre quienes desean trabajar en condiciones no aprobadas por ellos han podido someter a los empresarios a toda suerte de presiones nocivas»²⁸¹.

Junto al argumento jurídico moral, el económico. A juicio de Hayek, ese dominio de los sindicatos sobre los salarios y, en consecuencia, la subida constante de estos últimos conduciría siempre a una «inflación continua y progresiva»²⁸². Rechaza la política monetaria de Keynes, cuyo soporte ideológico descansaría sobre «la idea de que resulta más fácil privar al trabajador de una parte de su salario real reduciendo el valor de la moneda que rebajando la cifra que figura en el sobre de la paga, y que ese es el método a emplear cada vez que los salarios se hacen demasiado altos para permitir el *pleno empleo*»²⁸³.

Previene Hayek contra el peligro de un salario mínimo supranacional: «Si llegara a considerarse obligación de un organismo internacional la realización de la justicia distributiva entre los diferentes pueblos», en pura lógica socialista –ironiza–, la lucha de clases se transformaría, en un enfrentamiento «entre las clases trabajadoras de los distintos países»²⁸⁴.

Para desmontar lo que, con sus palabras, «fue la pretensión» de un derecho de los trabajadores al producto íntegro de su trabajo, Hayek advierte –más ironía– una contradicción intrínseca: «Pocos socialistas de hoy creen que en una sociedad socialista el producto íntegro de cada industria debería repartirse enteramente entre los trabajadores de la misma; porque eso significaría que los obreros de las industrias que usan una gran proporción de capital dispondrían de unos ingresos mucho mayores que los empleados de las industrias poco dotadas de capital, lo cual considerarían muy injusto la mayoría de los socialistas»²⁸⁵. Tras el burlón texto del pensador austriaco subyace una realidad palmaria: sin beneficios no hay empresa.

²⁸¹ HAYEK, F. A.: *Sindicatos. ¿para qué?*, ob. cit., p. 20.

²⁸² *Ibid.*, p. 21.

²⁸³ *Ibid.*

²⁸⁴ HAYEK, F. A.: *Camino de servidumbre*, ob. cit., p. 271.

²⁸⁵ *Ibid.*, p. 148.

En las antípodas de Keynes, Hayek sostiene que el mantenimiento de «un flujo constante de la corriente de la producción» exige un ajuste continuo de los precios del mercado y, por lo tanto, de los salarios. Solo así la demanda igualaría a la oferta en cada sector. Ese ajuste no se produce, con funestas consecuencias para sectores concretos primero y para su conjunto después cuando los salarios no son determinados por el juego de la oferta y la demanda, sino «por supuestas consideraciones de justicia, lo que de hecho no solo significa simplemente costumbre y tradición, sino, cada vez más, pura fuerza». Y cuando eso ocurre –señala Hayek– «se priva al mercado de la función de orientar el trabajo hacia donde pueda venderse»²⁸⁶. No pasa desapercibido al lector el uso del verbo «vender» aplicado al trabajo. Siendo Hayek jurista, además de economista y filósofo, y estando escritas esas líneas en la década de los cuarenta del siglo pasado, es evidente que no se trata de un desliz, al que algunos economistas sin formación jurídica nos tienen acostumbrados. Tampoco es una provocación; es sencillamente su idea de mercado o, más exactamente, de la importancia que según su opinión debe tener el mercado en relación con los restantes agentes del bienestar social y el Estado en particular.

3. EN CONCLUSIÓN

Siendo el trabajo inseparable de la persona del trabajador, no es de extrañar que sea la prestación de trabajo la que dote de carácter particular a la relación laboral y se convierte en su centro de gravedad²⁸⁷. Pero al dirigir la mirada principalmente al trabajo como objeto del contrato de trabajo, podemos tal vez descuidar la prestación salarial y olvidar que lo que en realidad es objeto del contrato de trabajo es el trabajo asalariado. Del mismo que modo que trabajo solo puede serlo el quehacer del ser humano, salario solo es la contraprestación del trabajo, nunca de prestación distinta a este último. Que el salario no participe de la inseparabilidad del trabajo respecto de la persona que trabaja, no desfigura su peculiaridad, derivada de su estrecha relación con la condición humana. Superando la mera función de cambio que el Código de Hammurabi concede a la retribución del trabajo, los pasajes bíblicos dejan huella de su función vital y, precisamente por ello, de su co-

²⁸⁶ *Ibid.*, p. 270.

²⁸⁷ MONTÓYA MELGAR, A.: *El poder de dirección del empresario*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1965, p. 4.

nexión con la dignidad de la persona trabajadora, razón más que suficiente para que la ley de Dios subraye la ignominia y pecado que comete quien retiene al trabajador «su» salario.

El Digesto deja huella de las aportaciones del Derecho Romano a la remuneración del trabajo libre: que la retribución es elemento esencial de la *locatio conductio operarum* (si no la hay o aquella es ficticia no existe locación alguna); la identificación del salario con el salario en dinero; que el *locator* no pierde el salario si el *conductor* se demora en darle trabajo; que, por regla general, el trabajador anticipa el trabajo y luego percibe el salario, y la consecuente necesidad de protección del salario (nace entonces el privilegio especial refaccionario en el ámbito de la construcción).

La escasez monetaria de la Alta Edad Media provocó la reducción de los intercambios entre trabajo y salario, proliferando así relaciones de trabajo ajenas al arrendamiento de servicios, de tipo más o menos servil, en las que la retribución dineraria desaparece. La acuñación de moneda durante el Bajo Medievo, junto al invento de las horas abstractas, allanó el camino a que más tarde esos vínculos personales de trabajo fueran sustituidos por el intercambio de trabajo por salario.

No hubo que esperar a la Revolución Industrial para que los pensadores se ocupasen de la justicia retributiva. Entre los escolásticos, Francisco Suárez anticipa la idea de salario justo, de la misma manera que avanza la de limitación del trabajo por razón del oficio. Lógicamente, es a partir de la Revolución Industrial que los salarios –en plural– se convierten en objeto de principal estudio. No hay apenas pensador importante a partir de Smith que de un modo u otro no se ocupe de ellos; desde la Filosofía, la Economía, el Derecho o, más adelante, la Sociología, siendo además muchos los tratadistas del salario que, humanistas en el más amplio sentido, cultivan varias de esas ciencias al mismo tiempo, lo que nos pone sobre aviso de la insuficiencia de un tratamiento parcial y aislado de la retribución del trabajo, desde alguna de esas ciencias únicamente prescindiendo de las restantes. La trascendencia del salario supera además el estricto plano individual; pocas materias tienen tan clara dimensión colectiva y social como la de los salarios. En ello coinciden tanto los tratadistas comunitaristas como los de corte liberal, sin perjuicio de notables diferencias en sus planteamientos y en sus deducciones.

Las distintas conclusiones sobre los salarios a las que llegan los clásicos están en el epicentro de las tensiones entre capital y trabajo, y de importantes corrientes ideológicas, razón esta por la que las reflexiones científicas se presentan a veces entreveradas con las ideologías, mixtura que para Weber constituye uno de los principales obstáculos para el avance de

la ciencia social, aunque vocación de esta última es la de convertirse en política social²⁸⁸.

En plena Era Digital, la revisita a las reflexiones de los clásicos sobre los salarios proporciona valiosas enseñanzas. El transcurso del tiempo demuestra la validez de muchas de esas reflexiones y el error de otras; no pocas han quedado simplemente desbordadas por la transformación del trabajo y de su retribución. Los nuevos modos de relacionarse el salario y el tiempo de trabajo, que las herramientas digitales y la hiperconectividad implican, alteran las cosas.

Pero —decíamos— la lectura de los clásicos aporta grandes enseñanzas. Junto a la función de cambio, propia del contrato, acompaña desde siempre al salario la función vital, que queda desvirtuada cuando los salarios no alcanzan para que las personas trabajadoras y sus familias vivan con dignidad, lo que por otro lado tiene mucho que ver con la sostenibilidad de la sociedad y de la humanidad misma. El mismo término «salario» es reflejo de la función sustentadora de la retribución del trabajo, motivo este por el que lo preferimos a los más amplios vocablos de «retribución» o «remuneración», sin perjuicio de que estos puedan ser utilizados y hasta puedan resultar más acertados en ciertos casos. Pero, siempre ha ocurrido que la inmensa mayoría de los trabajadores viven al día, sin mucha capacidad de ahorro. Excepción son seguramente los trabajadores con salarios muy elevados y, en consecuencia, con gran capacidad de acumulación, por lo que surge la duda sobre sus retribuciones son merecedoras del mismo tratamiento que los salarios en general, al menos por encima de alguna cuantía de referencia. Ya existen topes en algunas de las instituciones de protección del salario (límites de los privilegios salariales frente a otros acreedores del empresario y en su garantía social ante la insolvencia empresarial), pero esos límites retributivos carecen de uniformidad y son de reducido importe (razonablemente, habrían de ser muy superiores). Se trata además muchas veces de personas trabajadoras con carreras profesionales, directivas, deportivas o artísticas muy cortas, por lo que el sobresueldo respecto al común de sus trabajadores tiene la vocación de medio de vida futuro.

Tiene además el salario una función emancipadora, en un doble sentido: dota al trabajador de libertad como consumidor, para adquirir los bienes y servicios que estime oportuno, y fortalece la libertad del trabajador en sus decisiones vitales y proyectos de vida. Junto a ella, tiene el salario una función equitativa o igualadora, desarrollada de modo espectacular en las últimas décadas ante la

²⁸⁸ Sobre el peligro del juicio de valor para la ciencia, pero también de la esterilidad de una ciencia irrelevante en la vida práctica, WEBER, M., *El político y el científico*, 23.^a, Alianza, Madrid, 2004, pp. 112 y ss., y 222, respectivamente.

preocupación por la brecha salarial entre mujeres y hombres. Tienen también los salarios una importante relevancia económica para la empresa como para la sociedad en su conjunto, habiéndose tomado conciencia en las últimas décadas de su función organizativa y su importancia en la promoción del empleo y en su mantenimiento. Son todas ellas funciones del salario que rebasan la inmediatamente retributiva, que de un modo u otro encontramos en los clásicos.

Difícilmente puede el legislador intervenir sobre los salarios con la intensidad que lo hace en otras materias, como son el tiempo de trabajo o la seguridad y salud en el trabajo. Parece aconsejable dejar en manos del espontaneísmo social, tanto individual como colectivo, gran parte de la materia, muy especialmente la estructura del salario. Pero no parece que la espontaneidad social pueda ser absoluta, ni que los poderes públicos deban inhibirse hasta tal punto que el salario pierda la funcionalidad que, más allá de la estricta función retributiva derivada del contrato, tiene desde siempre (sustentadora, vital), y otras funciones que con el tiempo ha ido incorporando (emancipadora, niveladora, organizativa, de promoción del empleo). Pero esa intervención ha de ser –sobre todo– prudente y apropiada, es decir, técnica y científica.

4. BIBLIOGRAFÍA

- ALEMÁN PÁEZ, Francisco y CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, Santiago: *Del trabajo como hecho social al contrato de trabajo como realidad normativa: un apunte histórico-romanístico*, Dykinson, Madrid, 1997.
- ALONSO OLEA, Manuel: *De la servidumbre al contrato de trabajo*, 2.^a ed., Tecnos, Madrid, 1987.
- BLANC, Louis: *Organisation de travail*, 4.^a ed., Hauman, Bruxelles, 1843.
- BLOCH, Marc: *La sociedad feudal*, traducido por Eduardo Ripoll, Akal, Madrid, 1986.
- CATO, M. P., VARRO, M. T., COLUMELLE, L. I. M. y PALLADIUS, R.: *Libro de re rustica*, Parisiis, Badio, 1529, p. 22, <https://www.cervantesvirtual.com/obra/libri-de-re-rustica/>
- CONTRERAS, Sebastián; MIRANDA, Alejandro, y SIERRA, Alfredo: «El salario justo en los teólogos jesuitas de la segunda escolástica: Luis de Molina, Francisco Suárez y Juan de Lugo», *Bajo Palabra*, II época, núm. 26, pp. 255-269.
- DE ROBERTIS, Francesco M.: *I rapporti di lavoro nel diritto romano*, Giuffrè, Milano, 1946.
- DE TOCQUEVILLE, Alexis: *Democracia y pobreza*, traducción de Antonio Hermosa Andújar, Trotta, Madrid, 2003.
- DURKHEIM, Emyle: *La división del trabajo social II*, traducción de Carlos G. Posada, Planeta, Barcelona, 1985.

- GARCÍA FUEYO, Beatriz: *Consideraciones sobre la merces, in pecunia numerata, en la locatio-conductio operarum: Del Derecho Romano al contrato de trabajo*, Dykinson, Madrid, 2018.
- GASDA, Élio Estanislau: *Fe cristiana y sentido del trabajo*, San Pablo, Madrid, 2011.
- FRANCO, Gabriel: «Las leyes de Hammurabi: versión española, introducción y anotaciones», *Revista de Ciencias Sociales*, núm. 3, 1962, pp. 331 a 356.
- HAYEK, Friedrich. A.: *Sindicatos, ¿para qué?*, Unión Editorial, Madrid, 2009.
- *Derecho, Legislación y Libertad*, 2.^a ed., traducido por Luis Reig Albiol, Unión Editorial, Madrid, 2014.
- *Camino de servidumbre*, traducción de José Vergara, Alianza, Madrid, 1978.
- JEVONS WILLIAM S.: *El Estado y los trabajadores*, traducción de Esteban Flamini y Gloria Trinidad, Marcial Pons, Madrid, 2006.
- KEYNES, John Maynard: *Teoría general de la ocupación, el interés y el dinero*, traducción de Eduardo Hornedo, 4.^a ed., Fondo de Cultura Económica, México, 2022.
- LE GOFF, Jacques: *La Edad Media y el dinero*, traducción de María Asunción Serrano García, 2.^a ed., Akal, Madrid, 2012.
- LEÓN XIII: *Rerum novarum: Sobre la condición de los obreros*, Ed. Ap.de la Prensa, Madrid-Lima, 1971.
- LOCKE, John: *Segundo tratado sobre el Gobierno Civil*, traducción de Carlos Mellizo, Alianza, Madrid, 2000.
- MALTHUS, Thomas Robert: *Definitions in Political Economy*, William Clowes, London, 1827.
- *Observations on the Effects of the Corn Laws, and of a Rise or Fall in the Price of Corn on the Agriculture and General Wealth of the Country*, London, Johnson and Co., 1814.
- *Primer ensayo sobre la población*, traducción de Patricio de Azcárate Diz, Alianza, Madrid, 2000.
- MARX, Karl: *El capital* (libro I, tomo II), traducción de Vicente Romano García, Akal, Tres Cantos, 2022.
- *Manuscritos de economía y filosofía*, traducción de Francisco Rubio Llorente, Alianza, Madrid, 2001.
- *Trabajo asalariado y capital*, Planeta, Barcelona, 1985.
- *Crítica al programa de Gotha*, Ed. La Pajarilla, Santiago de Chile, 2019.
- MARX, Karl y ENGELS, Friedrich: *El manifiesto comunista*, traducción de Lara Cortés, Península, Barcelona, 2020.
- MENGER, Antón: *El derecho al producto íntegro del trabajo-El Estado democrático (el Estado socialista)*, Comares, Granada, 2004.
- MILL, John Stuart: *Capítulos sobre el socialismo*, traducción de Carlos Mellizo, Alianza, Madrid, 2011.
- *El utilitarismo*, traducción de Esperanza Guisán, Alianza, Madrid, 2002.
- *Principios de economía política*, traducción de Teodoro Ortiz, 2.^a ed., Fondo de Cultura Económica, México D. F, 1996.

- MONTROYA MELGAR, Alfredo: «El trabajo por cuenta ajena y las predicciones marxistas sobre su abolición», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 151, 2011, pp. 619 a 631.
- *El poder de dirección del empresario*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1965.
- OWEN, Robert: *Textos del socialista utópico*, traducción de José Ramón Álvarez Layna, CSIC, Madrid, 2015.
- PÉREZ ÁLVAREZ, María del Pilar: «La posición del deudor en la Historia. De la responsabilidad personal a la patrimonial», *Revista General de Derecho Romano*, núm. 16, 2011.
- RICARDO, David: *Principios de economía política y tributación*, traducción de E. Hazera, Ed. Ayuso, Madrid, 1973.
- SIMMEL, Georg: *Diagnóstico de la tragedia de la cultura moderna*, 2.^a ed., Espuela de Plata, Sevilla, 2016.
- SCHUMPETER, Josep A.: *Diez grandes economistas: de Marx a Engels*, traducción de Ángel de Lucas, Alianza, Madrid, 1997.
- SCHMOLLER, Gustavo: *Política social y economía política*, traducción de Lorenzo Benito, Comares, Granada, 2007.
- SMITH, Adam: *La riqueza de las naciones (Libros I-II-III y selección de los libros IV y V)*, traducción de Carlos Rodríguez Brown, Alianza, Madrid, 2004.
- SUÁREZ, Francisco: *Conselhos y pareceres*, Universidade de Coimbra, 1948-1952.
- *Tratado de las leyes y del Dios legislador*, vol. I, libro 1, cap. 2, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1967.
- THOMPSON, William: *Labour rewarded: the claims of labour and capital conciliated*, Hunt and Clarke, London, 1827.
- *The distribution of wealth most conducive to human happiness*, London, Longman, 1824.
- TOCQUEVILLE, Alexis: *La democracia en América II*, Alianza, Madrid, 1980.
- VARRÓN: *La lengua latina: libros VII-X*, Grados, Madrid, 1998.
- WEBB, Beatrice (WEBB, Mrs. Sidney): *The Wages of Men & Women: Should they be Equal?*, Fabian Society, London, 1919.
- WEBB, Sidney y Beatrice: *La democracia industrial*, traducción de Miguel Ángel Simón, Biblioteca Nueva, Madrid, 2004.
- WEBER, Max: *Ensayos de sociología contemporánea I*, traducción de Mireia Bofill, Planeta, Barcelona, 1987.
- *El político y el científico*, traducción de Francisco Rubio Llorente, 23.^a, Alianza, Madrid, 2004.

CAPÍTULO II

LA RETRIBUCIÓN DEL TRABAJO EN LOS CONVENIOS, RECOMENDACIONES, ESTUDIOS E INFORMES DE LA OIT

ISABEL MARÍN MORAL

Profesora Titular acreditada de Derecho
del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Francisco de Vitoria

1. INTRODUCCIÓN

La retribución del trabajo, entendida como el conjunto de pagos y beneficios que el trabajador recibe por su trabajo, constituye uno de los pilares fundamentales del Derecho del Trabajo. Su importancia trasciende el propio contrato, ya que es manifestación de los valores de justicia social, dignidad en el empleo y equidad en las relaciones laborales.

Desde sus orígenes, la OIT ha considerado que el salario debe constituir la contraprestación económica por la actividad desarrollada por la persona trabajadora, pero también debe ser una vía para el reconocimiento del valor social del trabajo digno y garantía de la justicia social¹. Por ello, en el Tratado de Versalles al crear la OIT en 1919, declara que «la paz universal y permanente

¹ ROJO TORRECILLA, Eduardo: «El trabajo decente en normas y documentos de la OIT», en Congreso Interuniversitario OIT sobre el futuro del trabajo/Judith Carreras (comp.), Sabrina Haboba (comp.), Julieta Lobato (comp.), vol. 1, 2021, pp. 95-101.

solo puede basarse en la justicia social» y que existen condiciones de trabajo injustas que constituyen una amenaza a la paz y armonía universal que deben mejorarse, como es «la garantía de un salario vital adecuado» y el «reconocimiento del principio de salario igual por un trabajo de igual valor»². Y añade en el artículo 427 del citado tratado que el salario debe permitir a la persona trabajadora «un nivel de vida decoroso, tal como se considere este en su época y país»³.

La necesaria unión entre salario y justicia social fue reafirmada en la Declaración de Filadelfia de 1944, incorporada a la Constitución de la OIT, donde se establece como objetivo promover programas que garanticen «una justa distribución de los frutos del progreso» y «un salario mínimo vital para todos los que tengan empleo y necesiten esta clase de protección».

La delimitación de la retribución salarial, la forma de pago o la estructura del salario es, desde la finalización de la Primera Guerra Mundial⁴, una preocupación constante tanto para las organizaciones internacionales⁵ que velan por los derechos fundamentales en el mundo del trabajo como, progresivamente, para los ordenamientos jurídicos nacionales⁶.

² Tratado de Versalles. Recuperado de https://webapps.ilo.org/public/libdoc/ilo/1920/20B09_18_span.pdf. CASANOVAS Y LA ROSA, Oriol: «En el centenario del Tratado de Versalles», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 71, núm. 1, 2019.

³ Ob. cit.: Art. 427.3 Tratado de Versalles, posteriormente incorporado a la llamada Constitución de la OIT: «(...) Reconocen las Altas Partes contratantes que las diferencias de clima, de costumbres y de usos, de oportunidad económica y de tradición industrial, hacen difícil lograr de una manera inmediata la absoluta uniformidad en las condiciones del trabajo. Pero (...) piensan que existen procedimientos y principios para la reglamentación de las condiciones del trabajo, que todas las comunidades industriales deben esforzarse en aplicar en cuanto lo permitan las circunstancias especiales en que pueden encontrarse. Entre dichos procedimientos y principios, parece a las Altas Partes contratantes que los siguientes son de importancia particular y urgente: 3. El pago a los trabajadores de un salario que les asegure un nivel de vida decoroso, tal como se considere éste en su época y en su país».

⁴ Se puede considerar que es el inicio del llamado constitucionalismo social. Las constituciones comienzan a considerar el Estado Social y las necesidades de proteger a los trabajadores y su salario digno. La constitución alemana de Weimar de 1919, posiblemente la primera constitución social, contempla su artículo 163 que: «(...) A todo alemán debe proporcionársele la posibilidad de ganarse el sustento mediante un trabajo productivo. Cuando no se le puedan ofrecer ocasiones adecuadas de trabajo, se atenderá a su necesario sustento». Y ello se hace considerando, según el art. 157 que «el trabajo gozará de la protección especial del Imperio». La Constitución puede consultarse traducida al español en <https://ezequielssingman.blog/wp-content/uploads/2016/03/constitucion-de-weimar-alemania-19191.pdf>. Sobre la Constitución de Weimer y por qué es el inicio del constitucionalismo social: CASQUETE, Jesús y TAJADURA, Javier (coords.): *La Constitución de Weimar: Historia, política y Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2020, 291 pp. y ÁLVAREZ, Leonardo (coord.): *Estado y Constitución en la República de Weimar*, Madrid, Marcial Pons, 2021, 306 pp.

⁵ Además de la OIT, la Organización de las Naciones (posteriormente Sociedad de Naciones). Y también interesa resaltar el papel de la Federación Sindical Internacional (FSI, fundada en 1901 pero muy activa tras 1919), que comenzó a presionar a los gobiernos y organismos multilaterales para establecer salarios mínimos y condiciones de trabajo dignas a nivel transnacional.

⁶ En España, debe destacarse la Constitución de 1931 que en su art. 1.º decía «España es una República democrática de trabajadores de toda clase» y, en el art. 46 aclaraba que «La República asegurará a todo trabajador las condiciones necesarias de una existencia digna. Su legislación social

La OIT ha desempeñado un papel de extraordinaria importancia en la configuración de un sistema normativo internacional en materia de retribución, a través de convenios jurídicamente vinculantes, recomendaciones técnicas, informes especializados y mecanismos de control⁷.

En la actualidad, independientemente de que los Estados hayan ratificado o no todos los convenios sobre la materia, existe una conciencia generalizada de la necesidad de garantizar salarios dignos como presupuesto para unas relaciones laborales justas.

Recientemente, la Declaración de la OIT sobre la Justicia Social para una Globalización Equitativa de 2008⁸, ha consagrado la retribución justa como elemento esencial del trabajo decente, mientras que los estudios e informes más actuales de la OIT en materia de brecha salarial, transparencia y equidad han contribuido a reforzar la idea de que el salario es también una herramienta de justicia distributiva.

Por tanto, desde la adopción de sus primeros convenios (el núm. 26 sobre fijación de salarios mínimos en 1928 y el núm. 95 sobre protección del salario en 1949) hasta sus estudios más recientes sobre brecha salarial, transparencia y trabajo decente⁹, la OIT ha impulsado un concepto amplio de retribución, que abarca no sólo el salario base, sino también sus complementos, estructura

regulará: (...) la jornada de trabajo y el salario mínimo familiar; las vacaciones anuales remuneradas (...). Véase *Constitución de 1931*, recuperado de <https://www.congreso.es/es/cem/const1931>. La vigente Constitución de 1978 reconoce expresamente en su art. 1 que «España se constituye en un Estado social y democrático de derecho» y reitera en el art. 35 lo que ya reconociera la Constitución de 1931, el salario digno: «Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo».

⁷ SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente: «Sobre la OIT y su acción normativa», *Aranzadi Social*, núm. 15, 2002.

⁸ OIT: *Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa*, 2008. Recuperado de <https://www.ilo.org/es/resource/declaraci%C3%B3n-de-la-oit-sobre-la-justicia-social-para-una-globalizaci%C3%B3n-0>

⁹ Brecha salarial: OIT: *Global Wage Report 2018/19. What lies behind gender pay gaps*, Ginebra 2018. Recuperado de https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/%40dgreports/%40dcomm/%40publ/documents/publication/wcms_650553.pdf?utm; OIT: *Global Wage Report 2020/21. Wages and minimum wages in the time of COVID-19*, Ginebra 2020.

Transparencia salarial: OIT, *Pay transparency legislation: Implications for employers' and workers' organizations (informe técnico)*, Ginebra 2022. [https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/%40ed_protect/%40protrav/%40travail/documents/publication/wcms_849209.pdf?utm.](https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/%40ed_protect/%40protrav/%40travail/documents/publication/wcms_849209.pdf?utm;)

Trabajo decente: OIT: *Decent Work – Informe del Director General a la 87.ª Conferencia Internacional del Trabajo* 15 Jun 1999. Recuperado de <https://webapps.ilo.org/public/english/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm?utm> y OIT: *World Employment and Social Outlook: Trends 2023*, 16 Ene 2023. Recuperado de <https://webapps.ilo.org/public/english/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm?utm>.

retributiva, condiciones y garantía de pago, y su impacto en la igualdad y la justicia social¹⁰.

En consecuencia, el salario no puede concebirse únicamente como una obligación contractual, sino como una expresión del principio de trabajo digno y una pieza clave para preservar la dignidad del trabajador y el equilibrio en la relación laboral. Por tanto, el derecho de todo trabajador a una retribución suficiente, un salario digno, y una justicia social a través de dicho salario, está en el ADN de la OIT.

2. SALARIO Y JUSTICIA SOCIAL: HACIA EL SALARIO VITAL

La OIT, desde su constitución, vincula estrechamente la cuestión salarial con sus fines de justicia social, erradicación de la pobreza, dignidad humana y cohesión social. Por eso, es preciso que el trabajador tenga acceso, como mínimo, al salario justo para poder vivir, configurándose este como una herramienta para construir una sociedad más humana y más justa.

Avanzar hacia el salario justo se ha constatado a lo largo de los años que es una materia de difícil implementación por la diferencia entre países y costumbres, existiendo un trabajo constante por la OIT con el objetivo de que el salario digno sea un hecho. Por esta razón, y siguiendo lo establecido en la constitución de la OIT, en marzo de 2024, la OIT constató la necesidad de avanzar hacia el *salario vital* (*living wage*)¹¹ en términos inequívocos: «los salarios decentes son fundamentales para el desarrollo económico y social y para avanzar en la justicia social. También desempeñan un papel esencial en la reducción de la pobreza y la desigualdad y para garantizar una vida decente y digna».

Por ello, hablar de salario es hacerlo de justicia social, erradicación de la pobreza, de dignidad humana y de cohesión social.

Para la OIT, la remuneración es un medio para alcanzar la justicia social, considerando que si el salario es insuficiente el resultado es la consolidación de la pobreza laboral («trabajadores pobres») y la desigualdad, minando la cohesión social. Por el contrario, si se aseguran salarios vitales, se promueve la inclusión y la equidad, permitiendo que quienes trabajan puedan vivir con

¹⁰ GIL Y GIL, José Luis: «Justicia social y acción normativa de la OIT», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 3, n.º 4, 2015, pp. 1-50.

¹¹ OIT: *ILO reaches agreement on the issue of living wages*. Recuperado de <https://www.ilo.org/resource/news/ilo-reaches-agreement-issue-living-wages#:~:text=The%20agreement%20says%20that%20the, and%20local%20contexts%20and%20socio%20>

dignidad, en consonancia con el Objetivo de Desarrollo Sostenible núm. 8 (Trabajo Decente y Crecimiento Económico), que propugna crecimiento inclusivo con empleo digno y bien remunerado. Por tanto, salario digno y justicia social van de la mano.

Así mismo, la OIT considera que, si se pagaran salarios adecuados, los países prosperarían porque los trabajadores tendrían más poder adquisitivo y se impulsaría la economía y el crecimiento sostenible de los Estados. Con ello se llega al convencimiento de que la justicia social en la remuneración no está reñida con el desarrollo, sino que lo potencia, al crear sociedades más prósperas y equilibradas, con la consiguiente erradicación de la pobreza.

La remuneración adecuada es vista también como una condición para la dignidad del trabajador. La persona trabajadora está llamada por su condición de persona a participar plenamente en la sociedad y para ello precisa de un salario digno que cubra las necesidades básicas (alimentación, vivienda, salud, educación). Solo de esa manera se asegura la autonomía y autoestima de la persona, fundamentos de la dignidad humana.

Y, finalmente, cuando la riqueza se distribuye de forma más equitativa a través de salarios justos, se refuerza la cohesión social y la estabilidad. La propia Constitución de la OIT advertía que la injusticia en las condiciones de trabajo genera tensiones sociales que ponen en peligro la paz y la armonía de las naciones.

3. DEFINICIÓN AMPLIA DE LA RETRIBUCIÓN DEL TRABAJO

3.1 La retribución según la OIT

La OIT desde sus primeros textos normativos ha abordado la retribución salarial del trabajo con un enfoque amplio que incluye no solo el salario base, sino también cualquier otra contraprestación derivada del trabajo prestado.

La primera definición formal de salario se incluye en el Convenio núm. 95 sobre la protección del salario, adoptado en 1949 y ratificado por España el 24 de junio de 1958¹². En su artículo 1, establece que el salario es «la remunera-

¹² La ratificación por España es parcial ya que excluye el art. 11 en virtud de la ratificación del Convenio núm. 173, que se refiere a la protección del salario en caso de quiebra o liquidación judicial de una empresa. El C173-Convenio sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador, 1992 (núm. 173) se ratificó por España el 16 de mayo de 1995 y España ha aceptado las obligaciones de parte II de forma parcial ya que excluye a los empleados públicos y de la parte III en la que excluye al personal de trabajo doméstico.

ción o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar».

Este concepto de salario refleja la voluntad de la OIT de abarcar todos los elementos que integran la contraprestación económica del trabajo, con independencia de su forma, denominación o periodicidad y, con independencia de que el trabajo se haya realizado en virtud de contrato escrito o verbal.

Posteriormente, el Convenio núm. 100 sobre igualdad de remuneración de 1951 (considerado convenio fundamental), en su artículo 1, refuerza esta visión integradora al definir la remuneración como «el salario o sueldo ordinario, básico o mínimo, y cualquier otro emolumento en dinero o en especie pagados por el empleador, directa o indirectamente, al trabajador, en concepto del empleo de este último».

Este precepto es especialmente relevante porque, va más allá de «cualquiera que fuera su denominación» del Convenio núm. 95 para reconocer de forma expresa que el salario puede ser más que el sueldo mínimo o básico, incluyendo cualquier otra retribución recibida por el empresario, en dinero o en especie, como consecuencia de la prestación laboral, ampliándose (o aclarándose), por tanto, el alcance jurídico del concepto. Además, este Convenio, pone énfasis en la no discriminación como elemento esencial del salario, estableciendo que la retribución debe darse en función del trabajo desarrollado o de su valor, sin que pueda afectar a su importe factores como ser hombre o mujer¹³.

El Convenio 117 sobre política social de 1962 considera, en su art. 1, que «toda política debe tender en primer lugar al bienestar y desarrollo de la población y a estimular sus propias aspiraciones para lograr el progreso» y en el art. 5 considera que deben adoptarse medidas hacia un nivel mínimo de vida. Para poder llegar a este objetivo es preciso tener en cuenta las «necesidades familiares de los trabajadores, de carácter esencial, tales como los alimentos y su valor nutritivo, la vivienda, el vestido, la asistencia médica y la educación», a las que accede a través del salario.

¹³ Art. 2.1 Convenio 100: «Todo Miembro deberá, empleando medios adaptados a los métodos vigentes de fijación de tasas de remuneración, promover y, en la medida en que sea compatible con dichos métodos, garantizar la aplicación a todos los trabajadores del principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor.» Y, en el art. 1. aclara que «la expresión igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor designa las tasas de remuneración fijadas sin discriminación en cuanto al sexo».

De esta manera, conseguir el bienestar de la persona trabajadora, obliga, según el art. 5 a que los estados adopten medidas que permitan a los trabajadores un nivel mínimo de vida y, para ellos habrá que estar a investigaciones oficiales realizadas con las organizaciones empresariales y sindicatos.

Bajo estas premisas, el art. 10 considera que debe estimularse la fijación de salarios mínimos y establece limitaciones en el art. 11 en cuanto a qué se puede considerar salario, estableciendo que la empresa no puede, ni siquiera existiendo acuerdo, sustituir el salario total o parcial por alcohol u otras bebidas espirituosas, o, en el caso de alimentos, vivienda, vestido u otros artículos, se encomienda a la autoridad competente a tomar «las medidas pertinentes para garantizar que ellos sean adecuados y que su valor en efectivo se calcule con exactitud» (art. 11).

Por su parte, el Convenio núm. 131 amplía el marco conceptual al vincular la retribución con la noción de salario mínimo, el cual debe ser suficiente para cubrir «las necesidades de los trabajadores y de sus familias habida cuenta del nivel general de salarios en el país, del costo de vida, de las prestaciones de seguridad social y del nivel de vida relativo de otros grupos sociales» (art. 3). Añade, que entre los elementos que deben tenerse en cuenta para determinar el nivel de los salarios mínimos están «los factores económicos, incluidos los requerimientos del desarrollo económico, los niveles de productividad y la conveniencia de alcanzar y mantener un alto nivel de empleo».

Esta perspectiva, que integra consideraciones económicas y sociales, refleja la visión de la OIT de que la retribución no es meramente una transacción económica, sino un instrumento de justicia social que debe contribuir a reducir la pobreza y promover el trabajo decente, un concepto que la OIT ha desarrollado desde finales del siglo xx como un eje central y que, en la actualidad es un objetivo de desarrollo sostenible¹⁴.

La definición de retribución amplia también se constata en los informes y estudios técnicos de la OIT, como el *Informe Mundial sobre Salarios*¹⁵ y el *World Employment and Social Outlook*¹⁶. En estos documentos, desde un punto de vista práctico, se tiene en cuenta el llamado «total labor income» o ingreso laboral total, que incluye todos los pagos regulares, variables y no monetarios que percibe el trabajador en virtud de su empleo (salario básico, bonificaciones

¹⁴ CAMPS RUIZ, Luis miguel: «La protección de los salarios en la historia de la OIT», *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, núm. 147, 2020 y GARCÍA NINET, J.: «La protección del tiempo de trabajo en la historia de la OIT», *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, núm. 147, 2020.

¹⁵ OIT: *Global Wage Report 2024-2025, Is wage inequality decreasing globally?*, Ginebra 2024. Recuperado de https://www.ilo.org/sites/default/files/2024-11/GWR-2024_Layout_E_RGB_Web.pdf

¹⁶ OIT: *World Employment and Social Outlook Trends 2025*, Ginebra 2025. Recuperado de https://www.ilo.org/sites/default/files/2025-01/WESO25_Trends_EN_WEB5.pdf

anuales, propinas, salario en especie, pagos por productividad o desempeño, primas por trabajo peligroso, etc.).

Además, en estos documentos se destaca que la retribución debe ser adecuada no solo en términos cuantitativos, sino también en su capacidad para garantizar estabilidad económica y dignidad al trabajador. De ahí que, en la actualidad se esté avanzando desde el salario mínimo al salario vital, siendo ese el digno al que debe aspirarse.

En este sentido, el Informe Mundial sobre Salarios 2022-2023¹⁷ subraya que una retribución justa debe ajustarse periódicamente para contrarrestar los efectos de la inflación, especialmente en contextos de crisis económica, lo que demuestra la relevancia de esta definición en un mundo laboral en constante transformación.

Por su parte, el *World Employment and Social Outlook 2025*¹⁸ incide en que «el cierre de las brechas de género y de cualificación, así como la reducción de las desigualdades salariales, son esenciales no solo para el crecimiento económico, sino también para el avance de la justicia social. El trabajo decente y el empleo productivo son elementos centrales para alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de aquí a 2030». (traducción propia). Así mismo, advierte que «en la mayoría de los países, los salarios reales no han recuperado las pérdidas sufridas durante los años de la pandemia y el episodio inflacionario que le siguió».

Por otro lado, la OIT reconoce que, en la economía moderna, marcada por la digitalización y el trabajo en plataformas¹⁹, la retribución puede adoptar formas no tradicionales, como pagos por tarea o incentivos basados en algoritmos, lo que plantea nuevos desafíos para su regulación, porque a menudo estos modelos retributivos están caracterizados por su inestabilidad y opacidad, pudiendo configurarse como ingresos inferiores al salario mínimo legal y con

¹⁷ OIT: *Informe mundial sobre salarios 2022-2023. El impacto de la inflación y de la Covid 19 en los salarios y el poder adquisitivo*, Ginebra 2023. Recuperado de https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/@ed_protect/@protrav/@travail/documents/publication/wcms_878409.pdf

¹⁸ OIT: *World Employment and Social Outlook Trends 2025*. Recuperado de https://www.ilo.org/sites/default/files/2025-01/WESO25_Trends_EN_WEB5.pdf

¹⁹ OIT: *Las plataformas digitales y el futuro del trabajo: Cómo fomentar el trabajo decente en el mundo digital*, Ginebra 2020. Recuperado de https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/@publ/documents/publication/wcms_645887.pdf Como ejemplo ilustrativo se expone el siguiente «De los trabajadores estadounidenses que participan en la plataforma Amazon Mechanical Turk, casi dos tercios afirmaron percibir una tarifa inferior al salario horario mínimo federal (7,25 dólares). Por su parte, apenas el 7 por ciento de los trabajadores alemanes que participan en la plataforma Clickworker respondieron que la tarifa horaria que percibían superaba el salario mínimo alemán (8,84 euros), considerando las horas remuneradas y no remuneradas de trabajo.»

una falta significativa de previsibilidad, dificultando la planificación vital del trabajador y su acceso a protección social.

A la vista de todo ello, la OIT mantiene y refuerza una comprensión amplia del salario con fines claramente alineados con la justicia social, subrayando que la retribución laboral no es una realidad unitaria, no es solo el salario básico o mínimo (en el caso de España sería el salario mínimo legal o el salario que se establezca en el convenio) sino es un conjunto complejo de percepciones económicas, ya sea en dinero o en especie, que se derivan directa o indirectamente del contrato de trabajo, que deben estar orientadas a garantizar la suficiencia económica del trabajador y su familia, en coherencia con el principio del trabajo decente y con el Objetivo de Desarrollo Sostenible núm. 8.

3.2 Evolución del concepto de salario

3.2.1 TRATADOS Y RECOMENDACIONES DE LA OIT

Instrumento OIT	Año	Definición o referencia al salario	Características clave	Notas adicionales
Convenio núm. 95 sobre la protección del salario.	1949	Art. 1: «Remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal».	– Pago en moneda de curso legal. – Protección contra deducciones indebidas. – Prohibición del <i>truck system</i>. – Pago directo al trabajador.	Define el salario en sentido amplio y sienta las bases para su protección jurídica.
Convenio núm. 100 sobre igualdad de remuneración.	1951	No contiene una definición formal, pero se refiere a la remuneración» como «salario básico, y cualquier otra ventaja pagada directa o indirectamente».	– Remuneración total (incluye beneficios en especie). – Principio de «igual remuneración por trabajo de igual valor».	Amplía el enfoque del salario a los principios de igualdad y no discriminación.

Instrumento OIT	Año	Definición o referencia al salario	Características clave	Notas adicionales
Convenio núm. 131 sobre la fijación de salarios mínimos.	1970	No define salario expresamente, pero alude a la remuneración mínima» necesaria para satisfacer necesidades esenciales del trabajador y su familia.	– Remuneración suficiente para necesidades básicas. – Criterios para fijación del salario mínimo.	El salario se entiende en sentido vital y de suficiencia material.
Convenio núm. 110 sobre condiciones de empleo en plantaciones.	1958	No contiene definición formal, pero aplica los principios del Convenio núm. 95: salario en dinero y en especie, pago directo, deducciones reguladas.	– Reconocimiento expreso del salario en especie. – Prohibición de pagos con objetos nocivos.	Adapta los principios generales a contextos rurales y aislados.
Convenio núm. 189 sobre trabajadoras y trabajadores domésticos.	2011	No define el salario formalmente, pero en el art. 11 exige protección efectiva contra prácticas abusivas y en el art. 12 regula condiciones de pago.	– Reconocimiento de salario en especie limitado. – Pago mensual mínimo. – Contrato escrito con mención del salario.	Extiende el enfoque del Convenio núm. 95 a uno de los sectores más vulnerables.
Recomendación núm. 85 sobre la protección del salario.	1949	Complementa al Convenio núm. 95 con detalles técnicos (forma, plazos, deducciones, pagos finales).	– Incluye pagos periódicos, plazos y comprobantes. – Regulación de deducciones por daños. – Transparencia en el salario.	Refuerza los criterios protectores del Convenio núm. 95 con orientación técnica.
Recomendación núm. 135 sobre salario mínimo.	1970	No define salario, pero reitera el carácter vital de la remuneración mínima.	– Necesidad de consulta tripartita. – Inclusión del coste de vida y necesidades familiares.	Vincula salario mínimo con justicia social.
Declaración de Filadelfia (integrada en la Constitución OIT).	1944	No define «salario» directamente, pero afirma el derecho a un «salario mínimo vital».	– Reconocimiento del salario como instrumento de justicia social. – Salario como parte del desarrollo económico.	Enfoque ético y programático del concepto salarial.

3.2.2 INFORMES Y ESTUDIOS DE LA OIT

Documento/ Informe	Año	Concepto de salario	Elementos incluidos	Aportaciones clave/ Evolución
Informe Mundial sobre Salarios (Global Wage Report).	Bienal (desde 2008)	Salario como remuneración total que incluye el salario básico, complementos, primas y en ocasiones en especie.	– Salario base. – Horas extra. – Bonificaciones. – Salario en especie (limitado). – Ingresos mensuales netos o brutos.	Mide la evolución real del poder adquisitivo, desigualdad salarial, brechas de género y efectos del salario mínimo en el desarrollo económico.
Informe General de la CEACR sobre la protección del salario.	2003	Salario como derecho económico esencial y medio de vida del trabajador y su familia.	– Remuneración monetaria. – Derechos complementarios (vacaciones, tiempo trabajado). – Elementos variables.	Reafirma que el salario es más que la paga básica; incluye cualquier valor atribuible al trabajo. Insiste en la puntualidad, legalidad de deducciones y libre disposición.
Estudio General sobre la protección del salario (C95 y R85). Informe III, CIT 91. ^a	2003	Salario entendido en sentido amplio: toda forma de remuneración exigible derivada del trabajo.	– Pago en efectivo. – Pago en especie. – Beneficios asociados. – Protección ante insolvencia.	Sistematiza obligaciones estatales sobre periodicidad, justificación de deducciones, límites al pago en especie y derecho a información salarial.
Justicia Social para una Globalización Equitativa (Declaración de 2008).	2008	No define técnicamente el salario, pero lo vincula al trabajo decente y a la distribución equitativa del ingreso.	– Componentes variables según país y sector. – Enfoque sobre suficiencia, equidad y sostenibilidad.	Introduce la dimensión del salario como instrumento de justicia redistributiva y de cohesión social.
Observaciones de la CEACR en informes nacionales.	Continuo	Utiliza un enfoque amplio basado en el C95 y la R85: el salario incluye todos los pagos exigibles por el contrato o por ley.	– Ingresos fijos y variables. – Incentivos. – Salarios mínimos. – Salarios devengados por tiempo de disponibilidad.	Profundiza en la interpretación dinámica del salario y adapta los principios clásicos a nuevas formas de trabajo (plataformas, informalidad, migrantes).

Documento/ Informe	Año	Concepto de salario	Elementos incluidos	Aportaciones clave/ Evolución
Informes técnicos sobre trabajo doméstico y salarios (C189 y R201).	2011-2021	Salario entendido como remuneración justa, que puede incluir parte en especie si es voluntaria, beneficiosa y razonablemente valorada.	– Alojamiento. – Alimentación. – Remuneración monetaria directa. – Comprobantes de pago.	Refuerza la idea del salario como herramienta de inclusión laboral y de protección especial para colectivos vulnerables.
Guía técnica sobre pagos digitales de salarios.	2021	Salario = ingreso monetario transferido a través de mecanismos digitales seguros, accesibles y transparentes.	– Transferencias bancarias. – Billeteras móviles. – Documentación digital.	Amplía la protección salarial al entorno digital, subrayando que el formato no puede limitar la disponibilidad real ni la transparencia.

3.2.3 LA PREEXISTENCIA DE UN CONTRATO DE TRABAJO, ESCRITO O VERBAL

El pago de un salario presupone la existencia un contrato de trabajo, escrito o verbal en virtud del cual la persona trabajadora acuerda con la empresa la realización de unos servicios según lo convenido y en virtud de los cuales recibe su retribución.

La OIT protege al trabajador de modo que el salario se devenga por el hecho de realizarse el trabajo, tal y como se constata con el trabajo de los migrantes. Sin embargo, deja también abierta la posibilidad a que el pago del salario se devengue por un trabajo o por un servicio que deba prestarse por la persona trabajadora.

Esto lleva a afirmar que el derecho al pago no va unido inexorablemente a la realización cierta de un trabajo, sino del contrato. De ahí que el tiempo durante el cual el trabajador está a disposición del empleador debe considerarse tiempo de trabajo efectivo y, por lo tanto, debe ser remunerado (art. 2 Convenio núm. 1 OIT)²⁰.

²⁰ Sobre el tiempo de trabajo en la OIT, ver KAHALÉ CARRILLO, Djamil Tony: «La ordenación del tiempo de trabajo desde la perspectiva de la OIT», en *La reordenación del tiempo de trabajo*, MALDONADO MONTOYA, Juan Pablo, MARÍN MORAL, Isabel Y SEMPÉRRE NAVARRO, Antonio Vicente (dir.), vol. 1, 2022, pp. 165-189.

3.3 El salario vital

3.3.1 CONCEPTO DE SALARIO VITAL

El concepto de salario vital ocupa un lugar central en los objetivos de la OIT desde su creación, considerándose que la retribución del trabajo debe garantizar condiciones de vida dignas para el trabajador y su familia, en aras de la justicia social y como fundamento de la paz universal.

En el Preámbulo de la Constitución de la OIT (1919) ya se incluía, entre sus objetivos prioritarios fomentar la «fijación de un salario vital adecuado». Esta mención inicial fue ampliada y reforzada por la Declaración de Filadelfia (1944), incorporada como anexo a la Constitución, en la que se reafirma la «obligación solemne» de fomentar políticas destinadas a garantizar una «justa distribución de los frutos del progreso» y «un salario mínimo vital para todos los que tengan empleo y necesiten esta clase de protección»²¹.

Aunque durante décadas la OIT evitó consagrar el salario vital como norma vinculante en sus convenios, sí lo abordó como ideal regulador en documentos estratégicos, recomendaciones técnicas y declaraciones políticas. El último es el acuerdo técnico adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo en marzo de 2024, que incluye por primera vez una definición formal del salario vital desde la perspectiva tripartita de la OIT²² de la siguiente manera: «Aquel que permite a los trabajadores y sus familias cubrir sus necesidades básicas –incluyendo alimentación, vivienda, ropa, atención sanitaria, educación, transporte y un mínimo de bienestar–, sobre la base de una jornada laboral normal, sin recurrir a ingresos extraordinarios ni al trabajo infantil».

Este estándar supera con claridad el contenido típico del salario mínimo legal, que representa un umbral de protección jurídico básico, que es donde se ha trabajado hasta la fecha, al incorporar no solo el coste de vida del trabajador sino también el de su familia dependiente, e incluir elementos de bienestar e integración social.

Además, el salario vital no solo beneficia al trabajador individual, sino que tiene una función social ya que impulsa la economía local al aumentar el poder adquisitivo, mejora la salud y educación de la población trabajadora,

²¹ Ob. cit.: Constitución de la OIT.

²² OIT, *Informe de la Reunión de expertos sobre políticas salariales, incluidos los salarios vitales* (Ginebra del 19-23 de febrero de 2024. Recuperado de https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@relconf/documents/meetingdocument/wcms_915993.pdf

reduce la carga sobre los sistemas de asistencia social, y promueve cohesión social al evitar la marginalización de la clase trabajadora. Es un elemento *sine qua non* de un modelo de desarrollo inclusivo.

Por todo esto el salario vital es más un ideal hacia donde ir que un derecho exigible mientras no exista un instrumento jurídico vinculante, lo que hace que su reconocimiento real dependa de la voluntad de cada gobierno y de la presión de sindicatos y sociedad civil.

3.3.2 DISTINCIÓN JURÍDICA ENTRE SALARIO MÍNIMO Y SALARIO VITAL

La diferencia entre salario mínimo y salario vital no es meramente cuantitativa, sino cualitativa y jurídica.

El salario mínimo, regulado en el Convenio núm. 131 sobre la fijación de salarios mínimos (1970) y desarrollado por la Recomendación núm. 135, constituye un umbral normativo por debajo del cual no es lícito remunerar al trabajador. Es una herramienta técnica de política laboral, que contribuye a evitar la explotación, reducir la pobreza y promover la equidad salarial. Puede incluir el enfoque del salario vital, pero también se fija considerando la productividad, necesidades económicas generales y políticas de empleo, por eso, en algunos países, el salario mínimo no cubre plenamente las necesidades básicas. Su contenido es jurídicamente exigible, pero su cuantía puede distar del nivel necesario para garantizar una vida digna.

El salario vital, por su parte, es un ideal programático o principio rector que conecta el derecho al trabajo con el derecho a un nivel de vida adecuado. Es una exigencia de justicia social. Se define en función de las necesidades reales del trabajador y su familia: nutrición, vivienda digna, salud, educación, cultura, etc. Aunque no siempre es exigible *ex lege*, puede guiar la interpretación judicial, la acción sindical y la formulación de políticas públicas.

A la vista de ello, puede decirse que todo salario vital es salario mínimo, pero no todo salario mínimo es vital. Por ello, el salario mínimo debería acercarse al salario vital, aunque, en la práctica, muchas veces no lo alcanza, sobre todo en casos de baja productividad o desequilibrios económicos.

La OIT ha instado a los Estados a que los salarios mínimos se fijen de forma progresiva, orientándose hacia el cumplimiento del principio del salario vital.

3.3.3 CRITERIOS NORMATIVOS PARA SU DETERMINACIÓN

En el reciente informe de la Reunión de expertos sobre políticas salariales, incluidos los salarios vitales, acordado por el Consejo de Administración de la OIT el 13 de marzo 2024²³ se fijan una serie de criterios para determinar el salario vital que deben basarse en datos empíricos con consideración del contexto regional o local y de las realidades socioeconómicas y culturales, y pueden concretarse de la siguiente manera²⁴:

1. Cálculo basado en las necesidades básicas del trabajador y su familia (alimentación saludable, alojamiento, vestido, transporte, salud, educación y un mínimo de bienestar). Es relevante insistir en que se tiene en cuenta la unidad familiar y no el salario individual, por lo que cualquier fijación de salario vital debe aclarar el supuesto familiar que utiliza, para garantizar que el monto calculado realmente alcance para la manutención del hogar promedio en esa sociedad.
2. Estimación a partir de una jornada laboral estándar, sin depender de horas extraordinarias, lo que la OIT llama «horas normales».
3. Referencia a precios reales de bienes y servicios esenciales en una localidad determinada, con actualización periódica.
4. Participación de los interlocutores sociales (sindicatos y organizaciones empresariales) mediante mecanismos de diálogo social, «con miras a garantizar la adhesión nacional y/o local».
5. Transparencia y verificabilidad metodológica, de modo que los cálculos sean auditables y puedan incorporarse en convenios colectivos, políticas públicas o compromisos empresariales.
6. Ajustes periódicos para tener en cuenta los cambios en materia de costo de vida y pautas de consumo.
7. Promoción de la igualdad de género y no discriminación.

²³ Ob. cit.

²⁴ *Ibidem.*, p. 8: Las metodologías relativas a los salarios vitales deberían seguir una serie de principios: a) estimación de las necesidades de los trabajadores y sus familias mediante metodologías basadas en los datos; b) consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores sobre las estimaciones del salario vital y participación de los interlocutores sociales en todo su desarrollo, con miras a garantizar la adhesión nacional y/o local; c) transparencia, incluidos los detalles relativos a las fuentes de datos y los métodos de procesamiento, que deben ser claros, completos y reproducibles; d) solidez de los datos en términos de representatividad y transparencia de los métodos de recopilación; e) disponibilidad pública oportuna de las estimaciones, los datos y las metodologías; f) indicación de si las estimaciones son brutas o netas, a saber, si se incluyen o no elementos como las cotizaciones a la seguridad social; g) ajustes periódicos para tener en cuenta los cambios experimentados por el costo de la vida y las pautas de consumo; h) control de la calidad, que incluya un examen técnico sólido, la validación y una revisión periódica para introducir mejoras continuas; i) promoción de la igualdad de género y la no discriminación, y j) consideración del contexto regional o local y de las realidades socioeconómicas y culturales».

Estos criterios suponen que los salarios vitales deben responder a la situación real del país o región y que debe fijarse de forma transparente. Todo salario vital debe ir acompasado con la situación económica y estructural de la economía y vincularse al progreso económico sostenible, tal y como consta en la Declaración de Filadelfia de 1944 (parte III)²⁵.

3.4 El salario mínimo

3.4.1 CONCEPTO, DEFINICIÓN Y FINALIDAD DEL SALARIO MÍNIMO SEGÚN LA OIT

Desde su creación en 1919, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha abordado el concepto del salario mínimo como una herramienta fundamental para proteger a los trabajadores contra remuneraciones injustamente bajas, asegurar un nivel de vida digno y promover la justicia social. Según la definición clásica de la OIT, el salario mínimo es:

«La cuantía mínima de remuneración que el empleador está obligado a pagar a los trabajadores por el trabajo efectuado durante un periodo determinado, que no puede reducirse ni por convenio individual ni colectivo» (Convenio núm. 131, art. 1).

La finalidad del salario mínimo, por tanto, radica principalmente en la protección de los trabajadores, especialmente los más vulnerables y de menor poder negociador, garantizando un ingreso básico que permita satisfacer sus necesidades esenciales, estableciendo criterios para que efectivamente el trabajador pueda acceder a su salario.

3.4.2 EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL SALARIO MÍNIMO EN LA NORMATIVA OIT

La determinación de qué salario debe ser el justo y cómo fijar criterios es algo que ha preocupado desde sus orígenes a la OIT. Por esta razón, des-

²⁵ «III. La Conferencia reconoce la obligación solemne de la Organización Internacional del Trabajo de fomentar, entre todas las naciones del mundo, programas que permitan: (d) adoptar, en materia de salarios y ganancias y de horas y otras condiciones de trabajo, medidas destinadas a garantizar a todos una justa distribución de los frutos del progreso y un salario mínimo vital para todos los que tengan empleo y necesiten esta clase de protección». Recuperado de <https://webapps.ilo.org/static/spanish/inwork/cb-policy-guide/declaraciondefiladelfia1944.pdf>

de 1928 que se adopta el convenio núm. 26 sobre mecanismos de fijación de salarios mínimos²⁶, la OIT ha regulado el salario mínimo con los siguientes instrumentos:

3.4.2.1 *Convenio núm. 26 (1928) y Recomendación núm. 30 (1928)*

El Convenio núm. 26 de 1928²⁷ fue el primer instrumento internacional que introdujo el concepto de salario mínimo, limitado en origen a sectores con condiciones salariales especialmente bajas como industrias manufactureras o artesanales. Exige a los Estados establecer métodos de fijación y aplicación del salario mínimo, bajo tres garantías: consulta previa a empleadores, trabajadores y expertos; intervención paritaria en la aplicación de los métodos; y valor vinculante del salario fijado, que no puede ser reducido por contrato individual ni colectivo sin autorización. También impone la creación de sistemas de control y sanción que garanticen el conocimiento y cumplimiento de las tasas mínimas aplicables. La Recomendación núm. 30 complementó al convenio al sugerir que el salario mínimo considere el costo de vida y sea revisado periódicamente, asegurando su valor real en el tiempo.

3.4.2.2 *Convenio núm. 131 (1970) y Recomendación núm. 135 (1970)*

El Convenio núm. 131 de 1970 representó un hito en la evolución del salario mínimo al ampliar su ámbito de aplicación más allá de sectores específicos, proponiendo su extensión general a grupos vulnerables y vinculándolo al concepto de salario vital. Este convenio introdujo criterios técnicos objetivos para su fijación y estableció mecanismos de control y garantía de pago. La

²⁶ Este Convenio entra en vigor el 30 de junio de 1930. A fecha de hoy existen todavía un número importante de países que no han suscrito el convenio, entre ellos, Estados Unidos de América o Grecia, Islandia o Suecia. Recuperado de https://normlex.ilo.org/dyn/nrmlx_es/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312171:NO

²⁷ El concepto de salario mínimo que contempla la OIT no es exactamente el mismo que tenemos en España. El primero, da libertad a los países para fijar criterios para su delimitación, que puede ser en función del territorio, del trabajo realizado, etc, pudiendo ser fijado por el Estado en negociación tripartita o en ámbitos inferiores. Por su parte, en España el salario mínimo es el que se regula entre el Estado y los agentes sociales, pudiendo posteriormente mejorarse en convenios también con negociación, actuando en este caso también como mínimo. Por tanto, frente al salario mínimo de la OIT, el salario mínimo efectivo para un trabajador en España puede quedar determinado de dos maneras diferentes.

Recomendación núm. 135, también de 1970, complementó este marco normativo, promoviendo que el salario mínimo considerara no solo factores económicos, sino también las necesidades básicas del trabajador y su familia, alineándolo con un nivel de vida digno.

Entre los criterios fundamentales para fijar el salario mínimo destacan: el costo de vida real, las necesidades familiares, el desarrollo económico general del país y la productividad laboral. Estos elementos buscan equilibrar la protección social con la sostenibilidad económica.

Además, el Convenio núm. 131 promueve un procedimiento participativo tripartito para su fijación, que involucre a gobiernos, empleadores y trabajadores, garantizando la consulta efectiva y la revisión periódica del salario mínimo. Este enfoque participativo refuerza la legitimidad, eficacia y estabilidad de las políticas salariales.

3.4.2.3 *Instrumentos complementarios de la OIT relacionados con el salario mínimo*

Además de los convenios específicos, otros documentos clave de la OIT refuerzan el papel del salario mínimo dentro de una estrategia global de justicia social. La Declaración de Filadelfia de 1944 estableció el compromiso ético de garantizar un salario mínimo vital. La Declaración de 2008 sobre Justicia Social subrayó su rol en el trabajo decente y el desarrollo equitativo. La Agenda 2030 y los ODS vinculan el salario mínimo con la erradicación de la pobreza y la reducción de desigualdades. Las Directrices Técnicas de 2024, por su parte, mejoran la fijación salarial mediante herramientas estadísticas.

Recientes estudios de la OIT²⁸ evidencian que el salario mínimo no alcanza aún el umbral del salario vital, es decir, no garantiza una vida decorosa, recuperándose así el enfoque fundacional, que partía de que el salario debe permitir cubrir necesidades básicas y sostener la dignidad del trabajador. La noción de salario vital resurge como objetivo normativo tras constatarse que el salario mínimo no ha sido suficiente y la necesidad de seguir poniendo las bases de una vida digna e íntegra para toda persona trabajadora.

²⁸ Organización Internacional del Trabajo (OIT), *La OIT alcanza un acuerdo sobre la cuestión de los salarios vitales*, 2023. Recuperado de: <https://www.ilo.org/es/resource/news/la-oit-alcanza-un-acuerdo-sobre-la-cuesti%C3%B3n-de-los-salarios-vitales>

4. SALARIO EN ESPECIE

4.1 Concepto de salario en especie

El salario en especie es una modalidad de remuneración reconocida por la OIT como excepcional frente al principio general de pago en efectivo, y está regulado en varios de sus instrumentos normativos.

El Convenio núm. 95 sobre la protección del salario (1949) establece que solo podrá autorizarse el pago en especie cuando sea adecuado para las necesidades del trabajador y su familia, y que su valor debe ser razonablemente estimado (art. 4). Este principio es desarrollado en la Recomendación núm. 85, que añade que el pago en especie debe limitarse a una parte del salario, consistir en bienes o servicios útiles, valorarse de manera justa y no imponerse unilateralmente por parte del empleador. Asimismo, prohíbe el sistema del «truck» (consumo obligatorio en economatos del empleador).

Además, otros convenios hacen referencia al salario en especie como son, por un lado, el Convenio núm. 110 (1958), relativo a las plantaciones, donde se reafirma que el pago en especie debe estar sujeto a regulación clara y proporcional, evitando abusos especialmente en contextos rurales. Por otro lado, el Convenio núm. 189 sobre trabajadoras y trabajadores domésticos (2011) dispone que el salario en especie solo será válido si existe acuerdo libre del trabajador, tiene un valor justo y razonable, y está destinado a su beneficio personal. La Recomendación núm. 201 sugiere además que este valor sea informado por escrito y que se establezcan límites máximos para evitar que sustituya al salario monetario.

La OIT, sin definir el salario en especie, subraya que éste no debe utilizarse como mecanismo para eludir la obligación de pagar salarios suficientes y justos, y que su uso solo es aceptable si garantiza transparencia, voluntariedad, equidad y utilidad real para el trabajador. De este modo, se salvaguarda el carácter protector del salario como núcleo de la dignidad laboral.

4.2 Condiciones de validez y admisibilidad del pago en especie en los instrumentos de la OIT

La OIT admite el salario en especie solo bajo condiciones muy precisas, al establecerse en el Convenio núm. 95 (1949) que, excepcionalmente, el pago parcial del salario mediante se puede hacer con prestaciones en especie única-

mente en aquellos sectores o actividades donde esta forma de pago sea uso corriente o esté justificada por la naturaleza de la industria²⁹.

Además, no todo salario en especie es válido, sino que lo supedita a que se trate de bienes o servicios otorgados sean realmente útiles y beneficiosos para el trabajador y su familia, y que su valor se estime de forma equitativa, tal y como consta en el Convenio núm. 95.

En la misma línea, el Convenio núm. 110 reafirma que cuando hay pago parcial en especie, las autoridades deben asegurarse de que las provisiones en alimento, vivienda, ropa u otros suministros esenciales sean de calidad adecuada y su valor en dinero esté correctamente tasado.

Por su parte, el Convenio sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, 2011 (núm. 189) dispone que solo una proporción limitada de la remuneración del personal del hogar puede pagarse en especie, siempre y cuando se cumplan las condiciones protectoras que se incluyen en el convenio.

4.3 Restricciones, prohibiciones y límites al uso del salario en especie

Los instrumentos normativos de la OIT imponen restricciones claras al uso del salario en especie, con el objetivo de evitar abusos y proteger la integridad del salario.

En primer lugar, el salario en especie solo puede representar una fracción limitada de la remuneración total, según el Convenio núm. 95, aunque no se fija un porcentaje uniforme. Además, debe existir voluntariedad, de modo que el trabajador debe aceptar libremente recibir parte del salario en especie, sin imposiciones unilaterales ni coacciones.

La OIT también exige que las prestaciones en especie sean de uso personal y en beneficio del trabajador y su familia, prohibiendo su utilización como forma de control o dependencia. Asimismo, se establece que todo salario en especie debe tener un valor justo y razonable, como dispone el Convenio núms. 110 y 117, siendo responsabilidad de la autoridad competente garantizar su correcta valoración monetaria.

²⁹ De igual forma, el Convenio sobre las plantaciones, 1958 (núm. 110) autoriza que una parte del salario en el sector agrícola se abone en forma de asignaciones en especie, pero solo «en las industrias u ocupaciones en que este tipo de remuneración sea costumbre o conveniente». Es decir, la validez del pago en especie depende del contexto: se considera admisible principalmente en ámbitos como la agricultura, el trabajo rural o el servicio doméstico, donde tradicionalmente se ha complementado el salario con bienes como alimentos y alojamiento.

Se prohíbe expresamente el pago en especie mediante bienes nocivos, como bebidas alcohólicas o sustancias peligrosas, tal como señala el art. 4.1 del Convenio 95 y el art. 11 del Convenio 117.

Por último, la OIT aclara que ciertos artículos necesarios para el trabajo, como herramientas, uniformes o equipos de protección, no deben considerarse salario en especie, según la Recomendación núm. 201 (art. 15), pues son obligaciones propias del empleador y no pueden sustituir la retribución.

4.4 Fundamento jurídico-protector de estos límites según la OIT

El establecimiento de restricciones al salario en especie en los convenios de la OIT responde a un objetivo protector fundamental: asegurar que el trabajador reciba efectivamente una remuneración útil, libremente disponible y no manipulable por el empleador. Por tanto, el objetivo es proteger la subsistencia y la autonomía económica del trabajador con un ingreso digno y disponible.

El pago predominantemente en dinero garantiza mejor la finalidad perseguida por la OIT, ya que el dinero de curso legal es de aceptación universal y permite al trabajador decidir cómo gastarlo o invertirlo. Un uso sin límites del salario en especie conlleva un riesgo que puede desvirtuar el derecho del trabajador a una remuneración digna. Por ello, la Comisión de Expertos de la OIT ha subrayado que, incluso en industrias donde el pago en especie es tradicional y aparentemente aceptado, es imprescindible contar con garantías legislativas que prevengan posibles abusos hacia los trabajadores.

Además, los tratados de la OIT han respaldado el derecho del trabajador a la libre disposición de su salario, prohibiendo al empleador condicionar o restringir cómo lo utiliza el trabajador. Al imponer que el salario en especie sea voluntario, adecuado y parcial, la normativa busca que el trabajador mantenga el control sobre su sustento y no quede a expensas de su empleador para satisfacer sus necesidades básicas y vitales.

Finalmente, el fundamento protector se vincula con garantizar un nivel de vida digno. Por ello, los límites normativos actúan entonces para evitar la depreciación encubierta del salario y asegurar que, si parte de la paga es en bienes, estos mantengan un valor real y utilidad genuina para el trabajador, coadyuvando a su bienestar.

5. SALARIO SIN DISCRIMINACIÓN

5.1 Regulación

El principio de igualdad y no discriminación en materia salarial es uno de los pilares fundamentales de la OIT. Ya en su Constitución y en la Declaración de Filadelfia (1944) se proclama que «todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo, tienen derecho a perseguir su bienestar material en condiciones de igualdad de oportunidades». Esta garantía fue reafirmada en la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo (1998)³⁰, que obliga a todos los Estados Miembros de la OIT a respetar y promover la igualdad salarial, incluso si no han ratificado los convenios específicos sobre la materia.

La Comisión de Expertos de la OIT supervisa el cumplimiento de estos principios, elaborando estudios y guías prácticas para abordar desafíos como la persistente brecha salarial de género o la discriminación indirecta, y, además, ha promovido auditorías salariales con perspectiva de género y manuales sobre inclusión de personas con discapacidad. Ejemplo de estas actuaciones son los informes globales como «La igualdad en el trabajo: un objetivo que sigue pendiente» (2007)³¹ o el Informe Mundial sobre Salarios³² que destacan los avances, así como qué debe mejorarse o hacia dónde debe avanzarse.

Entre los instrumentos normativos más relevantes destacan el Convenio núm. 100 (1951), sobre igualdad de remuneración entre hombres y mujeres por trabajo de igual valor, reconociendo que la comparación debe basarse en el valor equivalente de los puestos, aunque las tareas difieran y, el Convenio núm. 111 (1958), sobre discriminación en el empleo y la ocupación.

El Convenio núm. 100 (1951) ampliamente ratificado³³ establece que los Estados deben aplicar el principio de igualdad salarial a través de legislación, convenios colectivos o cualquier otro mecanismo apropiado. La Re-

³⁰ OIT, *Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento*, Ginebra 2022. Recuperado de https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/%40ed_norm/%40declaration/documents/normativeinstrument/wcms_716596.pdf

³¹ OIT: *La igualdad en el trabajo: un objetivo que sigue pendiente, Informe Global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*, 2011. Recuperado de https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@relconf/documents/meetingdocument/wcms_154780.pdf

³² OIT, *Informe Mundial sobre Salarios*, ob. cit. Recuperado de https://www.ilo.org/sites/default/files/2024-11/GWR-2024_Layout_E_RGB_Web.pdf

³³ España lo ratifica en 06 noviembre 1967.

comendación núm. 90, que lo acompaña, propone métodos de evaluación objetiva de empleos³⁴, con el fin de eliminar la infravaloración histórica del trabajo femenino.

El Convenio núm. 111 prohíbe toda forma de discriminación en las condiciones de empleo, incluida la remuneración, por razones como sexo, raza, religión u origen social. Su Recomendación complementaria insta a los Estados a desarrollar una política nacional contra la discriminación, incluyendo medidas específicas para garantizar la igualdad de remuneración por trabajo de igual valor. En conjunto, estos instrumentos consolidan el principio de igualdad salarial como un derecho exigible y como parte esencial de una política laboral justa e inclusiva.

Finalmente, en el Convenio núm. 117 sobre política social aclara que uno de los fines de la política social deberá ser el de suprimir toda discriminación entre los trabajadores fundada en motivos de raza, color, sexo, credo, asociación a una tribu o afiliación a un sindicato, en materia de legislación y contratos de trabajo, que deberán ofrecer un trato económico equitativo a todos los que residan o trabajen legalmente en el país; condiciones de contratación y de ascenso; condiciones de trabajo; y tasas de salarios, las cuales deberán fijarse de acuerdo con el principio de salario igual por un trabajo de igual valor, en la misma operación y en la misma empresa. Por ello insiste en que deberán tomarse todas las medidas pertinentes a fin de reducir cualquier diferencia en las tasas de salarios que resulte de discriminaciones fundadas en motivos de discriminación, «elevando las tasas aplicables a los trabajadores peor pagados».

5.2 Actuaciones de la OIT

La política de la OIT en perseguir la no discriminación, va más allá de los convenios, abarcando acciones específicas orientadas a grupos históricamente vulnerables.

³⁴ Art. 5 «cuando fuere oportuno y para facilitar la fijación de tasas de remuneración, de conformidad con el principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor, todo Miembro, de acuerdo con las organizaciones interesadas de empleadores y de trabajadores, debería establecer métodos que permitan evaluar objetivamente, mediante un análisis del empleo o por otros medios, los trabajos que entrañan los diversos empleos, o bien debería fomentar el establecimiento de dichos métodos, para clasificar los empleos independientemente del sexo. La aplicación de estos métodos debería efectuarse de conformidad con las disposiciones del artículo 2 del Convenio».

5.2.1 DISCRIMINACIÓN SALARIAL POR RAZÓN DE GÉNERO

Con base en los Convenios núm. 100 y 111, la OIT establece que mujeres y hombres deben recibir igual salario por trabajo de igual valor, sin discriminación directa ni indirecta³⁵.

Para combatir la brecha salarial de género, la OIT ha impulsado la Coalición Internacional por la Igualdad Salarial³⁶ (EPIC) junto a ONU Mujeres y la OCDE, con el objetivo de eliminar la brecha antes de 2030.

Además, los órganos de control de la OIT supervisan la aplicación del Convenio 100, publicando observaciones anuales y recomendando medidas correctivas.

5.2.2 PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y NO DISCRIMINACIÓN SALARIAL

La OIT reconoce la igualdad de trato y salario para personas con discapacidad desde el Convenio núm. 159 (1983), desarrollado por la Recomendación núm. 168. Este convenio obliga a los Estados a desarrollar una política activa que permita a las personas con discapacidad obtener y conservar un empleo adecuado, progresar en él y reintegrarse plenamente en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, lo que incluye la retribución.

La OIT, por medio de sus recomendaciones y guías, promueve prácticas inclusivas como son: adaptación de puestos de trabajo, evaluaciones centradas en las capacidades y no en las limitaciones, y eliminación de los llamados «salarios reducidos» en talleres protegidos, salvo en contextos muy específicos y transitorios. La OIT además impulsa iniciativas como la Red Mundial de Empresas y Discapacidad (GBDN), en las que colabora con empleadores para difundir buenas prácticas de inclusión y remuneración equitativa.

Finalmente, en línea con el artículo 27 de la Convención de la ONU sobre Discapacidad, la OIT enfatiza que las personas con discapacidad tienen derecho a igual remuneración por trabajo de igual valor e igualdad de condiciones laborales. Para la implementación, se recomiendan medidas tales como: evaluación individual de las capacidades para asignar funciones apropiadas, provisión de tecnologías de apoyo o adaptación de puestos (lo cual mejora el rendimiento y justifica salarios plenos), y eliminación de políticas obsoletas de

³⁵ RAMOS QUINTANA, Margarita Isabel: «Las mujeres y el futuro del trabajo en el centenario de la OIT», *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. extra 1, 2019

³⁶ *Coalición Internacional por la Igualdad Salarial*. Recuperado de <https://lac.unwomen.org/es/que-hacemos/empoderamiento-economico/epic>

pago de «salarios de productividad» inferiores salvo cuando estén vinculadas a verdaderas reducciones de jornada o trabajo terapéutico consentido.

5.2.3 TRABAJADORES MIGRANTES: IGUALDAD DE TRATO EN REMUNERACIÓN

En el marco de la OIT, el Convenio núm. 111 prohíbe toda discriminación en el empleo y la ocupación, incluida la remuneración, por motivos como raza, sexo, religión, opinión política, origen nacional o social (art. 1). Este principio se ve reforzado, en relación con los trabajadores migrantes, por el Convenio núm. 97 (1949), que establece que los migrantes en situación regular deben recibir un trato no menos favorable que el de los nacionales, incluyendo igualdad en salarios, horarios, vacaciones y demás condiciones laborales (art. 6.1.a).

El Convenio núm. 143 (1975) complementa este marco abordando la migración en condiciones abusivas y exigiendo a los Estados garantizar la igualdad de trato en las condiciones de trabajo, cualquiera que sea el estatus del migrante (art. 12.g). La Recomendación núm. 151 refuerza este enfoque afirmando el derecho a la igualdad de remuneración por trabajo de igual valor, incluso en casos de despido injustificado, reincorporación o indemnización³⁷.

Una contribución relevante del Convenio núm. 143 es que extiende ciertas garantías también a los migrantes en situación irregular, reconociendo su derecho a percibir el salario correspondiente al trabajo efectivamente realizado, aun cuando posteriormente deban ser repatriados³⁸.

La protección contra la discriminación salarial por motivo de nacionalidad o estatus migratorio también se recoge en la Convención de la ONU sobre los derechos de los trabajadores migratorios (1990), cuyo artículo 25 establece el derecho a la igualdad de trato en materia de remuneración. En conjunto, los instrumentos de la OIT y la ONU consagran el principio de igual salario por igual trabajo, independientemente del origen o situación migratoria del trabajador.

³⁷ GIL Y GIL, José Luis: «La OIT y las migraciones laborales», en *Migraciones internacionales e impacto de la crisis económica: compromisos de la OIT*, José Luis GIL Y GIL (dir.), 2013, pp. 53-104, VON POTOBsky, Geraldo: «Los trabajadores migrantes y las normas de la OIT», *Revista española de Derecho del Trabajo*, Civitas, n.º 19, 1984, pp. 333-352.

³⁸ OIT: *Nota orientativa: Protección del salario de los trabajadores migrantes*, 2023, p. 12. Recuperado de <https://www.ilo.org/sites/default/files/2024-12/20241217%20Nota%20orientative%20proteccion%20des%20salario%20de%20los%20migrantes.pdf#:~:text=,deber%C3%ADan%20gozar%20de%20igualdad>

5.2.4 MINORÍAS ÉTNICAS Y RACIALES: NO DISCRIMINACIÓN EN EL SALARIO

Además de las normas generales, la OIT cuenta con instrumentos dirigidos específicamente a pueblos indígenas y tribales, quienes a menudo constituyen minorías marginadas en sus países. El Convenio núm. 169 sobre pueblos indígenas y tribales (1989) establece en su artículo 20 que los gobiernos deben asegurar a estos pueblos condiciones de empleo no inferiores a las de otros trabajadores, incluyendo igualdad de remuneración por trabajo de igual valor (art. 20.2.a).

Para combatir estas desigualdades, la OIT promueve la adopción de legislación antidiscriminatoria integral que incluya la raza y la etnia entre los motivos prohibidos de discriminación en el empleo. La OIT alienta también la recopilación de estadísticas desagregadas por origen étnico para visibilizar las brechas: tal como señala la Recomendación 111, disponer de datos fiables sobre salarios por grupo poblacional es útil para detectar discriminaciones indirectas y orientar políticas públicas.

5.3 Metodologías para evaluar la igualdad de valor entre trabajos diferentes

Para hacer operativo el principio «a igual valor, igual salario», la OIT ha considerado que es necesario contar con metodologías técnicas con las que se puedan comparar objetivamente diferentes puestos de trabajo, ya que no siempre es fácil valorar que dos trabajos son equivalentes. Estos métodos de evaluación de puestos examinan las exigencias de cada trabajo (competencias requeridas, nivel de esfuerzo, responsabilidad asumida, condiciones en que se realiza, etc.) para otorgarles un puntaje o nivel y así poder compararlos de manera equitativa y «permiten establecer el valor relativo de los empleos y determinar si el salario correspondiente es adecuado»³⁹. La evaluación objetiva proporciona, así un fundamento técnico para afirmar que dos trabajos son de igual valor y, por ende, merecen igual remuneración.

En la práctica, la mayoría de los sistemas de valoración de puestos utilizan cuatro grandes factores de evaluación como base: calificaciones (habilidades y formación requeridas), esfuerzo (físico y mental), responsabilidades (grado de responsabilidad sobre recursos, personas, decisiones) y condiciones

³⁹ CHICHA, Marie Thérèse: OIT: *Promoción de la igualdad de remuneración entre hombres y mujeres por un trabajo de igual valor: una guía para empleadores y sindicatos*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra 2008, p. 7. Recuperado de https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@declaration/documents/publication/wcms_101326.pdf.

de trabajo (entorno y riesgos del puesto). Según los especialistas, «esos cuatro factores son necesarios y suficientes para evaluar todas las tareas» en cualquier sector⁴⁰.

La OIT advierte que los métodos de evaluación de puestos deben diseñarse y aplicarse sin prejuicios de género, ya que de lo contrario pueden perpetuar la infravaloración del trabajo de las mujeres⁴¹. Para evitarlo, la OIT en sus guías técnicas⁴² detalla procedimientos para incorporar una perspectiva de género en cada etapa del proceso de valoración, de forma objetiva y neutral de los puestos de trabajo, basada en factores como calificación, esfuerzo, responsabilidad y condiciones laborales, aplicada de forma universal a todos los empleos. Esta es la herramienta técnica primordial para determinar qué trabajos son de igual valor y sustentar así la exigencia de igual remuneración.

6. PAGO DEL SALARIO

6.1 Formas de pago del salario

El art. 3 del Convenio núm. 95 de 1949 sobre la protección del salario establece que «Los salarios que deban pagarse en efectivo se pagarán exclusivamente en moneda de curso legal, y deberá prohibirse el pago con pagarés, vales, cupones o en cualquier otra forma que se considere representativa de la moneda de curso legal». Más tarde el Convenio núm. 117 (1962) de política social dice que «2. Normalmente, los salarios se deberán pagar solamente en moneda de curso legal».

Cuando se menciona «moneda de curso legal», la intención es que la remuneración sea real, efectiva y disponible para el trabajador sin intermediarios o condiciones adicionales, no pudiendo concluirse que solo aplica esta limitación para el caso del salario en efectivo⁴³, sino que también ampara a los pagos por transferencia bancaria⁴⁴.

⁴⁰ Ob. cit., p. 35.

⁴¹ *Ibidem*, p. 7

⁴² CHICHA, Marie Thérèse: ob. cit., 9.

⁴³ OIT: *Observación de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) sobre la protección del salario (Convenio núm. 95), adoptada en 2003 y publicada en la 92.ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo*. Recuperado de https://normlex.ilo.org/dyn/nrmlx_es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID,P13100_COUNTRY_ID:2233154,102809

⁴⁴ La reciente Nota Promoción de pagos de salarios digitales responsables también afirma que «Los salarios, ya sean pagados de manera digital o de otro modo, sólo deben pagarse en la moneda de curso legal». También en OIT: *Guidance note: Wage protection for migrant workers*, Ginebra 2023. Recuperado de: https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/@ed_protect/@protrav/@migrant/docu-

La OIT reconoce claramente que, además del pago en efectivo, los pagos pueden realizarse por otros medios, como por cheque contra un banco o por giro postal (art. 3.2 Convenio 95), pero también a través de transferencias bancarias⁴⁵ o depósitos electrónicos, siempre que se cumplan ciertos requisitos fundamentales: que el método de pago sea permitido por la autoridad competente o previsto en la legislación nacional; que el método sea de uso corriente o acordado mediante convenio colectivo o laudo arbitral y; que el trabajador dé su consentimiento, salvo que existan otras disposiciones específicas.

6.2 Pago directo al trabajador

La protección del salario debe abarcar desde su generación hasta su pago efectivo, partiendo del principio fundamental de que el salario pertenece exclusivamente al trabajador, quien debe poder disponer libremente de él. El Convenio núm. 95 de la OIT (1949) recoge esta idea en su artículo 5, al establecer que «los salarios se pagarán directamente al trabajador interesado», y en el artículo 6, al prohibir cualquier limitación a la libertad del trabajador para disponer de su salario. El Convenio núm. 117 introduce una matización al señalar que «normalmente» el pago debe ser directo, contemplando así situaciones como los embargos judiciales.

Este principio implica la indisponibilidad empresarial del salario: una vez generado, el empleador no puede gestionar ni condicionar su uso bajo la excusa de un beneficio futuro para el trabajador. El salario debe ser entregado íntegramente, sin apropiación o control empresarial indebido.

Aunque el pago se realiza habitualmente en moneda de curso legal, la normativa de la OIT permite el uso de transferencias bancarias u otros medios digitales, siempre que se respeten garantías y que la intermediación del banco no afecte al derecho del trabajador a recibir su salario íntegro, puntual y sin demoras. La responsabilidad de asegurar esto recae en la empresa.

ments/publication/wcms_878456.pdf, p. 10, donde expresamente se dice que la protección salarial puede considerarse que incluye, entre otros, «el derecho al pago en moneda de curso legal, a intervalos regulares, directamente al trabajador o en la cuenta bancaria que este elija» (traducción propia).

⁴⁵ El Convenio núm. 189 de 2011 (Trabajo Decente para Trabajadores Domésticos) contempla el pago por transferencia.

Según una nota técnica de la OIT de 2023⁴⁶, los pagos digitales pueden ofrecer mayor seguridad, transparencia y puntualidad, evitando deducciones arbitrarias o pérdida de efectivo. También reducen el riesgo de recibir billetes falsos o sufrir robos. No obstante, la OIT ha advertido sobre dificultades que enfrentan, por ejemplo, los trabajadores migrantes con baja alfabetización digital, lo que justifica reforzar las garantías⁴⁷ y se insiste en la necesidad de que los empleadores proporcionen un recibo de salario detallado que especifique los componentes del salario pagado (incluyendo salario base, horas extras, deducciones, etc.).

En su informe *Promoting Responsible Digital Wage Payments* (2023), la OIT define tres condiciones mínimas para que los pagos digitales cumplan los estándares internacionales:

- Elección y titularidad: la cuenta debe estar a nombre del trabajador, quien debe poder elegir o cambiar de proveedor sin coacciones. No se puede imponer un banco ni sancionar al trabajador por elegir otro.
- Accesibilidad: el salario debe ser retirable o usable sin costes excesivos, en su totalidad y en la fecha estipulada. La empresa debe promover soluciones de bajo costo, en colaboración con autoridades y agentes sociales.
- Seguridad y transparencia: el trabajador debe ser informado sobre los métodos de pago, comisiones y recibir un comprobante claro y detallado del salario (salario base, horas extras, deducciones, etc.)⁴⁸.

La OIT también exige que los sistemas digitales respeten principios como la igualdad salarial, la no discriminación, la conciliación laboral y familiar, y la protección frente a la violencia y el acoso, incluidos aquellos basados en el género. Así, el pago digital puede reforzar la garantía de los derechos laborales, siempre que se implemente con enfoque social y regulatorio.

⁴⁶ OIT: *Nota breve. Promoción de pagos de salarios digitales responsables*, marzo 2023 https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/@ed_emp/@emp_ent/documents/publication/wcms_873766.pdf

⁴⁷ OIT: *Guidance note: Wage protection for migrant workers*, ob. cit.

⁴⁸ Los empleadores deben estar adecuadamente informados de los beneficios, costos y riesgos de las soluciones de pago de salarios digitales y de los servicios financieros asociados para ellos y sus trabajadores. Deben informar a sus trabajadores por adelantado de toda la información pertinente relativa a los diferentes métodos de pago disponibles, así como de cualquier posible cambio en las soluciones utilizadas. Además, los empleadores y los trabajadores que realizan o reciben pagos de salarios digitales deben recibir estados de cuenta precisos y actualizados y notificaciones de transacciones de los proveedores de servicios financieros», OIT: *Nota breve. Promoción de pagos de salarios digitales responsables*, ob. cit, p. 9

6.3 Periodicidad del pago: regularidad, puntualidad e intervalos mínimos

La OIT, a través del Convenio núm. 95 y la Recomendación núm. 85, establece principios fundamentales sobre la periodicidad, regularidad y puntualidad del pago del salario, con el objetivo de proteger a los trabajadores frente a prácticas abusivas y garantizar su estabilidad económica.

El artículo 12 del Convenio 95 exige que los salarios se paguen a intervalos periódicos preestablecidos, ya sean semanales, quincenales o mensuales, según la legislación nacional o la costumbre. Esta previsibilidad permite al trabajador planificar su economía personal y familiar y reduce su vulnerabilidad ante arbitrariedades.

Asimismo, la OIT subraya la puntualidad como principio esencial, de modo que el salario debe abonarse en la fecha acordada, sin retrasos injustificados, para evitar los trabajadores se vean obligados a recurrir a endeudamientos debido al incumplimiento del empleador. En este sentido, la CEACR ha reiterado que cualquier demora en el pago constituye una infracción al Convenio núm. 95.

Más recientemente, el Convenio núm. 117 sobre política social (normas y objetivos básicos) también refuerza este enfoque. En su artículo 6, establece que los salarios deben pagarse regularmente a intervalos que permitan reducir la posibilidad de que los asalariados contraigan deudas, salvo que una costumbre local lo impida y la autoridad competente reconozca el deseo de los trabajadores de mantener dicha práctica. Esta norma introduce una cláusula de flexibilidad cultural, sin renunciar a la necesidad de proteger al trabajador frente a la inseguridad económica.

En cuanto a los intervalos de pago, la Recomendación núm. 85 los concreta de la siguiente manera:

- Para trabajadores por hora, día o semana: al menos dos veces al mes (pago quincenal).
- Para trabajadores mensuales o anuales: una vez al mes (pago mensual).
- Para quienes cobran a destajo o por rendimiento: dos veces al mes en intervalos no mayores a 16 días.
- Cuando se trate de trabajadores que estén ocupados en una tarea cuya terminación exija más de una quincena, debe preverse un anticipo proporcional dos veces al mes y la liquidación final dentro de los 15 días posteriores a la finalización de la tarea.

Además, el Convenio núm. 95 (art. 12) dispone que, al terminar la relación laboral, cualquier saldo pendiente debe abonarse según la legislación nacional, contrato colectivo o laudo arbitral, o, en defecto de ello dentro de un plazo razonable, garantizando así que el trabajador reciba rápidamente las sumas que se le adeuden. Esta regla protege especialmente a trabajadores en situaciones vulnerables, evitando que al terminar el empleo queden en una situación de desprotección económica.

En resumen, para la OIT, la regularidad y puntualidad en el pago no son cuestiones administrativas, sino garantías esenciales para la dignidad del trabajo, la prevención de la pobreza laboral y el bienestar del trabajador y su familia.

6.4 Libre disposición del salario por el trabajador

El derecho del trabajador a disponer libremente de su salario constituye uno de los pilares de la tutela salarial en la OIT, no en vano, si el dinero devengado por el trabajo puede ser coaccionado, desviado o retenido por el empleador (o por terceros que actúan en su interés), el salario pierde su función esencial de sustento y autonomía del trabajador.

En este sentido es claro el art. 6 Convenio 95 en el que dice: «Se deberá prohibir que los empleadores limiten en forma alguna la libertad del trabajador de disponer de su salario».

Para afianzar este derecho de la persona trabajadora a disponer de forma efectiva de su salario la OIT ha adoptado diferentes medidas, entre las que se destacan:

- Prohibición de pagos sustitutivos: vales, fichas, cupones o pagarés que obligan a gastar dentro de la empresa (art. 3 Convenio núm. 95) o pago en otros productos como alcohol (art. 11 Convenio núm. 117)
- Pagos electrónicos voluntarios: el empleador solo puede imponer transferencia electrónica si la ley lo permite y el trabajador mantiene acceso inmediato y sin coste excesivo a sus fondos (art. 3.2 Convenio núm. 95 y Nota de pagos digitales).
- Prohibición del «truck system»: el trabajador no puede ser obligado a comprar en economatos del empleador; si existen, el uso debe ser voluntario y a precios de mercado o de costo (art. 7 Convenio 95).
- El pago del salario no deberá efectuarse en tabernas o en tiendas (art. 11 Convenio núm. 117)

- Inembargabilidad parcial: el art. 10 Convenio 95 exige reservar una fracción del salario necesaria para garantizar el mantenimiento del trabajador y su familia, en caso de embargos, reforzando la libre disposición sobre un mínimo vital.
- Protección frente a asignaciones «forzadas»: deducciones obligatorias para pagar reclutadores, uniformes o herramientas son ilícitas –art. 9 Convenio 95 y doctrina CEACR (estudio general 2003).

6.5 Deducciones del salario: Límites y garantías

En el marco de la normativa internacional de la OIT, las deducciones del salario se conciben como una excepción al principio general de percepción íntegra y directa del salario por parte del trabajador, y por tanto están sujetas a estrictas limitaciones materiales y garantías procedimentales. Dichas deducciones pueden ser legítimas (impuestos, seguridad social, cuotas sindicales, anticipos autorizados) o ilícitas (descuentos arbitrarios, discriminatorios o costos empresariales trasladados al trabajador). El instrumento clave en esta materia es el Convenio núm. 95 sobre la protección del salario (1949), complementado por la Recomendación núm. 85.

El artículo 8.1 del Convenio núm. 95 establece que las deducciones solo podrán efectuarse cuando estén previstas por la legislación nacional, un convenio colectivo o un laudo arbitral, excluyéndose expresamente la posibilidad de deducciones unilaterales o basadas en acuerdos individuales. Asimismo, el artículo 9 prohíbe cualquier descuento vinculado a la obtención o conservación del empleo, como el pago de comisiones a reclutadores, por considerarlo contrario a la dignidad del trabajo.

La Recomendación núm. 85, en su párrafo 2, detalla las condiciones bajo las cuales pueden autorizarse deducciones por daños causados por el trabajador, que son: existencia de un perjuicio real, responsabilidad demostrada, proporcionalidad en el monto y derecho del trabajador a ser oído previamente. Además, recomienda la imposición de topes cuantitativos a las deducciones para proteger el mínimo vital.

Otros convenios también han establecido límites y garantías. Así, el Convenio núm. 110 (1958), sobre condiciones laborales en plantaciones, y el Convenio núm. 189 (2011), sobre trabajo doméstico, reiteran que solo son lícitas las deducciones autorizadas normativamente, debiendo garantizarse siempre la información clara y comprensible al trabajador, mientras que la Recomendación núm. 201 señala que ciertos gastos empresariales, como herramientas o unifor-

mes, no pueden imputarse como deducción salarial, y exige la entrega de un recibo detallado que incluya salario bruto, deducciones autorizadas y salario neto.

A nivel de garantía, y con el fin del que el salario cumpla su función, el Convenio núm. 95 (art. 10) establece que el salario debe estar protegido frente a embargos, reservando una parte suficiente para garantizar el mantenimiento del trabajador y su familia. Esta finalidad se constata también en el Convenio núm. 117 sobre política social donde se insiste en que se deberán tomar todas las medidas para impedir cualquier descuento de salario que no esté autorizado y limitar las sumas que pueden descontarse de los salarios, por concepto de artículos y servicios que forman parte de la remuneración, al justo valor en efectivo de dichos artículos y servicios (art. 11). En este mismo Convenio se añade una regulación específica sobre los anticipos salariales, establece que la autoridad competente deberá fijar tanto la cuantía máxima como la forma de reembolso de los anticipos otorgados al trabajador. Esta medida pretende evitar que los anticipos, en lugar de constituir un instrumento de ayuda o previsión, se conviertan en un mecanismo de endeudamiento encubierto que mine la remuneración futura del trabajador. Además, el convenio limita expresamente los anticipos concedidos como incentivo para aceptar un empleo.

Por su parte, el Convenio núm. 173, aunque centrado en los casos de insolvencia del empleador, añade una dimensión fundamental al régimen de protección del salario: el reconocimiento del salario devengado como crédito privilegiado (art. 5).

7. COMPROBANTE DE PAGO: RECIBO O NÓMINA COMO OBLIGACIÓN DE TRANSPARENCIA

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) establece claramente que el trabajador tiene derecho a recibir un comprobante o justificante salarial detallado, con el propósito de garantizar la transparencia en el pago del salario y en las deducciones realizadas.

El Convenio núm. 95, en su artículo 14, establece que los trabajadores deben recibir información clara y detallada, insistiendo en que debe ser comprensible, de los elementos que constituyan el salario en el período de pago considerado, siempre que estos elementos puedan sufrir variaciones, siendo el momento de entrega de esta información «al efectuarse cada pago del salario».

La Recomendación núm. 85 precisa con mayor detalle este derecho a la transparencia salarial, señalando que cada vez que se pague el salario, se debe notificar a los trabajadores los siguientes extremos «siempre que los mismos puedan estar sujetos a variación»: el importe bruto del salario ganado, cual-

quier descuento que se haya hecho con indicación de sus motivos y su cuantía, y el importe neto del salario debido.

Así mismo se obliga a la empresa a llevar un registro por trabajador con los datos de pago anteriores.

Otros convenios posteriores, como el Convenio núm. 189 de 2011 (art. 7) sobre trabajadores domésticos y la Recomendación núm. 201 (párrafo 15) indican explícitamente que, con cada pago, el trabajador doméstico debería recibir un documento fácilmente comprensible que especifique la remuneración total debida y el desglose detallado y justificado de cualquier deducción aplicada.

Por otro lado, recientemente la OIT se ha pronunciado sobre el derecho del trabajador a recibir comprobantes claros cuando el pago se hace a través de medios digitales o electrónicos, como una transferencia bancaria, afirmando que la utilización de estos sistemas de pago no exime al empleador de entregar un justificante detallado del contenido del salario, que sea comprensible, y que se trataría de un documento de la empresa adicional a la prueba de pago del salario⁴⁹.

Por ello, sostiene que el trabajador debe recibir un justificante escrito o electrónico donde consten claramente la cantidad total pagada (salario bruto), las deducciones aplicadas (impuestos, seguridad social, anticipos, otros conceptos) y el importe final neto efectivamente transferido a la cuenta o medio digital elegido por el trabajador.

Además, este justificante debe ser fácilmente accesible, claro y verificable por el trabajador, independientemente del canal digital o bancario empleado.

Por tanto, independientemente de si el pago del salario se realiza en efectivo, por cheque, transferencia bancaria o medios digitales, como puede ser la transferencia, el trabajador siempre debe recibir un justificante transparente que haga referencia a los conceptos salariales y deducciones aplicadas, por tanto, su salario. Esto asegura la protección efectiva y real de su derecho a recibir íntegramente y con claridad la remuneración pactada, y le permite una eventual reclamación ante deducciones indebidas o pagos incorrectos.

8. DESAFÍOS CONTEMPORÁNEOS A MODO DE CONCLUSIONES

El siglo XXI ha reconfigurado el debate sobre salario en la OIT y vuelve a los orígenes instando a avanzar hacia el salario vital, que ya queda definido desde 2024.

⁴⁹ Ob. cit., p. 4.

Si la OIT nace como consecuencia de la revolución industrial y de la necesidad de una protección de la persona trabajadora, entre ellas, el salario, hoy estamos adentrados en la revolución tecnológica donde nuevamente es necesario mirar hacia la persona trabajadora y garantizarle su salario para su poder tener una vida digna.

Los convenios y directrices históricas de la OIT siguen vigentes, pero se enfrentan a vectores de cambio que exigen una recalibración normativa y técnica. Es necesario un convenio sobre salario vital, pero también afrontar otras materias como son el impacto del salario por la digitalización productiva y economía de plataformas, la inflación persistente y la transición ecológica.

9. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ, Leonardo (coord.): *Estado y Constitución en la República de Weimar*, Madrid, Marcial Pons, 2021.
- CAMPS RUIZ, Luis Miguel: «La protección de los salarios en la historia de la OIT», *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, núm. 147, 2020.
- CASANOVAS Y LA ROSA, Oriol: «En el centenario del Tratado de Versalles», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 71, núm. 1, 2019.
- CASQUETE, Jesús y TAJADURA, Javier (coords.): *La Constitución de Weimar. Historia, política y Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2020.
- CHICHA, Marie Thérèse., OIT: *Promoción de la igualdad de remuneración entre hombres y mujeres por un trabajo de igual valor: una guía para empleadores y sindicatos*, Oficina Internacional del Trabajo, 2008.
- GARCÍA NINET, Jorge ignacio.: «La protección del tiempo de trabajo en la historia de la OIT», *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, núm. 147, 2020.
- GIL Y GIL, José Luis: «La OIT y las migraciones laborales», en *Migraciones internacionales e impacto de la crisis económica: compromisos de la OIT*, José Luis Gil y Gil (dir.), 2013.
- «Justicia social y acción normativa de la OIT», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 3, n.º 4, 2015.
- KAHALE CARRILLO, Djamil Tony: «La ordenación del tiempo de trabajo desde la perspectiva de la OIT», en *La reordenación del tiempo de trabajo*, Maldonado Montoya, Juan Pablo, Marín Moral, Isabel y Sempere Navarro, Antonio Vicente (dir.), vol. 1, 2022.
- OIT, *Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento*, Ginebra, 2022.
- *Informe de la Reunión de expertos sobre políticas salariales, incluidos los salarios vitales del 19-23 de febrero de 2024*, Ginebra 2024.

- OIT, *Pay transparency legislation: Implications for employers' and workers' organizations (informe técnico)*, Ginebra, 2022.
- *Decent Work – Informe del Director General a la 87.ª Conferencia Internacional del Trabajo* 15 Jun 1999.
 - *Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa*, Ginebra 2008.
 - *Global Wage Report 2018/19. What lies behind gender pay gaps*, Ginebra 2018.
 - *Global Wage Report 2020/21. Wages and minimum wages in the time of COVID-19*, Ginebra 2020.
 - *Global Wage Report 2024-2025, Is wage inequality decreasing globally?*, Ginebra 2024.
 - *Guidance note: Wage protection for migrant workers*, Ginebra, 2023.
 - *Informe mundial sobre salarios 2022-2023. El impacto de la inflación y de la Covid 19 en los salarios y el poder adquisitivo*, Ginebra 2023.
 - *La igualdad en el trabajo: un objetivo que sigue pendiente, Informe Global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*, 2011, Ginebra 2012.
 - *Las plataformas digitales y el futuro del trabajo: Cómo fomentar el trabajo decente en el mundo digital*, Ginebra, 2020.
 - *Nota breve. Promoción de pagos de salarios digitales responsables*, Ginebra 2023.
 - *Nota orientativa: Protección del salario de los trabajadores migrantes*, Ginebra 2023.
 - *Promoción de la igualdad de remuneración entre hombres y mujeres por un trabajo de igual valor: una guía para empleadores y sindicatos*, Ginebra 2007.
 - *Promoción del trabajo decente en situaciones de fragilidad, conflicto y desastre: Guía y conjunto de herramientas*. Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra 2022.
 - *World Employment and Social Outlook Trends 2025*, Ginebra 2025.
 - *World Employment and Social Outlook: Trends 2023*, Ginebra 2023.
- RAMOS QUINTANA, Margarita isabel.: «Las mujeres y el futuro del trabajo en el centenario de la OIT», *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. Extra 1, 2019.
- ROJO TORRECILLA, Eduardo: «El trabajo decente en normas y documentos de la OIT», en *Congreso Interuniversitario OIT sobre el futuro del trabajo*/Judith Carreras (comp.), Sabrina Haboba (comp.), Julieta Lobato (comp.), vol. 1, 2021.
- SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente: «Sobre la OIT y su acción normativa», *Aranza-di Social*, núm. 15, 2002.
- VON POTOBsky, GERALDO: «Los trabajadores migrantes y las normas de la OIT», *Revista española de Derecho del Trabajo*, Civitas, n.º 19, 1984.

CAPÍTULO III

EL SALARIO EN ESPECIE

RODRIGO MARTÍN JIMÉNEZ
Profesor Titular de Derecho del Trabajo
Universidad Rey Juan Carlos

1. SENTIDO HISTÓRICO Y SIGNIFICADO ACTUAL

El salario en especie tiene hoy una importancia distinta de la que tuvo históricamente y desempeña y ha desempeñado un papel desigual en relación con el conjunto de percepciones salariales abonadas al trabajador. Una referencia a su origen y a su evolución histórica para avanzar en su sentido y alcance actual resulta muy oportuna.

Como primera aproximación, puede afirmarse que el salario en especie tiene un origen histórico vinculado a la escasez, a entornos laborales y economías rudimentarias o de la época industrial en la que las empresas imponían condiciones laborales hoy abusivas y liberaban una parte del salario mediante el sistema de trueque –*truck system*– que restringía considerablemente la libertad del trabajador para decidir el destino de su salario. Así, puede constatarse que, en épocas de escaso desarrollo económico, con predominio de los trabajos agrícolas, industriales y familiares, la especie ha constituido una importante forma de remuneración, debido en parte a la escasa implantación del papel-moneda como medio generalizado de adquisición de productos y mercancías y, sobre todo, a la necesidad de satisfacer las necesidades alimenticias más

básicas en un contexto de economía de subsistencia. Por eso, la entrega de determinadas especies con fines retributivos (pan, carbón, etc.), más que auténticas formas de retribuir el trabajo, son hoy viejos residuos históricos, cuya pervivencia se debe a la inercia de los sistemas retributivos¹.

Desde una perspectiva histórica, el salario en especie adquiere sentido en economías y sistemas productivos poco desarrollados, debido a la estabilidad y seguridad del valor de los productos, pero también en los sistemas de economía avanzada —particularmente cuando la inflación es elevada— el salario en especie cumple adecuadamente la función remuneratoria que le es propia pues el trabajador deja de asumir el riesgo derivado de las fluctuaciones monetarias². La importancia actual del salario en especie, entendido éste en su sentido histórico de disfrute por el trabajador de prestaciones económicas básicas o vitales (alojamiento, manutención, suministros de productos de primera necesidad, etc.), es puramente marginal o secundaria en el conjunto de las relaciones de trabajo³ según la estructura salarial más generalizada en los convenios colectivos. Sin embargo, en su lugar han cobrado fuerza los incentivos fiscales a distintas percepciones en especie tales como los vehículos en *renting*, los cheques para comer en establecimientos de restauración, los seguros médicos, de vida o accidentes, etc.

2. EL *TRUCK SYSTEM* Y LOS ECONOMATOS LABORALES

La entrega de bienes o servicios con fines retributivos ha sido objeto de una regulación muy cuidadosa y preventiva de los efectos nefastos del *truck system* (antecedente de los economatos de empresa)⁴ que atentaba contra la

¹ En coherencia con este planteamiento, la STSJ País Vasco 15 diciembre de 1998, citada posteriormente por la de la misma Sala y Tribunal de 7 de junio de 2005 (rec. 620/2005) observa lo «desfasado del beneficio discutido (suministro de carbón) en el momento actual».

² Cfr. J. A. FERNÁNDEZ AVILÉS, *Configuración jurídica del salario*, Comares, Granada, 2001, p. 287.

³ F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, «Clases de salarios», en VV. AA, *El salario y las garantías salariales*, Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, CGPJ, Madrid, 1993, p. 65.

⁴ Que el *truck system* (o *truck shop*) es «la nebulosa generatriz de los economatos de empresa» lo explica con singular acierto A. RUBIO ÁLVAREZ en «Economatos laborales: del «Truck Shop» al economato laboral obligatorio», *Revista de Trabajo* n.º 3, 1960. Por su interés, transcribimos a continuación algunos párrafos contenidos en las pp. 63-65: «a principios del siglo XIX, el maquinismo en desarrollo exigió una nueva localización de los centros de trabajo, acercándolos a las fuentes de energía primaria —el río, la mina. Este hecho provocó en muchos casos un relativo aislamiento de dichos centros, un alejamiento de los núcleos de población, que obligó al patrono a crear los indispensables almacenes propios de víveres para atender al consumo de sus trabajadores. En estas condiciones, y dado que las circunstancias de la época imponían al trabajador la necesidad de invertir la casi totalidad de sus jornales en los víveres que le proporciona(ba) dicho almacén empresarial, al patrono se le aparec(ió) como natural simplificar los elementos de la relación laboral concediendo directamente los víveres a cambio del trabajo. ¿Para qué hacer

libertad alimenticia del trabajador al obligarle a adquirir productos en tiendas regentadas o controladas por el propio empresario mediante la entrega de vales emitidos por éste⁵. Se acentuaba así la dependencia laboral y personal del trabajador respecto del empresario y, por consiguiente, la consolidación de relaciones de subordinación o sometimiento de aquél respecto de éste «de forma similar a como el siervo de la gleba había estado unido al señor en épocas anteriores»⁶. El *truck system* combinaba «la carestía de los productos vendidos (aparte de su mala calidad usual) con un bajo nivel de salarios y con un sistema de anticipos a cuenta de éstos (de tal forma que) el trabajador resultaba estar ligado no tan sólo por un contrato de trabajo, sino por una relación civil adicional de deuda, de liberación difícil y penosa por el rigor de su ejecución si era exigida judicialmente, especialmente mientras fue posible la prisión por

intervenir el dinero si no cabía esperar ni ahorro ni otra inversión del mismo que no fuese la adquisición de artículos de primera necesidad? (...).

Así surge el *truck system* como un medio más del «régimen de sudor»: y el *company store* o tienda de trueque de esfuerzo humano por pan, en no importa qué condiciones. En estos almacenes patronales hallamos la ingrata prefiguración de los economatos.

En los abusos del *truck* se llega al extremo de suprimirse el almacén —en donde al menos, se concedía una cierta variedad de objetos de consumo directo— y el salario se paga en los géneros de fabricación del propio empresario: el fabricante de paños liquida sus deudas laborales con metros de tejido; el de relojes, cediendo sus aparatos en prudente dosificación. Ha de pensarse en las suplementarias fatigas del trabajador para deshacerse de estos objetos y obtener lo que precisa para subsistir.

Existiendo de antiguo en Inglaterra leyes contra el pago en especie, el patrono del *truck* las burla de diversas formas: satisfaciendo el jornal en bonos de obligada inversión en establecimientos donde él, o algún pariente, tiene intereses; abonándolo en dinero, pero con la obligación, más o menos expresa, de invertirlo en determinada forma y lugar, etc. Incluso cualquier capataz obliga oscuramente a sus obreros, en la ignorancia a veces del propio patrono, a consumir en tiendas en que aquél posee intereses.

Contra todos estos abusos reaccionó la conciencia social inglesa, cuando al contemplarse se halló tan ennegrecida como sus valles mineros. En 1831 se publica la primera *truck-act*, en que se obliga con carácter de generalidad —las medidas anteriores contra el pago en especie eran de aplicación parcial en determinadas ramas de la industria— al pago en moneda de curso legal (...).

Gracias a disposiciones complementarias y a la presión de las *unions*, el *truck-system* va desapareciendo. En los demás países europeos también las legislaciones atacan el problema (...). En España, la primera disposición anti-*truck* data de 1907 (RD de 18 de julio).

Durante toda la turbia época laboral que describimos, el economato que puede considerarse como tal, es decir, el establecimiento patronal creado con intención de mejorar la situación del obrero, coexiste con el *truck-shop*. En otros casos es el resultado de la adaptación de este último a las condiciones que las leyes contra el *truck* imponen a los almacenes patronales para tolerar su existencia».

⁵ A estos efectos, «deberá prohibirse el pago con pagarés, vales, cupones o en cualquier otra forma que se considere representativa de la moneda de curso legal». *Vid.* también art. 26 Convenio OIT n.º 110, de 4 de junio de 1958 (en vigor desde el 22 de enero de 1960), relativo a las condiciones de empleo de los trabajadores de las plantaciones. Esta prohibición, como se desprende del propio Convenio, en modo alguno afecta a las «especies» sustitutivas de (y absolutamente equivalentes a) la moneda de curso legal: cheques, transferencias, etc.

⁶ J. M. SÁNCHEZ-CERVERA SENRA, «Los salarios en especie», en *Dieciséis Lecciones sobre salarios y sus clases*, Departamento de Derecho del Trabajo (Seminario de Derecho del Trabajo), Facultad de Derecho, Universidad de Madrid, Madrid, 1971, pp. 220 y 221.

deudas»⁷. Por eso, los autores de la época no tardaron en certificar que el auténtico salario era el abonado en metálico (o en numerario)⁸, en coherencia con la idea de que sólo el pago en dinero concede al trabajador verdadera libertad en orden a la disposición del fruto de su labor⁹, al ser el medio más generalizado y universalmente aceptado para realizar transacciones de toda clase: sólo el dinero cumple la función económico-social propia del salario ya que, a diferencia de las especies, proporciona liquidez al trabajador a fin de poder subvenir a sus necesidades materiales y, en este sentido, el valor que representa es conocido por todos, a diferencia de lo que sucede con el salario en especie, cuya valoración –sin perjuicio de que pudiera ser estable– está sujeta a unas reglas que pueden ser ignoradas por (y, por tanto, no seguras para) el trabajador¹⁰. En este mismo sentido, el art. 6 del Convenio n.º 95 de la OIT aconseja a los Estados –y a los interlocutores sociales– la prohibición a los empleadores de limitar de cualquier forma la libertad del trabajador de disponer de su salario.

La primera norma anti-*truck* es en nuestro país el RD del Ministerio de la Gobernación de 18 de julio de 1907, que prohibió el establecimiento de cantinas¹¹ pertenecientes a los patronos o a representantes suyos (capataces y, en general, personas que tuviesen por razón del trabajo alguna autoridad sobre los empleados) en fábricas, minas o explotaciones de cualquier clase, y ordenó que el pago del salario se hiciese en moneda de curso legal y en lugar adecua-

⁷ M. ALONSO OLEA, «La revolución industrial y la emergencia del Derecho del Trabajo», *Revista de Trabajo* n.º 32, 1970, pp. 18 y 19.

⁸ Ya señalaba E. PÉREZ BOTIJA que en la distinción entre salario en metálico y en especie, «el primero (es) el más corriente hoy en día y el más sencillo de computar. El salario en especie fué el primitivo, habiendo quedado actualmente relegado casi únicamente a la agricultura (...) casi todas las disposiciones sobre retribuciones del trabajador se refieren al metálico, que es el salario por excelencia»; *vid. Curso de Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 1948, p. 203.

⁹ Esta idea, en A. RUBIO ÁLVAREZ, «Economatos laborales: del «Truck Shop» al economato laboral obligatorio», *Revista de Trabajo* n.º 3, 1960, p. 66. También, L. E. DE LA VILLA GIL: «El trabajador suele entender, al margen de categorizaciones jurídicas propias de los técnicos, que su «salario» es lo que en verdad percibe materialmente, el dinero que encuentra en el sobre, la cifra que figura en el talón bancario o la cantidad que le es transferida a su entidad de crédito»; *vid. «Descuentos sobre la percepción total bruta del trabajador»*, en *Estudios sobre el salario*, ACARL, Madrid, 1993, p. 637.

¹⁰ En este sentido, razonaba C. GARCÍA OVIEDO a la altura de 1934 que «en lo económico, el pago del salario en especie se presta al fraude. Las mercancías carecen del valor exacto y preciso del numerario. Sus precios oscilan, lo que no el metálico. Además, carecen de la flexibilidad del dinero, insuperable e insustituible como instrumento de cambio. En lo moral, contraría considerablemente el espíritu de previsión y de economía del obrero. Destinado el producto directamente al consumo, es una tentación para efectuarlo. Por su propia índole no es susceptible del acopio ni de la colocación que para el ahorro brinda el dinero». *Vid. Tratado elemental de Derecho Social*, 1.ª ed., Librería general de Victoriano Suárez, Madrid, 1934, p. 195.

¹¹ No tenían la consideración de tales los economatos laborales, exceptuados de esta prohibición.

do¹² (art. 1). Esta prohibición se incorporó años más tarde –y prácticamente en los mismos términos– al Código del Trabajo de 1926¹³, de donde pasó a la LCT de 1931¹⁴ y luego a la de 1944 (arts. 49 y 50). Finalidad primordial de esta previsión era, como es lógico, evitar la sustitución, total o parcial, del salario monetario por especies distintas del dinero, a fin de que no mermase la capacidad adquisitiva del trabajador.

Fue también el temor fundado a los peligros del *truck system* lo que propició que uno de los trabajos en los que pudo, como sucedió en el campo, consolidarse el salario en especie como forma típica (aunque no única) de retribución –el trabajo a domicilio o *sweating-system*¹⁵– no pudiera remunerarse mediante el abono de prestaciones en especie según la regulación contenida en el RD de 26 de julio de 1926: «el pago de las retribuciones ha(brá) de hacerse por entregas, o a lo sumo por semanas, y en metálico, sin descuento alguno por razón de suministro de materiales o ventas a crédito de objetos de comercio del patrono o por otra causa cualquiera»¹⁶. Esta regulación no fue sino el antecedente inmediato a la regla general de abono de los salarios en moneda de curso legal, contenida en el Libro I del Código de Trabajo¹⁷, si bien en cierto tipo de trabajos como los de aprendizaje patrono y aprendiz podían pactar que el alojamiento, la alimentación y el vestido corriesen a cargo de aquél, debiendo ser el higiénico el primero y suficiente y correcta la alimentación y el vestido¹⁸.

¹² El pago del salario no podía efectuarse, como decía el art. 1 del Real Decreto, en lugares de recreo, o en tabernas, cantinas o tiendas del empresario. El art. 46 3.º LCT 1931 ya establecía la prohibición del pago del salario en lugares de recreo, tabernas, cantinas o tiendas, salvo que se trate de obreros empleados en alguno de estos establecimientos. El art. 13.2 del Convenio n.º 95 de la OIT establece, por su parte, el deber de «prohibir el pago del salario en tabernas u otros establecimientos similares y, cuando ello fuere necesario para prevenir abusos, en las tiendas de venta al por menor y en los centros de distracción, excepto en el caso de personas empleadas en dichos establecimientos». (Esto es otra cosa).

¹³ El art. 13 del Código de Trabajo imponía, además –en la línea marcada por el Real Decreto de 1907– el pago de los salarios en moneda de curso legal.

¹⁴ Según el art. 41 de la Ley, habría de tenerse por nula toda condición que, directa o indirectamente, obligue a los obreros a adquirir los objetos de su consumo en tiendas o lugares determinados; por otro lado, el art. 46.3.º de la Ley establecía que el pago del salario no podía efectuarse en lugares de recreo, tabernas, cantinas o tiendas (para «privar de tentación para gastar al obrero», como diría C. GARCÍA OVIEDO en su *Tratado elemental de Derecho Social*, 1.ª ed., Librería general de Victoriano Suárez, Madrid, 1934, p. 198) salvo cuando se trate de obreros empleados en alguno de estos establecimientos.

¹⁵ Cfr. M. GONZÁLEZ-ROTHVOSS, J. CASAIS Y SANTALÓ y L. MARTÍN GRANIZO, *Leyes Sociales*, Reus, Madrid, 1927, p. 96.

¹⁶ M. GONZÁLEZ-ROTHVOSS, J. CASAIS Y SANTALÓ y L. MARTÍN GRANIZO, *Leyes Sociales*, Reus, Madrid, 1927, p. 99.

¹⁷ Cfr. M. GONZÁLEZ-ROTHVOSS, J. CASAIS Y SANTALÓ y L. MARTÍN GRANIZO, *Leyes Sociales*, Reus, Madrid, 1927, p. 109.

¹⁸ M. GONZÁLEZ-ROTHVOSS, J. CASAIS Y SANTALÓ y L. MARTÍN GRANIZO, *Leyes Sociales*, Reus, Madrid, 1927, p. 115.

En cuanto a los economatos laborales su regulación tiene origen en los arts. 50 y 51 de la LCT de 1944 y se contiene hoy en el Decreto de 21 de marzo de 1958, desarrollado por Órdenes de 14 de mayo y 12 de junio de 1958, sobre normas complementarias de Economatos Laborales, si bien ya en el Código del Trabajo de 1926 puede encontrarse la primera referencia normativa a ellos¹⁹. Como excepción a la prohibición de establecimiento en las fábricas, obras y explotaciones de cualquier clase, de tiendas, cantinas o expendedurías pertenecientes a los empresarios, capataces o representantes suyos o a personas que tuviesen por razón del trabajo alguna autoridad sobre los trabajadores de la industria respectiva (art. 50 de la LCT de 1944), la legislación permitía la constitución de «economatos organizados por los empresarios para surtir a los obreros que empleen (de) géneros a precio de coste» (art. 41. 3.^a de la LCT de 1944). Evidentemente, la adquisición de productos a bajo coste era —y es en la actualidad— voluntaria, no pudiendo el empresario «ejercer ninguna coacción sobre los trabajadores interesados para que utili(zasen) estos economatos»²⁰. Los economatos laborales pueden constituirse, según el art. 1 del Decreto de 1958, por una o más empresas «sin aportación alguna de capital por sus trabajadores, ni ánimo de lucro»²¹ (...) para facilitar a éstos y a sus familiares en las mejores condiciones posibles de calidad y precio, los artículos de consumo más usuales y necesarios, a fin de defender el poder adquisitivo de los sueldos y salarios y colaborar en el mantenimiento de los precios y eventualmente en la ordenada y rápida distribución de dichos artículos». Esta constitución era obligatoria para «toda Empresa de cualquier ramo de la producción con más de 500 trabajadores, y aquellas de menos de 500 a las que la Dirección General de Trabajo, previo informe de la Delegación Provincial correspondiente, en atención a sus circunstancias lo impongan» (art. 2 Decreto

¹⁹ El Libro III del Código del Trabajo, sobre disposiciones fundamentales en materia de accidentes del trabajo, contiene, en efecto, la primera regulación de los economatos que, como excepción a la regla prohibitiva de imposición a los trabajadores de la obligación de «adquirir los objetos de su consumo en tiendas o lugares determinados» (Libro I, donde genéricamente se prohíbe el establecimiento en las fábricas y explotaciones de tiendas o cantinas que pertenezcan a los patronos o capataces; cfr. M. GONZÁLEZ-ROTHVOSS, J. CASAIS Y SANTALÓ y L. MARTÍN GRANIZO, *Leyes Sociales*, Reus, Madrid, 1927, p. 109), contiene ya los elementos básicos que se consolidarían en regulaciones posteriores: libre utilización por los trabajadores, publicidad de las condiciones de venta de los artículos, identidad entre el precio de coste de los productos y el de venta; en fin, intervención de los trabajadores en la administración del economato.

²⁰ Art. 7.1 Convenio n.º 95 de la OIT.

²¹ En este sentido, el art. 15 del Decreto exigía que los precios de venta de los productos fuesen los de costo: el precio de adquisición, los gastos de transporte hasta el economato, los arbitrios municipales y provinciales, los redondeos centesimales y las mermas previsibles.

de 1958)²². Sobre los economatos laborales se ejercía un férreo control administrativo desde el mismo momento de su constitución (que debía ser autorizada por la Dirección General de Trabajo, según el art. 7 Decreto de 1958) y hasta su disolución (que también debía ser acordada por la Dirección General de Trabajo, previo informe de la Delegación Provincial correspondiente, según el art. 8 Decreto de 1958) como se desprende de la lectura de los arts. 4 y 10 y ss. del Decreto²³. Los economatos, hecho notorio es, están en declive, como lo muestra el Convenio colectivo para el personal laboral de puertos del Estado y Autoridades portuarias²⁴ que, dentro de la acción social (cap. IX), prevé la eliminación de comedores y economatos. No obstante, es posible aún encontrar algún convenio que prevé su establecimiento (*rectius*, mantenimiento; así, el convenio colectivo estatal para la industria química²⁵, en su art. 68, dentro del Cap. XI relativo al régimen asistencial).

En cuanto a la consideración de los productos adquiridos por el trabajador como salario en especie, debe decirse que el pago del salario en metálico y la distribución²⁶ (o suministro²⁷) de productos a través del economato eran actos radicalmente independientes, de tal forma que los eventuales anticipos a cuenta del salario (art. 57 LCT 1944) no podían compensarse con el suministro de productos en especie procedentes del economato²⁸. Por consiguiente, desde una perspectiva teórica la entrega de productos no puede considerarse como pago (o liquidación) de una parte del salario, en tanto por tales productos el trabajador debe abonar su precio de costo (art. 15 Decreto de 1958); desde un punto de vista práctico, en cambio, la adquisición de productos en el economato supone un ahorro efectivo y, por tanto, un medio indirecto de pago de gran utilidad (por

²² La Orden de 30 de enero de 1941 ya imponía su establecimiento obligatorio para ciertas empresas: minas de carbón, minas en general de las provincias de Bilbao, Santander, Jaén, Almería, Huelva, Murcia y Sevilla, ferrocarriles, contratas de obras públicas, fábricas de cemento e industrias textiles de capitales de provincia o poblaciones de más de 20.000 habitantes, en fin, industrias siderometalúrgicas con más de 50 trabajadores, *apud.* E. PÉREZ BOTIJA, *Curso de Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 1948, p. 204.

²³ Sobre esta cuestión, J. M. SÁNCHEZ-CERVERA SENRA, «Los salarios en especie», en *Dieciseis Lecciones sobre salarios y sus clases*, Departamento de Derecho del Trabajo (Seminario de Derecho del Trabajo), Facultad de Derecho, Universidad de Madrid, Madrid, 1971, pp. 226 y 227.

²⁴ Res. DGT 11 de agosto de 1995 (BOE del 31).

²⁵ Res. DGT 7 de junio de 2001 (BOE del 26).

²⁶ Decía el art. 11 d) Decreto de 21 de marzo de 1958 que la empresa o empresas que constituyan el economato responderán «de la distribución inmediata y exacta de dichos artículos entre los trabajadores y beneficiarios sin establecer categorías o preferencia de clase alguna».

²⁷ El art. 4 b) Decreto de 21 de marzo de 1958 exigía «libertad absoluta de los trabajadores para aceptar los suministros». De suministros también hablaba el art. 14 del Decreto al restringirlos a los propios trabajadores (o beneficiarios) de la empresa o empresas.

²⁸ Cfr. A. RUBIO ÁLVAREZ, «Economatos laborales: del "Truck Shop" al economato laboral obligatorio», cit., p. 68.

el valor estable y seguro de los productos) para el trabajador²⁹. En este sentido, la utilidad de los productos adquiridos en los economatos por los trabajadores en un contexto económico de escasez de productos básicos justificaba, desde luego, el establecimiento de aquéllos con una finalidad retributiva³⁰ o, cuando menos, de satisfacción de necesidades básicas del trabajador y de su familia, bien entendido que, lejos de perturbar la libertad de disposición del salario por el trabajador, permitía a éste obtener de sus remuneraciones una utilidad (o un rendimiento) superior a la proporcionada por el salario en metálico. Sin embargo, no puede olvidarse que la exigencia de atribución de valores económicos *ad personam* – rasgo inequívoco del salario – aparece en estos casos más que difuminado pues, de un lado, la cuantía del salario no puede hacerse depender de factores tales como la decisión del trabajador de adquirir estos productos y, de otro, no hay vinculación de ninguna clase entre el beneficio económico (diferencia entre el precio de los productos en el mercado y el del economato) y la prestación laboral; por esta razón, algún autor mostró sus dudas acerca del carácter salarial de los productos obtenidos en los economatos³¹. En efecto, el mayor rendimiento o la mayor utilidad que el trabajador podía obtener de su salario en metálico mediante la adquisición de los productos del economato no podía (ni puede hoy) identificarse con el salario en especie, pues no puede olvidarse es hoy, como entonces, una forma de remuneración del trabajo consistente en la entrega por el empresario de bienes, servicios o derechos en especie como contraprestación directa del trabajo realizado, lo que se diferencia de la adquisición de productos a cambio de un precio que, aunque inferior al de mercado, es –junto al mero hecho de ser trabajador– la causa de dicha adquisición.

Como herencia de los economatos, los convenios colectivos contienen aún previsiones específicas relativas a la adquisición por los trabajadores de productos a precios rebajados. Así, el IV Convenio colectivo estatal de comercio minorista de droguerías y perfumerías³², en cuyo art. 55 se reconoce a todas las personas trabajadoras el derecho «a la adquisición de los productos, para su uso personal y doméstico, puestos a la venta en sus empresas respecti-

²⁹ Como indicó en su momento A. RUBIO ÁLVAREZ, «Economatos laborales: del "Truck Shop" al economato laboral obligatorio», *Revista de Trabajo* n.º 3, 1960, pp. 66 y 67, «el valor de un salario fijado y satisfecho en moneda (era) a menudo más inestable y engañoso que (el) fijado en cualquier clase de artículos de consumo (...). Hasta tal punto esto es así, que las más avanzadas legislaciones se han visto obligadas a referirse a los artículos de consumo cuando han intentado mantener en un valor real los salarios reglamentarios o convencionales. El salario real garantizado con referencia a un presupuesto-tipo de consumo familiar no es otra cosa que un salario en especie garantizado».

³⁰ Téngase en cuenta, en este sentido, la referencia expresa a los economatos contenida en el art. 7 del Convenio n.º 95 de la OIT, relativo a la protección del salario.

³¹ L. E. DE LA VILLA, *Apuntes de Cátedra* (ejemplar mecanografiado, aprox. 1971), p. 377.

³² BOE de 20 de diciembre de 2024.

vas disfrutando de un descuento del diez por ciento sobre el precio de venta al consumidor/a» y «En los productos sujetos a liquidación o en promociones especiales, se fijarán a nivel de empresa los descuentos a aplicar a los empleados/as y los topes máximos en su caso de compra, sin que el precio aplicable pueda ser superior al ofrecido al cliente ni inferior al permitido por la legislación comercial en relación a la venta a pérdida», estableciéndose «A nivel de empresa podrá acordarse con la representación de las personas trabajadoras un tope máximo anual de compra en productos por empleado/a». Otro ejemplo puede verse en el convenio colectivo estatal para las empresas del comercio de flores y plantas³³ (art. 35) que otorga el derecho «a la adquisición de los productos, para su uso personal, puestos a la venta en sus empresas respectivas disfrutando de un descuento del 20% sobre el precio de venta al público».

3. EVOLUCIÓN NORMATIVA

La evolución de las normas laborales muestra que la regulación del salario en especie no ha permanecido inmutable a lo largo del tiempo.

3.1 Ley de Accidentes de Trabajo de 1900 y normas de desarrollo

El art. 11 de la vieja Ley de Accidentes de 30 de enero de 1900 disponía que «para el cómputo de las obligaciones establecidas en esta ley, se entenderá por salario el que efectivamente reciba el obrero en dinero ó en otra forma, descontándose los días festivos»³⁴. Por su parte, el art. 3 del Reglamento de desarrollo de la LAT, aprobado por RD de 28 de julio de 1900³⁵, identificaba esta «otra forma» con la especie a que se refiere el vigente art. 26 ET: «Para fijar el salario

³³ BOE de 3 de septiembre de 2021.

³⁴ El texto puede consultarse en A. MARTÍN VALVERDE, F. VALDÉS DAL-RÉ. M. C. PALOMEQUE LÓPEZ, M. E. CASAS BAAMONDE, F. PÉREZ-ESPINOSA y J. GARCÍA MURCIA, *La legislación social en la historia de España. De la Revolución liberal a 1936*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1987, p. 256. Por su parte, la LAT de 10 de enero de 1922 definía el salario (art. 10) como «la remuneración o remuneraciones que efectivamente gane el obrero, en dinero o en cualquier otra forma, por el trabajo que ejecute por cuenta del patrono a cuyo servicio esté cuando el accidente ocurra, ya sean aquéllas en forma de salario fijo o destajo, manutención, habitación o cualquier otra remuneración de igual naturaleza». *Vid. op. cit.*, p. 278.

³⁵ En idénticos términos, cfr. art. 8.1.º del RD 29 de diciembre de 1922, por el que se aprueba el Reglamento provisional de la LAT de 1922. *Vid.* A. MARTÍN VALVERDE, F. VALDÉS DAL-RÉ. M. C. PALOMEQUE LÓPEZ, M. E. CASAS BAAMONDE, F. PÉREZ-ESPINOSA y J. GARCÍA MURCIA, *La legislación social en la historia de España. De la Revolución liberal a 1936*, cit., p. 282.

que el obrero no percibe en dinero, sea en especie, en uso de casa habitación ó en otra forma cualquiera, se computará dicha remuneración con arreglo á su promedio de valor en la localidad»³⁶. La separación entre el salario «en especie» y el percibido «en uso de casa habitación» podría interpretarse en el sentido que éste y aquél eran formas de retribución distintas, o bien que, ejemplificativamente, éste era una forma o modalidad de aquél. La primera interpretación nos parece más lógica si se tiene en cuenta, como veremos, que la especie, consiste normalmente en la entrega de bienes y servicios útiles para el trabajador con independencia del trabajo realizado, mientras que la casa habitación, sin perjuicio de su calificación como salario o como percepción extrasalarial, se halla ligada al tipo de trabajo, aproximándose más a una condición o instrumento necesario para la adecuada ejecución de la prestación laboral que a una forma retributiva en especie. Específicamente para el ramo de la guerra, disponía el art. 6 del Reglamento de aplicación de la LAT de 1900 a este ramo, aprobado por RD de 26 de marzo de 1902, que «cuando el obrero lesionado no perciba en metálico y en mano todo su salario, sino que se consideren comprendidos en él la manutención, indumentaria y otros gastos, como acontece a los individuos de tropa en activo servicio, se regulará el salario por el haber íntegro que abone el Estado, más el plus o gratificación que reciba por el trabajo que ejecute»³⁷.

3.2 Código del Trabajo de 1926

El art. 169 del Código de Trabajo, aprobado por RD Ley de 23 de agosto, recogiendo la normativa (sobre todo en materia de accidentes) referida al salario, definía a éste como «la remuneración o remuneraciones que efectivamente gane el obrero, en dinero o en cualquier otra forma, por el trabajo que ejecuta por cuenta del patrono a cuyo servicio esté cuando el accidente ocurra, ya sea por horas extraordinarias, o bien por primas de trabajo, manutención, habitación u otra remuneración de igual naturaleza»³⁸. Idéntica redacción se mantu-

³⁶ Vid. A. MARTÍN VALVERDE, F. VALDÉS DAL-RÉ, M. C. PALOMEQUE LÓPEZ, M. E. CASAS BAA-MONDE, F. PÉREZ-ESPINOSA y J. GARCÍA MURCIA, *La legislación social en la historia de España. De la Revolución liberal a 1936*, cit., p. 258. Nótese que este precepto distingue a la especie de la casa-habitación, como si ésta no formase parte de aquélla.

³⁷ Vid. A. MARTÍN VALVERDE, F. VALDÉS DAL-RÉ, M. C. PALOMEQUE LÓPEZ, M. E. CASAS BAA-MONDE, F. PÉREZ-ESPINOSA y J. GARCÍA MURCIA, *La legislación social en la historia de España. De la Revolución liberal a 1936*, cit., p. 263.

³⁸ A. MARTÍN VALVERDE, F. VALDÉS DAL-RÉ, M. C. PALOMEQUE LÓPEZ, M. E. CASAS BAA-MONDE, F. PÉREZ-ESPINOSA y J. GARCÍA MURCIA, *La legislación social en la historia de España. De la Revolución liberal a 1936*, cit., p. 474.

vo en el Decreto de 28 de agosto de 1931, para aplicar a la agricultura la LAT de 1922 (art. 50)³⁹, en el Decreto de 8 de octubre de 1932, por el que se aprobó el Texto Refundido sobre accidentes de trabajo (art. 22)⁴⁰ y en el Decreto de 31 de enero de 1933, por el que se aprobó el Reglamento de accidentes de trabajo en la industria (art. 37)⁴¹.

3.3 Ley de Contrato de Trabajo de 1931

El art. 27 de la LCT de 1931⁴² consideraba salario «la totalidad de los beneficios que obtenga el trabajador por sus servicios u obras; no sólo lo que reciba en metálico o en especie, como retribución directa e inmediata de su labor, sino también las indemnizaciones por espera, por impedimento o interrupciones del trabajo, cotizaciones del patrono para los seguros y bienestar, beneficios a los herederos y conceptos semejantes»⁴³. Desde luego, el abono del salario no podía realizarse íntegramente en especie, tal y como se desprendería del art. 46 *a contrario*⁴⁴.

³⁹ Cfr. A. MARTÍN VALVERDE, F. VALDÉS DAL-RÉ, M. C. PALOMEQUE LÓPEZ, M. E. CASAS BAAMONDE, F. PÉREZ-ESPINOSA y J. GARCÍA MURCIA, *La legislación social en la historia de España. De la Revolución liberal a 1936*, cit., Madrid, 1987, p. 922.

⁴⁰ A. MARTÍN VALVERDE, F. VALDÉS DAL-RÉ, M. C. PALOMEQUE LÓPEZ, M. E. CASAS BAAMONDE, F. PÉREZ-ESPINOSA y J. GARCÍA MURCIA, *La legislación social en la historia de España. De la Revolución liberal a 1936*, cit., Madrid, 1987, p. 939.

⁴¹ A. MARTÍN VALVERDE, F. VALDÉS DAL-RÉ, M. C. PALOMEQUE LÓPEZ, M. E. CASAS BAAMONDE, F. PÉREZ-ESPINOSA y J. GARCÍA MURCIA, *La legislación social en la historia de España. De la Revolución liberal a 1936*, cit., Madrid, 1987, p. 952.

⁴² Interpretando este precepto, decía C. GARCÍA OVIEDO, *Tratado elemental de Derecho Social*, 1.ª ed., Librería general de Victoriano Suárez, Madrid, 1934, p. 198: «Resulta, pues, según la ley (de Contrato de Trabajo de 1931), que salario es el conjunto de los beneficios económicos que ha de obtener el obrero en la empresa donde presta sus servicios y que, al menos, una parte de él puede consistir en especie.

Y el art. 46 agrega que «el pago de la parte en numerario del salario habrá de hacerse en moneda de curso legal». «¿Quiere esto decir que la ley autorice el *truck system*, al menos en una parte del salario?» Hinojosa no lo piensa así. Cree que, según la ley, el salario, en sentido estricto, ha de abonarse precisamente en metálico y que esto implica la absoluta prohibición del *truck system*. Hubiera sido, sin embargo, preferible que la ley hubiese expresado más explícitamente, como lo hizo el Código de Trabajo. Estimamos, no obstante, que la recta interpretación de la ley es la de distinguir entre el conjunto de los beneficios económicos reconocidos al obrero en la industria y el salario en sentido estricto, y que éste es el que ha de pagarse precisamente en metálico»

⁴³ Como indica R. MARTÍNEZ EMPERADOR, «para la Ley de 1931 (...) el salario abarcaba la totalidad de contraprestaciones económicas que fueran debidas al trabajador por los servicios realizados o por estar a disposición del empresario para atender el débito laboral, con inclusión no sólo de las directa o indirectamente remuneratorias, sino también de aquellas otras que obligatoriamente había de satisfacer el empleador a efectos de los entonces incipientes Seguros Sociales». Vid. «La nueva regulación del salario», en E. Borrajo (dir.), *Comentarios a las Leyes laborales. La reforma del Estatuto de los Trabajadores. El nuevo régimen jurídico del salario*, tomo I, vol. 1.º, EDESA, Madrid, 1994, p. 15.

⁴⁴ «El pago de la parte en numerario del salario habrá de hacerse en moneda de curso legal». Las cursivas son nuestras.

3.4 Ley de Contrato de Trabajo de 1944

En parecidos términos, aunque con mayor detalle, el art. 37 de la LCT de 1944 identificaba como salario a «la totalidad de los beneficios que obtenga el trabajador por sus servicios u obras, no sólo lo que reciba en metálico o en especie como retribución directa e inmediata de su labor, sino también las indemnizaciones por espera, por impedimentos o interrupciones del trabajo, así como la obtenida por uso de casa-habitación, agua, luz, manutención y conceptos semejantes, siempre que se obtengan por razón o en virtud del trabajo o servicio prestado»⁴⁵. Como sucedía con el RAT de 1900, la LCT de 1944 parece distinguir las percepciones salariales en especie *stricto sensu* (las que el trabajador adquiere en propiedad) de aquellas otras, también en especie, consistentes en el uso o en el disfrute de bienes y servicios de carácter básico e indispensable. Fuera del concepto de salario se situaban las cotizaciones empresariales a los Seguros Sociales, lo que no impidió el mantenimiento, en términos generales, de un concepto amplio de salario al incluir en él no sólo las percepciones económicas con causa directa en el trabajo, sino también las remuneraciones «indirectas» devengadas en tiempo de descanso⁴⁶. El art. 37 de la LCT de 1944 no establecía, a diferencia de lo que sucedía en la LCT de 1931 y sucede hoy en el actual art. 26.1 ET (procedente, a su vez, de la regulación contenida en la Orden de 29 de noviembre de 1973⁴⁷), un límite máximo para las percepciones (salariales) en especie –admitidas por el art. 1 de la LCT («sea la que fuere la clase o forma de» remuneración)– de tal forma que el salario podía ser abonado íntegramente en especie⁴⁸. La concurrencia de las remuneraciones debidas directa o indirectamente al trabajo con otros beneficios de carácter social o asistencial no impidió, sin embargo, que la doctrina de la época situase a estos últimos fuera de la órbita del salario⁴⁹.

⁴⁵ Esta misma definición puede encontrarse también en las Reglamentaciones y Ordenanzas de trabajo. Vid., por ejemplo, la General del Trabajo en el Campo, aprobada por OM de 1 de julio de 1975 (BOE del 5).

⁴⁶ R. MARTÍNEZ EMPERADOR, «La nueva regulación del salario», en E. Borrajo (dir.). *Comentarios a las Leyes laborales. La reforma del Estatuto de los Trabajadores. El nuevo régimen jurídico del salario*, tomo I, vol. 1.º, EDESA, Madrid, 1994, p. 15.

⁴⁷ Según el art. 5 de la Orden de desarrollo del Decreto sobre Ordenación del Salario de 17 de agosto de 1973, «en las percepciones en especie, cualquiera que sea su modalidad, la cuantía de esta clase de salarios no podrá exceder del 30 por 100 del salario total resultante de la suma del importe del salario en dinero y del salario en especie».

⁴⁸ Vid. STS 27 de noviembre de 1962.

⁴⁹ Así, J. GARCÍA ABELLÁN, en relación con las «compensaciones a las que no es posible (...) atribuir estimación retributiva, aunque constituyan un incremento patrimonial para el trabajador por causa del trabajo, o traten de evitarle un daño». Vid. «Problemas jurídico-laborales de la retribución en especie», *AUM*, vol. XVIII, n.º 2, curso 1959-1960, pp. 258 y 259.

Específicamente en relación con la casa-habitación (internado o *living in*⁵⁰), el art. 48 de la LCT de 1944 disponía que «si el trabajador fuer(a) admitido a vivir en la casa del patrono o a cargo de la Empresa, o a ser sustentado por ella, las condiciones del local, dormitorios y comidas habr(í)an de ser las adecuadas a su situación, estado y exigencias de la moralidad y de la higiene»; por su parte, el art. 52 de la misma Ley ordenaba acreditar al empresario que, «en relación con el trabajo, alquilara al trabajador una vivienda (...) la libre aceptación de éste», debiendo calcularse el importe del alquiler «con moderación y tan solo para asegurar el interés legal del capital invertido en las edificaciones», que, en terminología de la época, «responderán, además, a las exigencias de la moralidad y de la higiene»; en fin, el art. 53 de la LCT admitía también la posibilidad –conectada siempre con la celebración del contrato de trabajo y, lo que era más importante, con su duración– de cesión al trabajador de un terreno para su cultivo, mediando o no renta, debiendo ser en este último caso «equitativ(a), no excediendo en ningún caso a (la) usual de la comarca».

Estas previsiones, explicables en un contexto económico con predominio de los trabajos agrícolas y familiares, en el que la moneda de curso legal bien podía ser sustituida (incluso totalmente durante la vigencia de la LCT de 1944 y hasta el Decreto de Ordenación del Salario de 1973) por medios de pago en especie –singularmente aquellos destinados a proporcionar alojamiento y sustento al trabajador– pierde con el paso del tiempo su sentido debido a la complejidad y al alto grado de tecnificación de los sistemas económicos y productivos y, sobre todo, a la consolidación y generalización de la moneda de curso legal como medio universalmente admitido para operar en el tráfico jurídico de adquisición de bienes y servicios de toda clase. No puede olvidarse, por otra parte, que la empresa se configuraba en las Leyes como una unidad de intereses plurales, singularizados en los del patrono, los de los trabajadores y los del Estado⁵¹. Nada de extraño tenía entonces la obligación de ciertas empresas de –con las debidas cautelas a fin de evitar los efectos del conocido *truck system*– constituir economatos laborales en aras a la satisfacción de las necesidades más básicas de los trabajadores.

⁵⁰ Cfr. E. PÉREZ BOTIJA, *Curso de Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 1948, p. 204, en nota.

⁵¹ Como establecía la Declaración VIII del Fuero del Trabajo, «2. La Empresa, como unidad productora, ordenará los elementos que la integran en una jerarquía que subordine los de orden instrumental a los de categoría humana y todos ellos al bien común. 3. La dirección de la empresa será responsable de la contribución de ésta al bien común de la economía nacional. 4. El beneficio de la empresa, atendido un justo interés del capital, se aplicará con preferencia a la formación de las reservas necesarias para su estabilidad, al perfeccionamiento de la producción y al mejoramiento de las condiciones de trabajo y vida de los trabajadores».

3.5 Decreto 1844/1960

La regulación en 1938 y en 1958 de los comedores y de los economatos, respectivamente, propició que el Decreto 1844/1960, de 21 de septiembre⁵², vinculase la retribución a la «contraprestación directa del esfuerzo» realizado por el trabajador y al resultado obtenido por el empresario (art. 2)⁵³. Este concepto restrictivo y excluyente de otras percepciones económicas, frecuentemente en especie, entregadas por el empresario en virtud del contrato de trabajo pero desligadas de la prestación laboral individualmente considerada, se consolidó posteriormente en el Decreto de Ordenación del Salario de 1973, en su Orden de desarrollo y, finalmente, en el Estatuto de los Trabajadores, tanto en su versión de 1980 como en la actual⁵⁴. Específicamente en relación con el salario en especie se incluyó «el valor de los servicios que disfrute el trabajador, tales como vivienda, explotación de tierras de labor, combustible, agua, energía y otros suministros en especie, siempre que por ley, costumbre o convención expresa se considere como formando parte del salario» (art. 9.3); la manutención y el alojamiento (art. 10.3) recibieron idéntica calificación⁵⁵.

3.6 Decreto sobre Ordenación del Salario y Orden de desarrollo de 1973

El Decreto 2380/1973, de 17 de agosto, sobre Ordenación del Salario, regulaba, como una modalidad más de los complementos salariales⁵⁶, la de especie [art. 5 E)], dentro de la que encontraban encaje adecuado, sin ánimo exhaustivo, la manutención, el alojamiento, la casa-habitación o los suministros de productos o servicios de la propia empresa. Desde luego, contemplar la especie como un complemento salarial resulta criticable por cuanto la especie, de por sí nada dice sobre la causa remuneratoria del complemento, que ha de vincularse a alguna de las categorías previstas en el ET (situación personal del

⁵² Este Decreto fue modificado por el Decreto 323/1962, de 15 de febrero.

⁵³ Cfr. R. MARTÍNEZ EMPERADOR, «La nueva regulación del salario», en E. Borrajo (dir.). *Comentarios a las Leyes laborales. La reforma del Estatuto de los Trabajadores. El nuevo régimen jurídico del salario*, tomo I, vol. 1.º, EDESA, Madrid, 1994, p. 16.

⁵⁴ Cfr. R. MARTÍNEZ EMPERADOR, «La nueva regulación del salario», en E. Borrajo (dir.). *Comentarios a las Leyes laborales. La reforma del Estatuto de los Trabajadores. El nuevo régimen jurídico del salario*, tomo I, vol. 1.º, EDESA, Madrid, 1994, p. 17-21.

⁵⁵ Sobre este Decreto, C. DEL PESO Y CALVO, «La ordenación de la retribución del trabajo por cuenta ajena; según el decreto de 21 de septiembre de 1960. Sus valores ético-jurídicos y económico-sociales», *RT 1960* (II), pp. 43 y ss, en especial, pp. 51 y 52.

⁵⁶ Desde luego, el salario en especie podía constituir una parte del salario base, como se desprendía de la literalidad del art. 5 E) DOS: complementos «en especie (...) cuando dichos beneficios no formen parte del salario base».

trabajador, etc.). Por decirlo con palabras de Rodríguez-Sañudo, «el hecho de que una parte del salario se pague en especie no lo convierte en complemento, que es un componente salarial caracterizado por tener su origen en una circunstancia específica añadida a la causa básica de la retribución, que es la prestación de trabajo. El salario en especie puede formar parte tanto del salario base como el propio precepto reconoce»⁵⁷.

El art. 5.2.º Orden de 22 de noviembre de 1973, dictada en desarrollo del Decreto 2380/1973, de 17 de agosto, sobre Ordenación del Salario, dejaba abierta la posibilidad –quizá para evitar los riesgos derivados de la inclusión de todas las «especies» en una única categoría– de que la «normativa legal» excluyese ciertas percepciones económicas en especie del concepto legal de salario. En este sentido, el propio precepto excluía del concepto de salario (y, por tanto, de su modalidad en especie) los beneficios de asistencia social que pudieran conceder las empresas «no sólo a los trabajadores, sino también a los pensionistas o a los derechohabientes de aquél». Parece, así, que la extensión del disfrute de ciertos beneficios económicos a sujetos distintos del trabajador constituye un importante indicio del carácter no salarial de gran parte de las especies entregadas por la empresa. En coherencia con este planteamiento, el art. 4 de la Orden excluía del salario «los (servicios) de asistencia social relativa a fines formativos, culturales, deportivos o recreativos (...) las referentes a economatos, comedores o instituciones de esa misma índole y, en general, cualquiera otros beneficios del mismo carácter».

3.7 Ley de Relaciones Laborales de 1976

La Ley de Relaciones Laborales de 1976 mostró una clara preferencia por la retribución en metálico, al prever en cuanto al pago del salario (art. 30) que debería hacerse «en moneda de curso legal, en el lugar de trabajo, o, previo consentimiento escrito del trabajador, mediante talón bancario u otras modalidad similar de Entidad bancaria o Caja de Ahorros, sin perjuicio de lo establecido en el artículo mil ciento setenta del Código Civil» que, en cuanto a las

⁵⁷ «Clases de salarios», en VV. AA., *El salario y las garantías salariales, Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, CGPJ, Madrid, 1993, p. 65. Esta misma idea puede leerse en un escrito anterior del mismo autor, «Complejidad y racionalización de la estructura del salario», *Revista Española de Derecho del Trabajo* n.º 17, 1984, p. 41: «el hecho de ser pagados en especie y no en dinero no dice nada sobre su origen ni sobre la naturaleza de su causa, muestra sólo el aspecto externo de su medio de pago (...) en este caso, pues, se debió prescindir de un grupo especial, en aras de una mayor racionalidad y coherencia de la clasificación».

deudas pecuniarias, prevé su pago en la especie pactada o, en su defecto, en la moneda de plata u oro que tenga curso legal en España.

3.8 Estatuto de los Trabajadores

Actualmente, el concepto de salario se recoge en el art. 26.1 ET que –tomando la redacción del Decreto del 1973– considera salario a «la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los períodos de descanso computables como de trabajo» (art. 26.1 ET). No quedan comprendidas en la noción 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» (art. 26.2 ET)⁵⁸.

Los convenios colectivos contienen cláusulas referidas al uso, consumo o disfrute de bienes, servicios o derechos en especie cuya naturaleza salarial o no varía en cada caso. Por sectores, el salario en especie queda circunscrito a los tradicionales de la producción (minería, electricidad, suministro de aguas, industrias panificadoras) en lo que se refiere a bienes producidos por la propia empresa o a los primarios de la agricultura, ganadería, e incluso al sector servicios (hostelería, hogar familiar) cuando el contenido de la prestación laboral exige la manutención del trabajador o la utilización de vivienda o casa habitación.

4. CAUTELAS FRENTE AL SALARIO EN ESPECIE

La preferencia por el salario en metálico⁵⁹ de la que es clara muestra el art. 29.4 ET al disponer que el salario (en general) deberá abonarse «en moneda de curso legal o mediante cheque u otra modalidad de pago similar a través de entidades de crédito» o el art. 3.1 del Convenio n.º 95 de la OIT (el pago

⁵⁸ Estas mismas exclusiones se contenían en los arts. 3 del Decreto sobre Ordenación del Salario y 26.2 ET de 1980.

⁵⁹ *Vid.*, entre otros, R. MARTÍNEZ EMPERADOR, «La nueva regulación del salario», en E. Borrajo (dir.). *Comentarios a las Leyes laborales. La reforma del Estatuto de los Trabajadores. El nuevo régimen jurídico del salario*, cit., pp. 22 y 23.

del salario deberá efectuarse exclusivamente en moneda de curso legal) no impide que también puedan realizarse pagos con fines retributivos en especie. La normativa internacional admite (art. 4.1 del Convenio n.º 95 de la OIT) el pago en especie, si bien con las siguientes cautelas:

- La retribución en especie habrá de ser parcial (art. 4.1), bien entendido que será rechazable el abono íntegro del salario mediante prestaciones en especie⁶⁰. También nuestra normativa, como se ha expuesto, prohibió desde sus inicios –aunque no se mantuvo siempre esta prohibición– el pago íntegro del salario en especies distintas del dinero.

- La limitación de las percepciones en especie al 30% de la retribución total (art. 26.2 ET) ha de entenderse, precisamente, en este contexto de oposición a la especie como forma de retribución fundada en los potenciales riesgos asumidos por el trabajador, en coherencia con la idea, ya señalada, de que la mejor especie retributiva es el dinero en metálico, por la seguridad intrínseca que posee y por el altísimo valor liberatorio en la realización de todo tipo de transacciones.

- Su admisibilidad, lejos de generalizarse a todo tipo de empresas debe circunscribirse a «las industrias u ocupaciones en que esta forma de pago sea de uso corriente o conveniente (art. 4.1)⁶¹. Quiere decirse con ello que no todas las empresas pueden acudir a esta forma de retribución.

- Las prestaciones en especie han de resultar «apropiadas al uso personal del trabajador y de su familia» [art. 4.2 a)]⁶², con el fin de que, verdaderamente cumplan una función remuneratoria.

- El valor (más precisamente, la cuantificación dineraria) atribuido a las prestaciones en especie ha de ser «justo y razonable» [art. 4.2 b)]⁶³, quizá con

⁶⁰ El art. 27.1 Convenio OIT n.º 110, de 4 de junio de 1958 (en vigor desde el 22 de enero de 1960), relativo a las condiciones de empleo de los trabajadores de las plantaciones, establece, en este mismo sentido, que las legislaciones nacionales o los convenios colectivos «podrán permitir el pago parcial del salario con prestaciones en especie».

⁶¹ Cfr. también art. 27.1 Convenio OIT n.º 110, de 4 de junio de 1958 (en vigor desde el 22 de enero de 1960), relativo a las condiciones de empleo de los trabajadores de las plantaciones.

⁶² El art. 27.2 del Convenio OIT n.º 110, de 4 de junio de 1958 (en vigor desde el 22 de enero de 1960), relativo a las condiciones de empleo de los trabajadores de las plantaciones, establece que en los casos en que se admita el pago parcial del salario con prestaciones en especie, «se deberán tomar medidas pertinentes para garantizar que dichas prestaciones sean apropiadas al uso personal del trabajador y de su familia».

⁶³ Específicamente para el caso de la alimentación, la vivienda, el vestido y, en general, para los suministros de bienes o servicios esenciales (vitales) prevé el art. 27.3 del Convenio OIT n.º 110, de 4 de junio de 1958 (en vigor desde el 22 de enero de 1960), relativo a las condiciones de empleo de los trabajadores de las plantaciones, que «la autoridad competente deberá tomar las medidas pertinentes para garantizar que ellos sean adecuados y que su valor en efectivo se calcule con exactitud».

el doble propósito de evitar que una gran parte del salario se abone en especie y de establecer mecanismos de valoración adecuada y segura de las especies.

A las indicadas cautelas hay que añadir la contenida en el art. 29.1 *i.f.* ET, que ordena la inclusión en el modelo de recibo de salarios «con la debida claridad y separación las diferentes percepciones del trabajador, así como las deducciones que legalmente procedan».

Estas cautelas han de interpretarse en un contexto histórico de prevención y reacción frente a los abusos patronales causantes de perjuicios a los trabajadores, debido a la dificultad de controlar la calidad de los productos y de contrastar objetivamente su valor pecuniario⁶⁴.

En cuanto a las concretas especies, las que podrían calificarse como tradicionales (manutención, alojamiento, productos de primera necesidad) en muchos casos se suprimen y en otros se mantienen como vestigios históricos, debiendo precisarse, como se ha indicado, que la negociación colectiva tiende a su inclusión (muy particularmente la de los bienes producidos por la propia empresa) como beneficios de carácter social o asistencial. Junto a estas especies, las nuevas formas de retribución en especie (más sofisticadas y, sin duda, accesorias –no satisfactorias de necesidades vitales– y orientadas a reducir la presión fiscal del trabajador contribuyente) como el vehículo o la vivienda, se alejan del origen y justificación primaria del salario en especie, con lo que las cautelas nacidas de la reticencia de la retribución en especie han de reinterpretarse desde coordenadas distintas de las originarias.

5. PARTICULARIDADES

5.1 Intrínsecas: relativas a la especie

5.1.1 APTITUD PARA SU USO, CONSUMO O DISFRUTE

La especie, como forma de remuneración, ha de ser, en primer término, lícita –lo que constituye una limitación intrínseca de carácter absoluto– en el sentido de que quedan excluidas las especies ajenas al tráfico jurídico. La normativa internacional (Convenio n.º 95 de la OIT), por su parte, impone limitaciones relativas, cuales son la adecuación de la especie a las necesidades del

⁶⁴ F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, «Clases de salarios», en VV. AA., *El salario y las garantías salariales*, cit., p. 65.

trabajador y de su familia, su utilización por empresas en las que su uso sea frecuente y conveniente y, en fin, que su valor sea justo y razonable.

En cuanto a la licitud de la especie, el Convenio n.º 95 de la OIT se opone radicalmente («en ningún caso de deberá permitir») al «pago del salario con bebidas espirituosas o drogas nocivas». Sin embargo parece que la interpretación razonable precepto no puede llegar al extremo de negar naturaleza salarial a la entrega por una empresa dedicada a la fabricación de vinos de un garrafón mensual de ocho litros pues, como razona la jurisdicción⁶⁵ —aunque desde otra perspectiva— si la empresa, con (...) reiteración y lejano origen ha hecho entrega, mensualmente, de un garrafón de ocho litros de vino (...) la (...) petición (...) merece ser acogida, al no tratarse de un obsequio desconectado de la retribución del trabajo, sino de un suministro, atendido con periodicidad mensual, que tiene su origen en la propia actividad industrial de la empresa y en cantidad lo suficientemente apreciable para entender que no se trata de una donación motivada por acontecimientos o festividades concretas, contribuyentes a su más alegre celebración (...) sino de la aportación de un elemento material que, aunque módico, tiene una significación económica regular y apreciable (...) de suerte que en este caso sí está ajustada a derecho la calificación de salario en especie a tales aportaciones».

El hecho de que el salario en especie haya de ser adecuado a las necesidades del trabajador debiera implicar la negación del carácter salarial a las especies objetivamente inadecuadas a sus necesidades económicas; es el caso, por ejemplo, de la entrega de carbón a trabajadores que no utilizan esta fuente de energía. Sin embargo, este aspecto se integra en el terreno de la negociación individual o colectiva, que es la sede adecuada en la que debe acordarse y, en su caso, calificarse como salario o como percepción extrasalarial, con independencia de que esta calificación convencional pueda ser rectificada por los Tribunales en los casos en que, en atención a la prevalencia de su carácter remuneratorio, consideren inadecuada o no ajustada a derecho la voluntad de las partes. Por tanto, no creemos que la inadecuación de la especie a las necesidades económicas del trabajador constituya un obstáculo insalvable para su consideración como salario en especie.

El recurso a la retribución en especie se restringe a las empresas en las su uso sea frecuente y conveniente. A estos efectos, habrá que acudir a la costumbre local y profesional que será la que indique, en cada caso, estos extremos. Con todo, no creemos que su utilización extraordinaria o inconveniente determine la negación del carácter salarial de la especie entregada pues, de un lado,

⁶⁵ STCT de 13 de junio de 1986.

nada impide que las percepciones no periódicas formen parte del salario y, de otro, la conveniencia o inconveniencia de la especie depende en gran medida de la voluntad de las partes.

En otro orden, la justeza y razonabilidad del valor de la especie se vincula con la función económico-social que está llamada a cumplir toda forma de remuneración y, en tal sentido, se orienta a evitar posibles fraudes por parte del empresario. En cualquier caso, la valoración de la especie, como veremos, se realiza de acuerdo con su valor en el mercado, con lo que, en cierto modo, se objetiviza su valor al no depender su fijación de la voluntad del empresario.

En fin, cabe indicar que debido a la necesidad de que la especie sea susceptible de uso, consumo o disfrute, las importantes SSTS de 24 de octubre de 2001 –de razonamiento idéntico en este punto, a pesar de ser distintos los ponentes– negaron la condición de especie a las *stock options* (y figuras similares) y, por derivación, a las propias acciones. El argumento central es que no hay especie alguna distinta del dinero vinculada a las opciones sobre acciones ni a las acciones mismas, pues tanto una como otra no son más que la cobertura formal de una cantidad (quizá variable) pero en metálico, por lo que su calificación no puede ser otra que la de percepción económica en dinero: «En suma, y con independencia de la naturaleza que en otros ámbitos no laborales se atribuya a los rendimientos que se obtengan de las opciones sobre acciones, la solución jurisdiccional que aquí se ha de dar al problema pasa por la necesaria atribución a las cantidades o, en su caso, acciones así obtenidas de salario en metálico. En el caso en que el mismo día del ejercicio de la opción se procede a la venta de las acciones sobre las que recae la opción del trabajador (...) el dinero ingresa directamente en el patrimonio del hasta entonces titular del derecho, por lo que no cabe conceptuarlo como salario «en especie». Cuando lo que se ingresa en su patrimonio por esta causa son acciones de la empresa, su posibilidad de venta en bolsa de forma inmediata convierte al devengo también en salario en metálico y no en especie, concepto éste que se vincula más bien con la utilización, consumo u obtención, para fines particulares, de bienes, derechos o servicios proporcionados por la empresa, como vivienda, electricidad, calefacción, seguros de todo tipo, automóviles, teléfonos, agua, formación profesional, gastos de docencia de familiares, escolarización, etc.». Coincido plenamente con el razonamiento y la conclusión alcanzada por el Tribunal Supremo pues, efectivamente, el presupuesto básico de la existencia de salario en especie es el uso o disfrute (inmediato) por el trabajador de un bien, servicio o derecho materializado en una especie distinta del dinero. En la entrega directa de acciones, al margen de su carácter remuneratorio o no, como también en la concesión al trabajador del derecho a adquirir acciones en un

futuro a un precio fijado de antemano, no puede decirse que exista un bien distinto del dinero al que esté ligada la entrega de la «especie» o la del derecho a adquirir ésta en un futuro. La adquisición de acciones (o de *stock options*) únicamente proporciona al trabajador un beneficio económico dinerario, por lo que falta el requisito imprescindible consistente en que la especie sea distinta del dinero. En consecuencia, el límite legal del 30% no resulta de aplicación en estos supuestos.

5.1.2 NECESIDAD DE VALORACIÓN Y CONVERSIÓN EN DINERO

El carácter patrimonial de toda obligación⁶⁶ implica, cuando nos referimos a las obligaciones (o deudas) salariales, la necesidad de su conversión en dinero, de modo que la parte de la obligación salarial consistente en la entrega de una especie (deuda de valor) ha de ser susceptible de reducción a dinero, bien entendido que, en estos casos, la obligación ha de entenderse cumplida con la entrega de una cantidad de dinero equivalente al valor de la especie debida en el mercado.

5.2 Extrínsecas: en relación con el salario en metálico

5.2.1 LA ESPECIE COMO DEUDA DE VALOR

En las deudas de valor, a diferencia de las deudas pecuniarias, lo debido es un valor⁶⁷ con lo que su cumplimiento se lleva a cabo mediante la entrega del valor (en nuestro caso, la especie) debido; lo importante es el valor intrínseco de la especie, variable en cada momento a diferencia de lo que sucede con las deudas monetarias en que prevalece su valor nominal en aras de la seguridad en el tráfico jurídico⁶⁸. La satisfacción de las deudas de valor debe hacerse mediante la entrega de la especie debida, sin perjuicio de la admisión a tal efecto de la entrega de su equivalente en dinero, con lo que es posible el cumplimiento de la parte de la obligación salarial pactada en especie mediante la

⁶⁶ Cfr. L. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial (I)*, Tecnos, Madrid, 1979, pp. 346-349.

⁶⁷ Las deudas de valor, como todas las obligaciones, son de contenido patrimonial, lo que significa que, en todo caso, son susceptibles de valoración económica en dinero.

⁶⁸ Cfr. J. A. SAGARDÓY BENGOCHEA, «Suficiencia del salario y salario mínimo», en VV. AA, *Estudios sobre el salario*, ACARL, Madrid, 1993, pp. 295 y 296.

entrega de algo distinto a lo inicialmente debido⁶⁹. La razón se encuentra en que las obligaciones, salvo supuestos muy excepcionales, son de carácter patrimonial lo que en todo caso permite su cumplimiento mediante la entrega de una cantidad en dinero, que es el medio universalmente admitido en el tráfico jurídico.

La posibilidad de sustituir las percepciones en especie por dinero en metálico se inserta en los supuestos de dación en pago, admitidos antiguamente por las reglamentaciones y ordenanzas de trabajo sobre la base de la mayor liquidez del *numerario*. La imposible ejecución de la prestación en especie da lugar a su valoración (y consiguiente entrega) en metálico, debiendo entenderse que el trabajador no sufre en estos casos perjuicio alguno susceptible de valoración económica monetaria adicional a (e independiente de) la de la especie. Inversamente, no es posible la sustitución de la parte de la deuda salarial en metálico por pagos en especie; en estos casos, como razonó García Abellán hace más de 40 años, es de aplicación el principio laboral que impone «rechazar toda dación en pago por la que el empresario pretenda liberarse con abonos in natura de la obligación de retribuir en dinero, de suerte que, si el pago se estima en metálico, no cabe realizar el pago de otra manera»⁷⁰.

5.2.2 ESTABLECIMIENTO DE LÍMITES PORCENTUALES

Las retribuciones en especie no pueden superar, con carácter general, el 30% de la totalidad de las percepciones económicas del trabajador (art. 26.2 ET). Hasta su modificación por Real Decreto 1620/2021, de 14 de noviembre (art 8.2), los trabajadores al servicio del hogar familiar tenían establecido un límite en especie del 45% del salario total (art. 6.2 RD 1424/1985, de 1 de agosto). En el sector del campo, el tope máximo del salario en especie queda fijado en el 25 % de la totalidad de las percepciones salariales del trabajador, incluso si la manutención completa y el alojamiento corren a cargo del empresario⁷¹. Específicamente para el sector del campo de Canarias, el art. 29 del convenio colectivo regional⁷² prevé el denominado «salario a la parte», que «es la retribución fijada o convenida mediante la asignación previa al/la

⁶⁹ Cfr. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, *Apuntes de Cátedra*, s/f, p. 227.

⁷⁰ J. GARCÍA ABELLÁN, «Problemas jurídico laborales de la retribución en especie», *Anuario de la Universidad de Murcia*, vol. XVIII, núm. 2, Curso 1959-1960, p. 280.

⁷¹ Art. 19 del Laudo arbitral para el sector del campo [Res. DGT 17 de noviembre de 2000 (BOE del 29)].

⁷² BOC de 23 de octubre de 2018.

trabajador/a de una fracción determinada del producto o importe obtenido. Esta modalidad deberá garantizar, al menos, el salario convenio incrementado en un 25%».

El límite máximo que en cada caso proceda aplicar no significa, desde luego, que necesariamente deba alcanzarse, ni tampoco que su cuantificación dineraria deba hacerse equivaler al porcentaje indicado, porque el art. 26.1 ET «no hace sino fijar un tope máximo de salarios en especie, algo muy distinto de cuantificar, por ministerio de la ley, el porcentaje que debe atribuirse al salario en especie en defecto de prueba en contrario»⁷³.

El límite general del 30% que, salvo la excepción ya señalada, no puede superar el salario en especie, plantea no pocos problemas cuando, de hecho, la totalidad o una gran parte de las percepciones económicas sea en especie. Los Tribunales han declarado, para el caso de abono íntegro de bienes y servicios en especie, que para el cálculo de la indemnización por despido la cuantificación monetaria de las especies se hará equivaler al 30% de la totalidad de las retribuciones, y a este porcentaje deberá añadirse el 70% restante, a fin de completar estas últimas⁷⁴. En contra, se ha sostenido —para un supuesto en que el salario en especie superaba notoriamente el 30% del total de la retribución— que el salario en metálico no deberá artificialmente incrementarse hasta alcanzar el 100% de aquéllas, sino que la valoración del salario en especie habrá de reducirse hasta el 30% de las percepciones en metálico, aunque su cuantificación dineraria real sea superior; en otros términos, a la cuantía en metálico del salario habrá de añadirse, como máximo, el 30%, equivalente a la cuantía máxima del salario en especie⁷⁵; por ilustrarlo con un ejemplo, la cesión por una Mutua de una consulta (con inclusión de todos los medios humanos y materiales disponibles en ella) para su utilización por un médico cirujano para fines privados, cuantificada en más de dos millones y medio de ptas, habrá de reducirse sobre la base de que el salario en metálico es escasamente superior a un millón y medio de ptas; en este caso, al salario en metálico habrá que añadir el 30% del salario en especie (algo menos de medio millón de ptas), sirviendo la cuantía resultante para el cálculo de la indemnización correspondiente⁷⁶.

⁷³ STSJ de Castilla León (Valladolid) de 14 de abril de 1998.

⁷⁴ Vid. STCT de 20 de julio de 1987, para el caso extremo en que el trabajador venía percibiendo en especie el derecho a ocupar gratuitamente una vivienda (gastos de conservación incluidos), más los suministros de agua, electricidad y calefacción, sin que mediase pago de salario en metálico alguno. El TCT, tras cuantificar el valor de las especies, declara el derecho del trabajador a percibir el 70% restante, equivalente al salario en metálico no abonado.

⁷⁵ Cfr. STSJ Andalucía (Sevilla) 20 de mayo de 1992.

⁷⁶ STSJ País Vasco 20 de enero de 1998.

A efectos de la extinción de la relación laboral, el abono en especie de un porcentaje superior al indicado (incluso en el supuesto de que la totalidad del salario se hubiese abonado en especie) no puede dar lugar a la declaración de nulidad del despido, y ello sin perjuicio de la facultad que asiste al trabajador de solicitar la extinción del contrato en virtud de lo dispuesto en el art. 50.1 b) ET⁷⁷.

5.2.3 ABONO POR SUJETO DISTINTO DEL EMPRESARIO

Particularidad de cierto relieve es que el abono del salario en especie se presta con mayor facilidad que el del salario en metálico a que se realice por persona distinta del empresario⁷⁸. Piénsese, por ejemplo, en los servicios de comedor de la empresa prestados por empresa distinta de la del trabajador (y vinculada a la de éste mediante una contrata) o en el transporte de ciertos trabajadores realizado por una empresa de transporte; la irrelevancia del sujeto que cumple con la obligación (parcial) del pago del salario en especie se intensifica y se hace más notoria en caso de las percepciones en especie, lo que –aunque de consecuencias jurídicas poco relevantes– se traduce en una ruptura más evidente de la bilateralidad típica de la relación laboral. No obstante, como se ha razonado en alguna sentencia⁷⁹, la naturaleza salarial de esta prestación en especie no resulta afectada por el hecho de que «el servicio de comedor no lo explote directamente la (empresa) demandada, por haberlo «descentralizado» mediante la suscripción de contratos de arrendamiento con empresas del ramo de la restauración; es ésta una decisión que obedece a razones y planteamientos puramente mercantiles o económicos, perfectamente respetables».

Para estos supuestos, cabe señalar, en cuanto a la responsabilidad solidaria del art. 42 del ET, que, efectivamente dicha responsabilidad alcanza a ambas empresas sobre la base, siguiendo la doctrina judicial prevalente en la materia, de la concurrencia del presupuesto que permite declarar la responsabilidad solidaria de las empresas principal y contratista en orden a la satisfacción de las deudas salariales: que la contratación verse sobre obras o servicios de la propia actividad⁸⁰. Desde luego, el presupuesto para que se

⁷⁷ STCT 11 de junio de 1983 y SSTSJ Extremadura de 3 de junio de 1998 y La Rioja de 14 de octubre de 1999.

⁷⁸ Salvo que se trate de una obligación personalísima (y la de pagar el salario no lo es, a diferencia de la del trabajador de prestar servicios), el cumplimiento de las obligaciones puede realizarse por un tercero (arts. 1158 y 1161 del Código Civil).

⁷⁹ STSJ de Murcia de 21 de enero de 2000.

⁸⁰ STSJ del País Vasco de 26 de noviembre de 1996.

declare tal responsabilidad es el carácter salarial de la percepción económica en especie, lo que implica la exclusión a estos efectos de las deudas en especie que merezcan distinta calificación (indemnizaciones, suplidos, prestaciones complementarias de la Seguridad Social)⁸¹. La declaración de responsabilidad solidaria no puede justificar la modificación del sistema retributivo, de modo que si es en especie, la empresa responsable (la principal o, en su caso, la contratista) deberá abonar en especie las percepciones económicas. En caso de imposibilidad de la prestación (por tratarse, por ejemplo, de productos propios de la empresa), siempre cabe, lógicamente, la posibilidad de la entrega de su equivalente en metálico.

5.2.4 POSIBILIDAD DE MERO USO O DISFRUTE, SIN ADQUISICIÓN DE LA PROPIEDAD

El salario en especie consiste en la adquisición, uso o disfrute de un bien, servicio o derecho distinto del dinero. Por tanto, no es requisito necesario de esta forma de retribución –a diferencia del salario en metálico– que el trabajador se apropie en sentido jurídico de la especie; basta que la utilice o disfrute para que se entienda retributiva del trabajo, pues también en estos casos se incorpora (aunque en virtud de un título distinto) al patrimonio del trabajador, lo que se traduce, en definitiva, en una utilidad económicamente valiosa.

5.2.5 ALTOS DIRECTIVOS

La naturaleza y el contenido de esta relación laboral especial justifican que las retribuciones en metálico de los altos directivos se sitúen, con carácter general, muy por encima de las de los trabajadores por cuenta ajena sometidos al régimen general del Estatuto de los Trabajadores. La aplicación del límite común del 30% del salario total propicia, consiguientemente, que la importancia de la retribución en especie sea muy superior a la que se detecta en las demás relaciones laborales. De ahí quizá la exigencia de que las partidas salariales en especie hayan de especificarse por escrito [art. 4.2 c) RD 1382/1985, de 1 de agosto].

⁸¹ M. LLANO SÁNCHEZ, *Responsabilidad empresarial en las contratas y subcontratas*, La Ley, Madrid, 1999, pp. 233-236.

Mayor importancia tiene la previsión contenida en el art. 11.2 del citado Reglamento según el cual, las indemnizaciones, en el supuesto de despido declarado improcedente, serán «las (...) que se hubiesen pactado en el contrato, siendo en su defecto de veinte días de salario en metálico por año de servicio y hasta un máximo de doce mensualidades». Algún Tribunal ha entendido, conforme a una interpretación literal del precepto, que el salario en especie no ha tenerse en cuenta a la hora de determinar la indemnización por despido en los casos en que no se haya pactado una indemnización distinta a la de veinte días de salario en metálico⁸². Si en el contrato nada se establece acerca del cómputo del salario en especie a efectos indemnizatorios pero explícitamente se contiene una remisión a la regulación del ET, dicho salario en especie deberá tenerse en cuenta a tales efectos⁸³.

6. SALARIO EN ESPECIE Y SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

La propia naturaleza de muchas especies (vivienda, suministro de agua, luz o energía eléctrica, etc.) justifica, en ocasiones, la inaplicación de la regla del art. 45.2 ET, que exonera al empresario de la obligación de remunerar en los supuestos de suspensión del contrato de trabajo⁸⁴. Evidentemente, ninguna obligación recae sobre la empresa en orden al mantenimiento de las percepciones en especie en los casos de suspensión del contrato. Sin embargo, atendibles sentimientos morales se oponen a la supresión de beneficios económicos vitales (vivienda⁸⁵, bienes o servicios domésticos, etc.) para el trabajador que, previsiblemente de modo temporal, deja de prestar sus servicios. En este sentido, y al margen de toda consideración jurídica, es posible que la empresa decida seguir abonando las prestaciones en especie.

Si bien es cierto que la empresa, salvo pacto, no tiene la obligación jurídica de mantener el disfrute de las percepciones económicas en especie, no todas

⁸² STSJ de Canarias (Las Palmas) de 19 de octubre de 1995.

⁸³ STSJ de Madrid de 31 de marzo de 1992.

⁸⁴ Entre otras, cfr. STCT 30 de abril de 1985. Desde luego, la extinción del contrato de trabajo determina la extinción de la obligación remuneratoria del empresario y, consiguientemente, del derecho de los trabajadores a seguir percibiendo prestaciones salariales en especie. En este sentido, STSJ de Navarra de 12 de abril de 2000, que declara exenta a la empresa de la obligación del pago de los recibos por consumo de agua y electricidad en viviendas.

⁸⁵ En este caso el empresario podrá exigir al trabajador con contrato en suspenso el pago de una renta en caso de que pretenda seguir disfrutando de tal prestación en especie. Cfr. L. M. CAMPS RUIZ, «Arrendamiento de vivienda y contrato de trabajo», *Actualidad Laboral* n.º 10, 1996, pp. 272 y 273.

las causas de suspensión del contrato de trabajo merecen igual consideración. Conviene, en este sentido, distinguir las causas de suspensión que no otorgan al trabajador el derecho de reincorporarse al trabajo de aquellas otras que permiten dicha reincorporación. A nuestro juicio, la suspensión del contrato por mutuo acuerdo de las partes o por las causas que éstas tuvieran por convenientes [art. 45.1 a) y b) ET], justificará plenamente la suspensión de la entrega de los bienes, servicios o derechos que hasta ese momento viniera disfrutando el trabajador. Lo mismo sucede con la excedencia forzosa por ejercicio de cargo público representativo –dado que es inequívoca la voluntad de suspender el contrato de trabajo y, de otra parte, la reserva del puesto de trabajo se justifica en la evitación de perjuicios a quienes sirven, desde elevadas instancias, los intereses generales de la comunidad–, con la privación de libertad –mientras no exista sentencia condenatoria y en los casos en que el trabajador se halle efectivamente recluido en una institución pública y no en su domicilio⁸⁶– con las faltas disciplinarias que den lugar a la suspensión de empleo y sueldo –por la actitud reprochable del trabajador que comete faltas graves o muy graves, siempre que fehacientemente se halla acreditado su comisión–, en fin, fuerza mayor temporal, causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, o cierre legal de la empresa, cuando resulte imposible continuar con la entrega de las percepciones *in natura*⁸⁷. Distinta consideración habría que aplicar al mantenimiento de las percepciones en especie, sin minoración alguna⁸⁸, durante la suspensión del contrato por causas ajenas a la voluntad del trabajador, muy especialmente en los casos en que éste sigue necesitando los bienes, servicios o derechos en especie para poder subsistir, como sucede en los supuestos de incapacidad temporal⁸⁹, cuidado de hijos, riesgo durante el embarazo, etc.

En cuanto a la calificación de estas percepciones en especie durante la suspensión del contrato alguna autora ha sugerido que, cuando se disfruten con el fin de fomentar y mantener la vinculación del trabajador con la empresa, nada impide su calificación como percepciones salariales por cuanto la causa de la atribución patrimonial es «compensar al trabajador que tras (o durante) un período de suspensión cede o se compromete a ceder nuevamente su potencial

⁸⁶ Debe tenerse en cuenta, no obstante, que el principio de presunción de inocencia constituye un obstáculo a la supresión de los beneficios en especie cuando el trabajador no condenado sigue precisando para su subsistencia de estos últimos.

⁸⁷ No obstante, la STCT 14 de enero de 1986 aplica el art. 128 de la Ordenanza de Trabajo para la Minería del Carbón al caso de los suministros de esta especie (calificados como «deber asistencial» y no como salario) durante la suspensión de la relación laboral por expediente de regulación de empleo.

⁸⁸ STSJ de Navarra de 31 de mayo de 2000.

⁸⁹ STCT de 30 de abril de 1985.

productivo a favor de su empresa»⁹⁰. Por nuestra parte, creemos que la aceptación del mantenimiento del disfrute de prestaciones en especie durante la suspensión del contrato de trabajo constituye un claro indicio de que la especie es extrasalarial, debido a las dificultades de admitir jurídicamente la calificación como salario de las percepciones desconectadas de la prestación laboral.

7. ESPECIES FRECUENTES

7.1 Vivienda

La cesión de vivienda para uso particular, cuando tiene su causa en el contrato de trabajo⁹¹, jurídicamente está vinculada a él, con independencia de la naturaleza (normalmente civil) del negocio que, en su caso, se celebre (arrendamiento, cesión gratuita, etc.) para dar satisfacción principal a los intereses particulares de una de las partes de la relación laboral⁹² y con independencia también de que sea proporcionada por la empresa del trabajador o por otra distinta⁹³. Como han señalado nuestros Tribunales⁹⁴, el disfrute de la vi-

⁹⁰ A. MATORRAS DÍAZ-CANEJA, *Las percepciones extrasalariales (Estudio del régimen laboral, fiscal y de seguridad social aplicada*, Mc Graw Hill, Madrid, 1999, p. 245.

⁹¹ Así, es salario en especie –al margen de la existencia de salario en metálico– la vivienda ocupada por un trabajador «estrechamente ligado al desempeño de la función de guarda de la Empresa», que, como tal, no puede ser calificado de precarista, tal y como se desprende del contenido del contrato (STS Cont. de 31 de enero de 1989). Por el contrario, no puede calificarse de salario en especie (por faltar el presupuesto de la relación jurídica laboral) el disfrute de vivienda por una familia, como contraprestación al servicio de limpieza del inmueble realizado indistintamente, a su conveniencia, y sin sujeción ni sometimiento a la disciplina de la Comunidad de propietarios, por el marido, la mujer o los hijos del matrimonio (STS C-A de 11 de junio de 1990). Como dijo la STC de 17 de septiembre de 1985, «la ocupación de la vivienda, único beneficio obtenido por el actor, no puede calificarse como retribución en especie ya que ello era la materialización del acto caritativo descrito y nunca la sinalagmática compensación económica por una prestación laboral que nunca existió».

⁹² Por eso no es el orden jurisdiccional civil sino el social quien resulta competente para determinar el carácter salarial o extrasalarial del disfrute de la vivienda arrendada [SAP de Zaragoza de 23 de octubre de 1995 y STSJ Comunidad Valenciana de 21 de febrero de 2000. Sobre la competencia del orden jurisdiccional social para la resolución de los conflictos relativos al arrendamiento de vivienda, *vid.*, entre otras, SSTC 10 de febrero de 1986, 13 de enero de 1987, 1 de marzo de 1989 y 26 de junio de 1989, SSTSJ de Murcia de 9 de enero de 1991, Comunidad Valenciana de 14 de febrero de 1991, Madrid de 17 de febrero de 1992 y Canarias (Las Palmas) de 28 de febrero de 1994.

⁹³ Razona, en este sentido, el ponente de la STSJ Castilla León (Valladolid) de 25 de mayo de 1999 que el hecho de que la vivienda ocupada por el trabajador sea propiedad de una empresa distinta que la que da ocupación al trabajador «es extremo absolutamente irrelevante, pues «Herus» tenía atribuida la custodia y conservación del edificio (lo que sin duda le facultaba para proporcionar alojamiento al trabajador), al igual que carece de trascendencia a nombre de quien figuraban los contratos de teléfono y luz o quien fuera la persona que efectuara directamente el abono de los recibos, ya que, en definitiva, era «Herus» quien posea el control sobre el edificio y sobre la actividad del actor».

⁹⁴ STSJ de Extremadura de 3 de junio de 1998.

vienda puede ser consecuencia de diversos títulos, todos ellos relacionados con el trabajo: la vivienda «puede ser una parte integrante del salario, cuyo importe en metálico se minorará en el precio en que se evalúe tal disfrute; o puede concederse un disfrute gratuito –aunque técnicamente nos seguimos hallando dentro del concepto de salario, al ser el disfrute en cuestión un beneficio que el trabajador percibe por sus servicios– o puede concertarse un arrendamiento con pago del correspondiente alquiler por el trabajador al empresario, pero ligando la subsistencia y la duración del contrato de arrendamiento a la del contrato de trabajo»⁹⁵. La extinción del contrato de trabajo conlleva entonces la cesación en el disfrute de la vivienda y, en su caso, la extinción del contrato civil dependiente del de trabajo.

La vinculación de la vivienda al contrato de trabajo no significa que, en todo caso, su calificación haya de ser la de salario pues, dependiendo de si retribuye efectivamente el trabajo o si, por el contrario, constituye un gasto necesario para el eficaz desempeño de la prestación laboral, su calificación habrá de ser la de salario o la de percepción extrasalarial. Debe tenerse en cuenta, no obstante, que la jurisprudencia muestra una clara tendencia a considerar en casi todos los supuestos sometidos a su resolución que la vivienda retribuye el trabajo en tanto se trata de un gasto necesario para el trabajador⁹⁶.

Desde luego, para que la vivienda puede ser retribución en especie su disfrute ha de ser voluntario⁹⁷ y gratuito, en el sentido de que no puede estar condicionado al pago de alquiler⁹⁸, articulado éste jurídicamente mediante un negocio de arrendamiento que nada tiene que ver con el salario, aunque derive del contrato de trabajo⁹⁹. Por consiguiente, si se pacta el pago de un precio –aunque sea inferior al de mercado– no nos hallamos ante un supuesto de salario en especie. Lo mismo ha de decirse para el caso de que la empresa entregue al trabajador una cantidad en metálico afectada en cuanto a su destino al disfrute de la vivienda; Los llamados complementos de vivienda, afectos en cuan-

⁹⁵ STSJ de Madrid de 27 de abril de 1990.

⁹⁶ Cfr. L. M. CAMPS RUIZ, «Arrendamiento de vivienda y contrato de trabajo», *Actualidad Laboral* n.º 10, 1996, p. 260. Como excepción, y en contra de la presunción de que la vivienda, en tanto gasto ordinario del trabajador, retribuye el trabajo, alguna sentencia ha declarado que su disfrute tiene la consideración de indemnización o suplido, cuando constituye un medio imprescindible para la realización del trabajo convenido. Así, STSJ Asturias de 8 de noviembre de 1996.

⁹⁷ Cfr. I. ALBIOL MONTESINOS, *El salario. Aspectos legales y jurisprudenciales*, Deusto, Bilbao, 1991, p. 50.

⁹⁸ C. RODRÍGUEZ DEVESA, *El salario, la jornada de trabajo y su jurisprudencia*, Aranzadi, Pamplona, 1982, p. 601; F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, «Clases de salarios», en VV. AA, *El salario y las garantías salariales*, cit., p. 66.

⁹⁹ F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, «Clases de salarios», en VV. AA, *El salario y las garantías salariales*, cit., p. 68.

to a su destino al pago de la misma no encajan en el concepto de salario en especie¹⁰⁰, si bien la posibilidad de su disfrute en sustitución de la especie misma constituye un claro indicio de su naturaleza salarial (en metálico)¹⁰¹. Ya dijimos que la particularidad del salario en especie se encuentra en la forma en que se retribuye el trabajo (mediante la entrega de bienes servicios o derechos no pecuniarios), es decir, el art. 26 ET contempla el salario como causa remuneratoria del contrato y, en tal sentido, lo relevante es lo que el empresario entrega (y, correlativamente, lo que el trabajador recibe) y no en el uso que el trabajador haga de las percepciones económicas. Por tanto, aunque el contrato de trabajo sea la causa del alquiler¹⁰², no puede éste considerarse (como tampoco la vivienda) salario en especie en tanto su disfrute exige una contraprestación adicional a la del trabajo, cuya naturaleza no el laboral *stricto sensu*. Tampoco creemos, en contra de lo resuelto por algún Tribunal¹⁰³, que el abono parcial por la empresa del coste de la vivienda merezca la calificación de salario en especie. El pago parcial del importe del alquiler, aunque ha de tener la consideración de salario si es retributivo de los servicios prestados, no puede calificarse en sentido estricto como salario en especie, por cuanto el disfrute de la vivienda queda condicionado al abono por el trabajador de una parte de su coste¹⁰⁴. Otra cosa es, como normalmente sucede, que la empresa sufrague el coste de la vivienda y el trabajador disfrute, efectivamente, y como contraprestación de su trabajo, la vivienda en concepto de salario en especie. Por otra parte, la necesaria vinculación de la vivienda al contrato de trabajo y, en lo que ahora interesa, a un disfrute individualizado de la misma significa que cuando la utilización de aquélla corresponda indiferenciadamente a varias personas,

¹⁰⁰ En este sentido, STSJ de Murcia de 11 de septiembre de 1995. Sobre el carácter salarial de estos complementos se insiste en la STSJ de Madrid de 17 de julio de 1996: «decir que una partida económica fija, que se percibe mensualmente bajo la rúbrica «complemento de vivienda» (...) no es salario sino indemnización, es un error calificativo de entidad, puesto que el alojamiento y la manutención propios no son gastos exigidos por la actividad laboral, sino por la propia vida social. (Es) el típico salario en especie, diverso a conceptos indemnizatorios como las dietas y el plus de transporte que retribuyen necesidades provocadas por la actividad laboral, al cambiar o impedir el alojamiento o la manutención de la ordinaria vida extralaboral».

¹⁰¹ STSJ de Castilla La Mancha de 24 de diciembre de 1993: «el uso de la vivienda (...) tenía un origen normativo y una clara naturaleza salarial (...) porque (...) (los) que no disfrutaban de tales beneficios, obtenían a cambio un plus salarial (plus de vivienda)».

¹⁰² Cfr. J. M. BLANCO MARTÍN, «Ocupación de la vivienda por el trabajador en virtud del contrato de trabajo», *Relaciones Laborales* 1987 (I), pp. 1291 y ss.; también L. M. CAMPS RUIZ, «Arrendamiento de vivienda y contrato de trabajo», cit., pp. 259 y ss.

¹⁰³ STS de 31 de octubre de 1983, STCT de 4 de enero de 1988 y STSJ Extremadura 17 de octubre de 1994.

¹⁰⁴ SSTSJ de Murcia de 11 de septiembre de 1995 y 16 de enero de 1998, con apoyo, aunque su doctrina es contraria a la que sirve de fundamento al fallo de aquéllas, en la STS de 27 de junio de 1990, según la cual «la llamada «ayuda de vivienda» (...) (es un) concepto retributivo (que) reviste un indiscutible carácter salarial en especie».

no podrá considerarse, salvo que expresamente se pacte o se demuestre lo contrario, que se trata de una prestación salarial en especie¹⁰⁵. El mismo carácter no salarial ha de asignarse a la vivienda (*rectius*, el alojamiento) disfrutada esporádica u ocasionalmente por el trabajador en las dependencias de la propia empresa, lo que acontece, por ejemplo, en los establecimientos de hostelería¹⁰⁶. Podría decirse, a modo de apretada síntesis, que cuando la prestación laboral desarrollada no exige, por su propia naturaleza, el disfrute de una vivienda, ésta merecerá la calificación de salario en especie o no, dependiendo de si retribuye el trabajo exclusivamente o si, más bien, cumple una función indemnizatoria que atenúa las consecuencias del exceso de gastos ocasionados por un traslado¹⁰⁷, permitiendo la ejecución adecuada de la prestación laboral¹⁰⁸; en este último caso, su calificación jurídica habrá de ser la de indemnización o suplido (entendido éste en sentido amplio)¹⁰⁹.

En cuanto a su vinculación o desvinculación con el contenido de la prestación laboral, el disfrute de la vivienda es propio de los trabajos que requieren una intensa presencia y disponibilidad del trabajador en el lugar donde presta sus servicios (fincas urbanas, vigilancia, hostelería, servicio doméstico)¹¹⁰. Pero también es frecuente su otorgamiento o concesión por causas ajenas a la prestación laboral.

¹⁰⁵ STSJ de Galicia de 5 de noviembre de 1996.

¹⁰⁶ Cfr. SSTSJ de Navarra de 21 de mayo de 1994 y Castilla y León (Valladolid) de 20 de mayo de 1997.

¹⁰⁷ SSTS(C-A) de 13 de noviembre de 1982, 18 de enero de 1985, 30 de enero de 1985, 22 de mayo de 1985, 20 de junio de 1985, 13 de abril de 1988, 2 de febrero de 1989, citadas por la de la misma Sala de 26 de abril de 1996 que, aun sin excesivo rigor conceptual, señala que la «retribución» consistente en la entrega gratuita de una vivienda para su uso en los casos de traslado «aunque está relacionado con el trabajo (...) no trae causa del trabajo realizado, sino que su naturaleza es compensatoria y por tanto no computable en la base de cotización del trabajador».

¹⁰⁸ STS (C-A) de 31 de mayo de 1985.

¹⁰⁹ Como, con todo acierto se razona en la STSJ del País Vasco de 19 de octubre de 1998, «la distancia entre la residencia habitual (situada en Madrid) y el centro de trabajo (en Bilbao) da lugar a una serie de gastos por la necesidad de desplazarse hasta el centro de trabajo y pernoctar fuera del domicilio, gastos que son compensados por la empresa mediante el alquiler de una vivienda en Bilbao. Cosa diferente hubiera sido que el actor se hubiera visto obligado por razón de su trabajo a fijar su residencia habitual en Bilbao y que, a tal fin, la demandada le hubiera facilitado la vivienda, en cuyo caso sí que se trataría de un complemento en especie incluíble dentro del salario. En este caso, por lo tanto, el alquiler de vivienda no tiene tal consideración sino, la de indemnización o suplido a los que se refiere el art. 26.2 ET, tratándose de una retribución extrasalarial». En contra, el ponente de la STSJ Madrid 11 de febrero de 1998 entiende que el complemento económico destinado al pago de la vivienda en un supuesto de traslado del trabajador «se configura como retribución salarial en tanto en cuanto haya de durar el traslado».

¹¹⁰ Sobre el carácter salarial de la vivienda en supuestos de trabajos con jornadas especiales de trabajo, *vid.* SSTSJ de Andalucía (Málaga) de 16 de mayo de 1994 y de Castilla y León (Valladolid) de 31 de mayo de 1994.

Mención aparte merece el uso y disfrute de la vivienda cuando es necesaria para el eficaz cumplimiento de la prestación laboral¹¹¹ y se configura, por tanto, «como una de las prestaciones contractuales que conforman un derecho-deber en ambos contratantes: derecho-obligación del empleado de vivir en la casa en aras a una mayor eficiencia de su actividad laboral y derecho-deber del empleador a exigir el cumplimiento de esta específica prestación y a mantener su uso pacífico»¹¹². El sometimiento del trabajador al cumplimiento de ciertas obligaciones no impide que la vivienda disfrutada por razón del trabajo haya de calificarse como salario en especie: «este disfrute (constituye) una de las manifestaciones típicas del salario en especie a que se refiere el artículo 26.1 del Estatuto de los Trabajadores»¹¹³ en tanto no puede dudarse de su contenido económico¹¹⁴; la presunción favorable a que toda percepción económica es retributiva del trabajo contribuye, además, a fortalecer la tesis del carácter salarial de la vivienda en estos casos¹¹⁵. A nuestro juicio, sin embargo, la percepción de la vivienda «"con ocasión o por consecuencia" del contrato de trabajo»¹¹⁶ debería conducir a su calificación como percepción extrasalarial (suplido en sentido amplio), en tanto instrumento necesario para la realización de la prestación laboral.

Respecto de los empleados de fincas urbanas, el art. 28 del Convenio Colectivo de Madrid¹¹⁷ califica de complemento en especie «el uso y permanencia del portero en la vivienda o casa habitación comunitaria vinculada a su puesto de trabajo durante su relación laboral». A ello se añade que «el emplea-

¹¹¹ La vinculación de la vivienda al contenido de la prestación laboral justifica su incardinación en los complementos de puesto de trabajo. En este sentido, STSJ Castilla y León (Valladolid) de 20 de mayo de 1997. Con toda contundencia, STSJ de Andalucía (Málaga) de 16 de mayo de 1994: «el reclamado complemento no constituye un complemento de carácter personal ni una condición más beneficiosa, sino un complemento de puesto de trabajo que retribuía la disponibilidad del actor en labores de guarda y custodia del edificio durante todo el día, de tal manera que, una vez que finalizan las obras de reforma del albergue y desaparece la vivienda del conserje, pasando el actor a realizar su labor de conserje durante una jornada de trabajo normal, es claro que han desaparecido las circunstancias específicas que motivaban el abono del complemento».

¹¹² ¹⁸⁵ STS de 27 de mayo de 1998. *Vid.* también STS de 11 de febrero de 1997. Aplica esta doctrina, más recientemente, la STSJ de la Comunidad Valenciana de 13 de abril de 2000. Sobre esta cuestión, J. A. SAGARDOY BENGOCHEA, «Régimen jurídico de la retribución», en VV. AA., *Unificación de doctrina del Tribunal Supremo en materia laboral y procesal laboral. Estudios en Homenaje al Prof. Dr. Efrén Borrero Dacruz*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 198 a 200. A nuestro juicio, previsiones como ésta evidencian el carácter no salarial de la vivienda, en tanto su disfrute queda por completo desvinculado de la relación laboral de que trae causa.

¹¹³ STS de 27 de mayo de 1998, que recoge la doctrina precedente, esencialmente, de las SSTs de 31 de octubre de 1983 y 27 de junio de 1990. *Vid.* también SSTCT de 11 de junio de 1983 y 15 de abril de 1988 y SSTSJ Madrid de 27 de enero de 2000 y Andalucía (Málaga) de 23 de junio de 2000.

¹¹⁴ STSJ de Castilla León (Valladolid) de 20 de mayo de 1997.

¹¹⁵ STSJ Castilla León (Valladolid) 2 de septiembre de 1998.

¹¹⁶ STSJ Canarias (Las Palmas) 29 de enero de 1999.

¹¹⁷ BOCM de 23 de agosto de 2023.

dor tendrá derecho a deducir por este concepto un 9 % sobre el salario base» y que «En la nómina deberá incluirse este complemento, tributar y cotizar el mismo y finalmente deducirse en la correspondiente nómina». Asimismo, los porteros (no los conserjes), «en el mismo concepto de complemento en especie, disfrutarán de estas viviendas de los suministros gratuitos de luz y agua, hasta 40 kilovatios mensuales y 300 litros diarios, en el caso de estar centralizada le corresponderán 3 metros cúbicos mensuales de agua caliente respectivamente, siendo de su cuenta lo que exceda de estos límites». En fin, «La vivienda de los porteros/as con y sin jornada completa ha de reunir las necesarias condiciones de higiene y decoro, quedando vinculada a sus funciones» y «Cesará en su disfrute y habrá de desalojarla en el plazo de sesenta días naturales contados a partir de aquel en que se extinga el contrato de trabajo, pudiéndose ampliar de mutua acuerdo entre empresa y trabajador/a».

El trabajo en el campo es también uno en los que tradicionalmente la vivienda ha sido forma típica de percepción económica. Aunque con confusa terminología, la Ordenanza del Trabajo en el Campo preveía la facilitación al trabajador (y a su familia) de vivienda o habitación, sin reducción alguna en las *retribuciones*, si la vivienda se encontraba en la misma finca o explotación agrícola en que estuviese ocupado¹¹⁸. Hoy en día se vincula la el alojamiento a la necesidad de pernoctar en el campo, por lo que es frecuente que se relacione esta especie no salarial con el plus de distancia, siendo ambos (alojamiento o plus) alternativas para los empresarios agrícolas¹¹⁹.

7.2 Alimentación y comida

La manutención (referida a las comidas principales del día) se considera salario en especie cuando el trabajo efectivo es la causa de su atribución¹²⁰, sin que se trate «de compensar al trabajador, de resarcirlo o indemnizarlo de los detrimentos sufridos por la prestación profesional de los servicios a la empre-

¹¹⁸ Art. 78.2.º de la Ordenanza General del Trabajo en el Campo, aprobada por OM de 1 de julio de 1975 (BOE del 5). Sobre la interpretación de este precepto puede verse la STCT de 29 de abril de 1987, que indica, sintéticamente, que el abono por el trabajador de una renta (por exigua que sea) permite considerar que la vivienda puesta a disposición del trabajador no merece la consideración de salario en especie.

¹¹⁹ Así Convenio Colectivo del Sector Agrícola de la Provincia de Córdoba (2024-26), BOP de 3 de octubre de 2024.

¹²⁰ No obstante, la SAN de 26 de junio de 1990 califica de extrasalarial la percepción dineraria que trata de compensar los gastos ordinarios de comida a los trabajadores con jornada partida que almuercen en la empresa o en sus inmediaciones dada la imposibilidad práctica de acudir a sus domicilios. La STSJ Comunidad Valenciana de 3 de junio de 1992 concluye afirmando que la manutención de los trabajadores cuyo horario coincide con el de las comidas es un «derecho simple a la comida, que no salario en especie en el sentido de tener derecho a la comida con independencia del horario laboral».

sa, o de anticiparle en importe necesario para hacer frente a un gasto ocasionado con tal motivo –pues en eso consisten la compensación y el suplido–, sino de facilitarle los medios necesarios para satisfacer una necesidad desvinculada del trabajo, como es la de alimentarse, de donde resulta que la manutención es una forma de retribuir el trabajo en especie»¹²¹. Esta vinculación con el trabajo determina que deba resultar conveniente y adecuada al mismo¹²².

Presupuesto para calificar la manutención como salario en especie es, de acuerdo con las reglas generales, que sea proporcionada por la empresa de forma gratuita, lo que resulta incompatible con el abono por el trabajador de un precio, aunque sea notoriamente inferior al de mercado. Desde esta perspectiva, tampoco encajaría en la noción de salario en especie la entrega de cantidades en metálico afectadas al abono de la manutención¹²³, pues, de lo contrario, merecerían la calificación de salario en especie todos los pluses que, con fines remuneratorios, percibiese el trabajador en concepto de utilización o disfrute de bienes o servicios en especie (transporte, comida, etc.).

El todavía vigente Decreto de 8 de junio de 1938, sobre comedores de empresa¹²⁴, cuando ésta cuenta con locales permanentes con más de 50 trabajadores, impone la obligación de establecer un comedor cerca del centro de trabajo. Estos comedores deben reunir las condiciones mínimas de higiene y comodidad especificadas en la normativa citada¹²⁵. Algunos convenios colectivos prevén, al margen de las previsiones reglamentarias, el establecimiento de comedores¹²⁶, estableciéndose en algún caso que las comidas no tienen la consideración de salario en especie, sino de prestaciones sociales de carácter asistencial¹²⁷. Respecto de las otras dos modalidades, el concierto con un establecimiento de hostelería no plantea ninguna cuestión de relieve, salvo la puramente subjetiva de que la especie se proporciona por un sujeto distinto del

¹²¹ STCT 29 de marzo de 1989.

¹²² Así, por ejemplo, para el personal directivo de los colegios mayores y menores (STCT de 1 de julio de 1988).

¹²³ En sentido contrario al expuesto, STSJ Cataluña de 2 de octubre de 2000.

¹²⁴ Este Decreto fue desarrollado por Orden de 30 de junio de 1938.

¹²⁵ J. M. SÁNCHEZ-CERVERA SENRA, «Los salarios en especie», en *Dieciséis Lecciones sobre salarios y sus clases*, Departamento de Derecho del Trabajo (Seminario de Derecho del Trabajo), Facultad de Derecho, Universidad de Madrid, Madrid, 1971, pp. 231 y ss.

¹²⁶ Así, art. 40 del Convenio Colectivo nacional de la industria de fabricación de alimentos compuestos para animales (BOE de 23 de noviembre de 2021): «las empresas habilitarán en cada centro de trabajo un local con las debidas condiciones higiénicas, dotado de mesas, sillas, agua potable y acondicionado para poder calentar las comidas y ser utilizado como comedor».

¹²⁷ Por ejemplo, art. 76 del XXI convenio colectivo general de la industria química (BOE 17 de febrero de 2025).

empresario del trabajador. En cuanto al vale ¹²⁸, éste puede entregarse directa y «gratuitamente» al trabajador lo que, al limitar su poder de disposición, constituye un supuesto claro de salario en especie; ahora bien, si no existe posibilidad de compensación en metálico, han declarado los Tribunales que la causa remuneratoria aparecerá difuminada, lo que justifica su calificación como percepción extrasalarial ¹²⁹. También es posible que el vale se entregue mediante la deducción del importe de su valor en metálico, en cuyo caso se ha estimado su calificación como salario en especie ¹³⁰, a pesar de que el trabajador realiza un acto de disposición de parte de su salario en metálico.

Percepciones alimenticias afines o análogas a la manutención son las consumiciones proporcionadas por la empresa (cafés, etc.) a la totalidad de los trabajadores de la plantilla por alguno de los tres procedimientos ya indicados. A diferencia de la manutención ordinaria, la finalidad remuneratoria de estas percepciones no es evidente, no tanto por lo exiguo de su valor económico ¹³¹ como, sobre todo, porque no cubre una necesidad vital del trabajador, lo que, unido a la normal generalización del beneficio a todos los trabajadores, las hace más afines a los beneficios accesorios que, lejos de retribuir el trabajo individual, se conceden por el mero hecho de ser trabajador, al margen del tipo de trabajo realizado, la jornada, el horario, etc. Desde luego, siempre puede haber indicios de su carácter salarial: voluntad expresa de las partes, compensaciones económicas a quienes no disfruten de las percepciones, etc. Sin embargo, creemos que su escasa importancia económica las aproxima a las liberalidades empresariales o, en su caso, a los beneficios accesorios de carácter social o asistencial.

La STS 480/2024, de 19 de marzo de 2024 (RCUD 271/2021) ha establecido en cuanto al cheque o ayuda de comida, citando la STS de 3 de octubre de 2013 (rec. 1678/2012), que «el cheque comida tiene carácter indemnizatorio cuando compensa por los gastos que tiene el trabajador al verse obligado a realizar la comida fuera de su domicilio los días de trabajo, mientras que tendrá naturaleza salarial cuando se abone con independencia del trabajo realizado y de sus circunstancias. Esta misma regla ha de seguirse cuando el ticket de comida se monetiza;

¹²⁸ Que los vales de comida son una percepción económica en especie (y no en dinero) se manifiesta en que su ejecución da lugar al disfrute de un bien en especie; del mismo modo que los cheques merecen la calificación de salario en metálico, pues su conversión en dinero es automática, los vales de comida han de calificarse como salario en especie, pues su conversión en especie también es automática.

¹²⁹ En las SSTSJ de Madrid de 10 de abril de 1992, 5 de marzo de 1998, 5 de octubre de 1999 y 9 de febrero de 2000 se razona que los vales de comida tienen carácter indemnizatorio.

¹³⁰ Entre otras, SAN de 31 de mayo de 1991 y STS de 28 de enero de 1994.

¹³¹ Como, desde un punto de vista sociológico, reconoce A. MATORRAS DÍAZ-CANEJA, *Las percepciones extrasalariales (Estudio del régimen laboral, fiscal y de seguridad social aplicada)*, cit., p. 141, «ni el trabajador se considera pagado (o al menos no debería) porque le den un café a mitad de mañana, ni el empresario tiene conciencia de estar pagando un salario».

incluso en tales casos la STS 887/2021 de 15 septiembre (rec. 2/2020) advierte que este singular beneficio no pierde su carácter extrasalarial.

Por su parte, la STSJ de Canarias (Las Palmas) de 29 de septiembre de 2022 (rec. 721/2022) resuelve un conflicto colectivo en el que se asume la competencia del orden social para declarar el derecho de los trabajadores a percibir el complemento salarial denominado «manutención» en idéntico importe, *a efectos de cotización*, con independencia de su forma de abono, siendo tal valor el reflejado en las tablas salariales del Convenio Colectivo de Hostelería de Las Palmas.

7.3 Productos de la empresa y bienes y servicios domésticos

Como sucede con casi todas las especies, los productos de la empresa, como los bienes y servicios domésticos (carbón, gas, luz, agua, electricidad...), que han de ser adecuados a las necesidades del trabajador, conforme a las prescripciones del Convenio n.º 95 de la OIT ¹³², no son susceptibles de ser catalogados, abstractamente, como salario en especie o como especie no salarial. Es preciso analizar en cada caso las circunstancias concurrentes, entre ellas, singularmente, la causa de la atribución patrimonial. Con carácter general, pueden distinguirse los bienes o servicios entregados o prestados sin coste alguno para el trabajador de aquellos otros en los que el trabajador recibe el bien o servicio a un precio inferior al de mercado. En el primer caso nos hallamos ante un supuesto de salario en especie –siempre que concurren todos los requisitos para su calificación como salario: patrimonialidad, individualidad, no aleatoriedad del disfrute, ausencia de causa asistencial o social, etc.–, mientras que en el segundo supuesto habrá que considerar que se trata de un beneficio no salarial ¹³³, al exigirse una contraprestación adicional y distinta de la del trabajo ¹³⁴. A pesar del criterio general indicado, es posible encontrar, en relación con la prestación de la energía eléctrica a precio inferior al de mercado, alguna sentencia en la que se estima su carácter de salario en especie, por en-

¹³² Se entiende que la necesidad ha de ser objetiva y no subjetiva, es decir, no puede condicionarse la forma de retribución a la voluntad del trabajador, aunque sí puede rechazarse la entrega de ciertas especies como retribución cuando no sean aptas, objetivamente, para satisfacer las necesidades del trabajador; así, por ejemplo, la entrega de carbón por la empresa cuando la fuente calorífica útil es otra (v.g., gas) resulta inadecuada a efectos retributivos.

¹³³ Así, STCT de 12 de febrero de 1985, para un supuesto de suministro de energía eléctrica no gratuito para el trabajador. Incidentalmente, Res. del Tribunal Económico Administrativo Central (Vocalía 5.ª) de 27 de mayo de 1999.

¹³⁴ Cfr. J. A. FERNÁNDEZ AVILÉS, *Configuración jurídica del salario*, cit. p. 293.

tender que retribuye el trabajo realizado¹³⁵; nos parece que esta doctrina es errónea, por cuanto, como hemos reiterado, el abono por el trabajador de sumas de dinero a cambio de la obtención de bienes en especie constituye un negocio jurídico que, aunque con causa en el contrato de trabajo, nada tiene que ver con el salario que percibe como retribución de los servicios prestados. No creemos, sin embargo, que contradiga el criterio señalado la calificación de la prestación gratuita de energía eléctrica como mejora voluntaria (ventaja) concedida unilateralmente por la empresa, perfectamente distinguible del salario en especie¹³⁶ en los casos en que no retribuya efectivamente los servicios prestados por el trabajador¹³⁷ por no estar relacionada la cuantía económica de la respectiva ventaja con el trabajo desempeñado sino con el uso que quiera o necesite el trabajador¹³⁸; se trata entonces de uno de los beneficios que el Tribunal Supremo ha considerado inherentes al *status* del trabajador¹³⁹. Como ha detectado algún Tribunal, la posibilidad de compensación en metálico del valor de los bienes o servicios entregados o prestados gratuitamente por la empresa constituye un importante indicio de su carácter salarial¹⁴⁰.

7.4 Transporte colectivo

Son muchas las formas en que el trabajador puede disfrutar en especie del servicio de transporte a cargo de la empresa; en todas ellas, la prestación del servicio será susceptible de calificación como salario cuando, efectivamente, retribuya los servicios prestados, es decir, la causa de la atribución patrimonial sea el trabajo individualmente considerado y no la mera circunstancia de ser trabajador; por supuesto, al margen de la consideración anterior, el transporte derivado de gasto necesario para la ejecución de la prestación laboral (lo que singularmente acontece en el supuesto de trabajadores desplazados) no puede calificarse de salario sino de gasto suplido que, como tal, ha de ser asumido íntegramente, en dinero o en especie, por la empresa¹⁴¹.

¹³⁵ SAN de 14 de marzo de 2000 *obiter dictum*.

¹³⁶ STS de 21 de marzo de 1997, *obiter dictum*.

¹³⁷ Así, para un caso de suministro gratuito de energía eléctrica destinada a consumo doméstico, declara la STCT de 6 de octubre de 1987 que «no obsta a la supresión del beneficio que disfrutaban los actores el hecho de que durante varios años lo hayan venido percibiendo, ya que tal concesión no ha tenido más título que la generosidad de la empresa que no puede ser compelida a mantenerla fuera de los límites de su voluntad, por no corresponder a contraprestación de clase alguna».

¹³⁸ Cfr. Res. Tribunal Económico Administrativo Central de 28 de junio de 1995 (JT 1095).

¹³⁹ Por todas, STS (C-A) de 24 de junio de 1986 (RJ 3595).

¹⁴⁰ STSJ de Castilla La Mancha de 24 de diciembre de 1993 (AS 5430).

¹⁴¹ A. MATORRAS DÍAZ-CANEJA, *Las percepciones extrasalariales (Estudio del régimen laboral, fiscal y de seguridad social aplicada, cit., pp. 101 y 102.*

Si la empresa organiza un servicio de transporte (prestado por ella o por una compañía especializada) en beneficio de la generalidad de los trabajadores de la empresa, su disfrute encuentra encaje más adecuado en los beneficios sociales o asistenciales de carácter extrasalarial que en el de salario en especie, pues el hecho de que el servicio se preste indiferenciadamente a todos los trabajadores constituye un importante indicio de que la referida prestación, más que retribuir el trabajo de cada uno de ellos, cubre una necesidad colectiva en atención a la condición de trabajador y no al concreto trabajo realizado. Consecuente con el carácter extrasalarial de la puesta a disposición de los trabajadores de un servicio colectivo de transporte, es que la empresa no está obligada a abonar el plus de transporte a los trabajadores que decidan no hacer uso del servicio ¹⁴². Ahora bien, si sólo determinado tipo de trabajadores se benefician de tal disfrute, la consecuencia habrá de ser distinta, al ser la causa de la prestación del servicio de transporte el trabajo desempeñado (el servicio se presta *ad personam*) y no el hecho de ser trabajador ¹⁴³. La consideración como salario del transporte colectivo de trabajadores se reforzaría indudablemente si se reconociese a quienes no quisiesen disfrutar de tal percepción la posibilidad de su compensación en metálico (cuya naturaleza, obviamente, será la de salario en metálico), teniendo en cuenta el carácter voluntario con que el salario en especie ha de pactarse.

El mismo criterio que rige para la prestación del servicio colectivo de transporte es de aplicación cuando la empresa entregue abonos o billetes de transporte público a los trabajadores. Al igual que sucede con los vales de comida, el carácter en especie de estos tickets de transporte no ofrece duda en tanto automáticamente proporcionan la utilidad patrimonial en especie, típica del salario de esta clase. Otra cosa es que la empresa entregue el importe de estos abonos, ya sea como parte del salario base o, como más comúnmente sucederá, en concepto de plus de transporte integrado en los complementos; el salario en especie, como forma de remuneración en bienes distintos del dinero, obviamente no puede identificarse con las cantidades en metálico (y es ésta la forma de retribución) afectadas a la adquisición de un bien en especie.

¹⁴² SMT n.º 1 de Zaragoza 21 de septiembre de 1985.

¹⁴³ Aunque finalmente considera salarial el transporte desde el aeropuerto hasta la capital del personal de vuelo de una compañía aérea, la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional – con apoyo en la STS/C-A 9 de febrero de 1987– entiende que el concepto de salario es totalizador de todas las percepciones derivadas del trabajo «con independencia, en principio, de que constituyan una retribución estricta del trabajo realizado o sean una simple consecuencia de la relación laboral». A favor de la tesis expuesta más arriba, cfr., aunque *obiter*, STSJ Canarias (Las Palmas) 21 de noviembre de 1996 (AS 4625).

7.5 Vehículo

La entrega privativa de un vehículo para fines particulares desligados del contenido de la prestación de trabajo constituye un supuesto típico de salario en especie ¹⁴⁴. Por el contrario, el vehículo utilizado como instrumento de trabajo carecerá de naturaleza salarial, al ser medio imprescindible para el cumplimiento de la prestación laboral ¹⁴⁵. La utilización del vehículo proporcionado por la empresa para todo uso (laboral y privado) plantea el problema de determinar si nos encontramos ante un supuesto de salario en especie o si, por el contrario, dicho vehículo no retribuye el trabajo y ello especialmente en los casos de traslado del trabajador ¹⁴⁶. Solución lógica pero de difícil prueba y de resultado opinable sería la de la prevalencia de uno u otro uso, de tal manera que si el vehículo se destina principalmente al cumplimiento de la prestación laboral, no podrá considerarse parte integrante del salario ¹⁴⁷. En este sentido se ha pronunciado alguna sentencia ¹⁴⁸, en la que se afirma que el trabajador «realiza el 70% de sus tareas fuera de la oficina, siendo por ello indispensable el automóvil para el desarrollo de su actividad laboral (...) consist(ente) en visitar clientes que se encuentran repartidos por una amplia zona geográfica». Criterio distinto, más seguro y más en la línea de la presunción de que es salario todo beneficio económico que recibe el trabajador por los servicios prestados, es el que considera, en relación con la utilización de una plaza de garaje situada en las instalaciones de la empresa, que la no limitación del disfrute al

¹⁴⁴ Como incidentalmente se razona en la SAP de Guadalajara de 30 de abril de 1996 (ARP 758), el disfrute del vehículo constituye «un caso más en que la empresa satisface de dicho modo un «salario en especie» facilitando al trabajador el contacto familiar unisemanal (*sic*), situación de la que se beneficia(n) tanto el trabajador cualificado (...) como la propia empresa que así lo conservaba para una actividad por la que le otorgaba la contraprestación de vehículo y la autorización de desplazamiento».

¹⁴⁵ SSTSJ de Madrid de 27 de enero de 2000 y Cataluña de 6 de octubre de 1999. En contra, STSJ Murcia de 22 de noviembre de 1999, que considera salario en especie la entrega de «un vehículo para realizar su trabajo en la empresa».

¹⁴⁶ Dice, en este sentido, la STSJ del País Vasco de 19 de octubre de 1999 que el vehículo puesto por la empresa a disposición de un trabajador trasladado no puede considerarse como salario en especie, sino como indemnización o suplido que trata de compensar un exceso de gastos.

¹⁴⁷ Este criterio lo apunta incidentalmente la STSJ Cataluña 4 de junio de 1999 (AS 2825) y directamente la STSJ de Madrid de 3 de junio de 1998: «la utilización que del vehículo (...) verificó el actor durante el tiempo en que lo disfrutó fue sustancialmente referida a su actividad profesional y no a su uso particular, siendo evidente que predominaba en un porcentaje altísimo lo primero respecto de lo segundo, por lo que, sencillamente, no cabe afirmar que tal vehículo constituyera en ningún momento salario en especie». En la doctrina, A. MATORRAS DÍAS-CANEJA, *Las percepciones extrasalariales (Estudio del régimen laboral, fiscal y de seguridad social aplicada)*, Mc Graw Hill, Madrid, 1999, pp. 162-164.

¹⁴⁸ STSJ de Cataluña de 26 de enero de 1999.

tiempo de permanencia del trabajador en la empresa, pudiendo hacer uso de ella para fines privados, determina el carácter salarial de la especie ¹⁴⁹.

El abono por la empresa de los gastos de mantenimiento y uso del vehículo (reparaciones, revisiones técnicas, cheques-gasolina) ¹⁵⁰ requiere, para su consideración como salario en especie, que aquélla entregue al trabajador las especies correspondientes (los cheques-gasolina, las reparaciones, etc.) y no dinero en metálico para que el trabajador abone el importe de tales gastos, pues en este caso nos encontraremos, si efectivamente retribuye el trabajo, ante un supuesto de salario en metálico.

8. CUANTIFICACIÓN Y VALORACIÓN

Uno de los principales problemas de la entrega de especies con fines retributivos es el de su cuantificación a los efectos de calcular la cuantía líquida total del salario que percibe el trabajador como contraprestación por los servicios prestados. Es usual, en esta compleja tarea, acudir a fórmulas de cálculo basadas en el precio de adquisición de las especies en el mercado ¹⁵¹. Sin embargo, deben tenerse en cuenta dos factores que inciden negativamente en la utilización de fórmula de valoración:

5. La cuantificación monetaria de la especie conforme a los precios de mercado impide –o, cuando menos, dificulta– precisar de modo exacto su cuantía, teniendo en cuenta la variabilidad de dichos precios; en todo caso, podrá llegarse a una cuantificación aproximativa que estará sujeta a las variaciones propias de los precios de los productos en el mercado –con independencia de que la causa de tales variaciones se encuentre en las decisiones del mercado o en el valor intrínseco de la especie–, de modo que, lejos de ser un valor seguro, la especie es fuente de conflictos pues es el trabajador quien finalmente soporta los riesgos derivados de los cambios en los precios de los productos en función de criterios por él ignorados.

¹⁴⁹ STSJ País Vasco 16 de mayo de 2000, que prosigue afirmando: distinta habría de ser la calificación «si el uso del garaje se hubiera limitado al de su tiempo de permanencia en el edificio por razón de sus servicios y esa utilización hubiera estado abierta a cuantos lo visitasen por una u otra causa, pues evidenciaría que no era un beneficio dispuesto por la demandada en atención a su trabajo, sino a la de mero usuario del edificio».

¹⁵⁰ La entrega por la empresa de cheques gasolina no admite duda, si bien –y aquí reside la particularidad de esta forma de remuneración– la percepción de la especie no es directa, sino mediata, al requerir de un acto de conversión del cheque en aquélla.

¹⁵¹ Cfr. E. BORRAJO DACRUZ, «Configuración jurídica del salario», *Revista de Política Social* n.º 50, 1961, p. 10.

6. La cuantificación del valor de la especie de acuerdo con las reglas del mercado no se corresponde (no, al menos, en todo caso) con el coste de la especie para el empresario, de tal forma que desde el punto de vista empresarial puede ser económicamente más ventajoso abonar en especie una parte del salario, en vez de hacerlo íntegramente en dinero.

No obstante, los Tribunales han dado prevalencia absoluta a la valoración de las especies conforme a los precios del mercado, rechazando la aplicación de las normas fiscales o de Seguridad Social de valoración de los rendimientos del trabajo en especie¹⁵². En alguna ocasión se han tenido en cuenta factores vinculados al tipo de trabajo o a la persona del trabajador a los efectos de precisar más adecuadamente el valor de la especie¹⁵³. Como apunte: si la valoración habrá de hacerse conforme a los precios del mercado del lugar donde la especie se disfruta, cuando este disfrute se verifique en un Estado extranjero la valoración se hará conforme a los precios de mercado de dicho Estado¹⁵⁴.

Sobre quién ha de ser el sujeto que realice la cuantificación monetaria del salario en especie parece claro que habrá de ser el empresario. En caso de conflicto laboral, habrá de ser el demandante (normalmente el trabajador) quien acredite el valor de las especies, pudiendo, lógicamente, los órganos jurisdiccionales –de oficio o a instancia de parte demandada– rectificar tal valoración. En materia de Seguridad Social, recae sobre el solicitante la carga de la prueba del valor en metálico de la parte del salario abonada en especie¹⁵⁵.

9. BIBLIOGRAFÍA

ALBIOL MONTESINOS, I., *El salario. Aspectos legales y jurisprudenciales*, Deusto, Bilbao, 1991.

¹⁵² STSJ de Andalucía (Málaga) de 17 de febrero de 1998: «estas normas de valoración a efectos fiscales carecen de eficacia, es decir, no son aplicables para la determinación del importe real de lo percibido por el trabajador en especie (...) el valor real de la retribución en especie por el uso de la vivienda proporcionada al demandante por la empleadora es el del ahorro que le hubiera supuesto disponer a su costa de una vivienda de similares características». No obstante, se observa una relajación frecuente a la aplicación supletoria de las reglas fiscales, como puede comprobarse en la STSJ de Madrid de 18 de enero de 2024.

¹⁵³ STSJ de la Comunidad Valenciana de 3 de junio de 1992.

¹⁵⁴ STSJ Cataluña 19 noviembre de 1997.

¹⁵⁵ La STSJ Madrid de 1 de junio de 2000 deniega la concesión de una prestación por muerte y supervivencia al no haberse acreditado que con una suma igual o inferior a 17.000 ptas (diferencia entre el salario mínimo interprofesional y el percibido en metálico) era posible hacer frente al pago del alquiler de una vivienda de características físicas y geográficas análogas a la ocupada por el trabajador, más el de la luz y el agua. Por el contrario, cuando el equivalente pecuniario parece justo y razonable (por emplear los términos utilizados por el Convenio n.º 95 de la OIT), v.g., 27.894 ptas mensuales en el caso de un vehículo, los órganos jurisdiccionales suelen respetar la cantidad fijada por la parte en quien recae la carga probatoria; *vid.* STSJ Murcia de 22 de noviembre de 1999.

- ALONSO OLEA, M., «La revolución industrial y la emergencia del Derecho del Trabajo», *Revista de Trabajo* n.º 32, 1970.
- BORRAJO DACRUZ, E., «Configuración jurídica del salario», *Revista de Política Social* n.º 50, 1961.
- CAMPS RUIZ, L. M., «Arrendamiento de vivienda y contrato de trabajo», *Actualidad Laboral* n.º 10, 1996.
- DE LA VILLA GIL, L. E., *Apuntes de Cátedra* (ejemplar mecanografiado, aprox. 1971)
- DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial (I)*, Tecnos, Madrid, 1979.
- FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., *Configuración jurídica del salario*, Comares, Granada, 2001.
- GARCÍA ABELLÁN, J., «Problemas jurídico-laborales de la retribución en especie», *AUM*, vol. XVIII, n.º 2, curso 1959-1960.
- GARCÍA OVIEDO, C., *Tratado elemental de Derecho Social*, 1.ª ed., Librería general de Victoriano Suárez, Madrid, 1934.
- GONZÁLEZ-ROTHVOSS, M, CASAIS Y SANTALÓ, J. y MARTÍN GRANIZO, L., *Leyes Sociales*, Reus, Madrid, 1927.
- LLANO SÁNCHEZ, M., *Responsabilidad empresarial en las contratas y subcontratas*, La Ley, Madrid, 1999.
- MARTÍN JIMÉNEZ, R., *El salario en especie*, Aranzadi, 2001.
- MARTÍN VALVERDE, A., VALDÉS DAL-RÉ, F., PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., CASAS BAA-MONDE, M. E., PÉREZ-ESPINOSA, F. y GARCÍA MURCIA, J., *La legislación social en la historia de España. De la Revolución liberal a 1936*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1987.
- MARTÍNEZ EMPERADOR, R., «La nueva regulación del salario», en E. Borrajo (dir.). *Comentarios a las Leyes laborales. La reforma del Estatuto de los Trabajadores. El nuevo régimen jurídico del salario*, tomo I, vol. 1.º, Edersa, Madrid, 1994.
- MATORRAS DÍAZ-CANEJA, *Las percepciones extrasalariales (Estudio del régimen laboral, fiscal y de seguridad social aplicada*, Mc GrawHill, Madrid, 1999.
- PÉREZ BOTIJA, E., *Curso de Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 1948.
- RODRÍGUEZ DEvesa, C., *El salario, la jornada de trabajo y su jurisprudencia*, Aranzadi, Pamplona, 1982.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., *Apuntes de Cátedra*, s/f.
- RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., «Clases de salarios», en VV. AA, *El salario y las garantías salariales*, Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, CGPJ, Madrid, 1993; «Complejidad y racionalización de la estructura del salario», *Revista Española de Derecho del Trabajo* n.º 17, 1984.
- RUBIO ÁLVAREZ, A., «Economatos laborales: del "Truck Shop" al economato laboral obligatorio», *Revista de Trabajo* n.º 3, 1960.
- SAGARDOY BENGOCHEA, J. A. «Suficiencia del salario y salario mínimo», en VV. AA, *Estudios sobre el salario*, ACARL, Madrid, 1993.
- SÁNCHEZ-CERVERA SENRA, J. M., «Los salarios en especie», en *Dieciséis Lecciones sobre salarios y sus clases*, Departamento de Derecho del Trabajo (Seminario de Derecho del Trabajo), Facultad de Derecho, Universidad de Madrid, Madrid, 1971.

PARTE SEGUNDA

Concepto, estructura y cuantía del salario

CAPÍTULO IV

CONCEPTO Y ESTRUCTURA DEL SALARIO: SALARIO BASE, COMPLEMENTOS PERSONALES Y DE PUESTO Y PERCEPCIONES EXTRASALARIALES

MIGUEL GUTIÉRREZ PÉREZ

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
de la Universidad de Extremadura

1. CONCEPTO LEGAL DE SALARIO

Para el estudio del concepto de salario debe partirse de lo establecido por el artículo 1 del Convenio OIT sobre la protección del salario, 1949 (núm. 95), el cual establece que «el término salario significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar». Dicha definición se corresponde con lo establecido en el artículo 26.1 ET, cuyo precepto determina que se considerará salario la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los periodos de descanso computables como de tra-

bajo. Sobre la definición jurídica de salario que ofrece el precepto, debemos realizar, en estos momentos, diferentes consideraciones.

1.1 Elementos constitutivos de la definición de salario

En primer lugar, aquella definición vendrá a estar constituida por los tres siguientes elementos:

1) Será salario la percepción que tenga por objeto retribuir el trabajo, o, como dice el precepto vigente, «la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena». Sólo es salario, por tanto, lo que tenga su causa en el trabajo efectivamente prestado, sin perjuicio de que esta noción se utilice en sentido amplio, comprensiva también de lo que el trabajador perciba como remuneración por los periodos de descanso computables como de trabajo (vacaciones, permisos retribuidos, descanso «del bocadillo» y, en general, todo descanso que según lo estipulado compute como tiempo de trabajo). En esta misma línea, sostiene la doctrina¹ que también es salario lo que corresponda al trabajador por el tiempo de no trabajo por causas imputables al empresario, sea por lo que el art. 30 ET llama «imposibilidad de la prestación», sea por cierre del centro o suspensión de actividades decretados por la autoridad laboral por incumplimientos empresariales.

2) Será salario lo que perciba el trabajador a cambio de su trabajo siempre que tenga valor económico. Ello trae consigo que no pertenezcan al concepto de salario aquellos beneficios que pudiera recibir el trabajador con ocasión de su trabajo que no tengan traducción económica directa o inmediata, lo cual ocurrirá, especialmente, con determinados servicios de uso colectivo (instalaciones culturales o deportivas, por ejemplo), que proporcionan ciertamente ventajas al trabajador pero que no pueden calificarse de salariales, al no servir para satisfacer las necesidades básicas de la persona, a las que expresamente alude el propio artículo 35 CE, al referirse «a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia». Debe tenerse en cuenta, por otra parte, que el valor económico es una cualidad atribuible tanto al salario en metálico como al salario en especie, al cual hace referencia expresa el referido artículo 26.1 ET en su apartado segundo, al contribuir a satisfacer aquellas

¹ GARCÍA MURCIA, Joaquín: «Concepto y estructura del salario (art. 26)», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100, p. 6. BIB\2000\619.

necesidades básicas de la persona, más allá de las limitaciones que con respecto a este último impone el propio artículo.

3) Será salario todo lo que el trabajador perciba de su empresario como contraprestación de sus servicios, lo que supone que no es salario lo que el trabajador pudiera percibir con ocasión de su trabajo, pero proveniente de un tercero. Siendo un caso paradigmático el de las propinas que los trabajadores suelen recibir en determinados sectores de actividad. En este sentido, acerca de las mismas la jurisprudencia de manera reiterada sostiene que no han de tener consideración salarial las propinas, ya que no son contraprestación de trabajo correlativas al beneficio que obtiene el empresario por hacer suyo el resultado, y que no están obligados a pagar, sino que provienen de los clientes que la realizan por liberalidad, en razón de los servicios prestados al donante (art. 619 del Código Civil), sin obligación alguna jurídica de su abono, más allá de ser una práctica totalmente consolidada. En definitiva, la propina siempre se ha configurado como una remuneración de carácter extrasalarial. Más allá de las peculiaridades que las propinas presentan en determinados sectores de actividad como es el caso de los casinos o la hostelería. Respecto de los cuales, en esta misma línea los tribunales, en el caso de los casinos, por ejemplo, han insistido en que un criterio paccionado de distribución impuesto o predeterminado, en nada modifica su naturaleza. Igualmente, debe advertirse sobre estas percepciones que las propinas o prestaciones económicas con fines de soborno, además de no ser salario, constituyen infracción del deber de buena fe por parte del trabajador, pudiendo llegar a constituir causa de despido disciplinario *ex* artículo 54.2 d) ET.

1.2 Calificación o *nomen iuris* del salario

Sobre el concepto de salario debe tenerse presente que, tal y como vine poniendo de manifiesto la doctrina del Tribunal Supremo, la calificación jurídica de salario no va a depender en ningún caso de la denominación que se dé a la concreta partida económica². Es decir, no tiene mayor trascendencia la calificación o el *nomen iuris* que puedan darle las partes, de manera errónea o interesada, a las percepciones económicas del trabajador, sino que hay que tener en cuenta la naturaleza jurídica de las mismas y no su denominación³. Si bien, es frecuente que al sustantivo «salario» se le añadan apelativos para marcar las

² STS 16 de abril 2018 (ECLI: ES: TS: 2018:3372).

³ STS 22 octubre 2013 (ECLI: ES: TS: 2013:5305).

diferencias que existen entre las diversas retribuciones o ganancias que percibe o puede percibir el trabajador como fruto de su prestación laboral; y así, por ejemplo, se habla de salario real para referirse al salario que tiene a su favor el trabajador, o sea, lo que tiene derecho a percibir y del que la empresa practicará las deducciones correspondientes⁴. Asimismo, habitualmente también nos encontramos con la distinción entre salario bruto y salario neto. El salario bruto⁵, ha de identificarse con el salario real, es decir, el conjunto de retribuciones que tiene derecho a recibir el trabajador y que están formadas por la suma de diferentes conceptos (salario base, salario en especie, complementos salariales, horas y pagas extraordinarias, y subsidio por incapacidad temporal, en su caso), siendo el salario base la retribución establecida por unidad de tiempo y obra. El salario neto, por su parte, es la cantidad que percibe el trabajador una vez que al salario bruto se le han descontado las cotizaciones a la Seguridad Social y las retenciones por IRPF; sería sinónimo de salario líquido.

1.3 La presunción salarial

La definición de salario recogida en el artículo 26.1 ET establece una presunción *iuris tantum* que considera que todas aquellas retribuciones, en dinero o en especie, abonadas por el empresario al trabajador y que deriven de su prestación laboral, forman parte del salario, de tal manera que, quien se opusiera a la naturaleza retributiva de un determinado concepto, afirmando que es extrasalarial, es decir, aquella parte que rechazara el hecho de que las cantidades percibidas por un trabajador son salario, tendría que desvirtuar y destruir la presunción de manera convincente, sin que baste con solo negarla⁶. Por tanto, el salario se configura por todas aquellas percepciones económicas que el trabajador obtiene de su empleador, salvo que pueda quedar constatado que obedecen al concepto del apartado 2 del art. 26 ET, en que, se define lo que no integraría el salario (percepciones extrasalariales): indemnizaciones o suplidos por gastos, prestaciones e indemnizaciones de Seguridad Social, e indemnizaciones por traslado, suspensiones o despido⁷.

⁴ STS 28 junio 2016 (ECLI: ES: TS: 2016:3595).

⁵ STS 28 junio 2016 (ECLI: ES: TS: 2016:3595).

⁶ STS 3 mayo 2003 (ECLI: ES: TS: 2010:2471).

⁷ Recogiendo aquella línea argumental, la STS 5 julio 2018 (ECLI: ES: TS:2018:3060) determina que «... se considerará salario la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los periodos de descanso computables como de trabajo». Y de este precepto se deduce: a).- Que el mandato contiene una presunción *iuris tantum*

2. ESTRUCTURA DEL SALARIO

2.1 Consideraciones generales

Aun cuando la cuestión de la estructura salarial se remite al convenio o al contrato, el artículo 26.3 ET parece exigir que la estructura del salario comprenda «el salario base, como retribución fijada por unidad de tiempo o de obra y, en su caso, complementos salariales». De ahí que por una vía u otra (convenio o contrato) deberá determinarse la estructura salarial, y que ésta deberá hacer referencia, al menos, al salario base. Ahora bien, debe advertirse que estas indicaciones legales no son muy precisas, y probablemente haya que concluir que su grado de imperatividad es muy reducido. Cabe decir, en principio, que aquel convenio colectivo –o, en su defecto, aquel contrato de trabajo– que no determine la estructura de los salarios adolece de un vicio de nulidad; pero también es posible que el convenio opte por dejar estas cuestiones en manos del contrato, y que en el contrato se olviden o deliberadamente se eludan (más aún, cuando el contrato no necesariamente tiene que celebrarse por escrito), sin que se adviertan vías efectivas para sancionar eventuales incumplimientos⁸. Asimismo, al margen de la estructura salarial expuesta (ordenada a partir de salario base y complementos), las partes del contrato también pueden acudir al pacto de salario global o genérico. Esta fórmula persigue un propósito simplificador de la estructura interna (especialmente, si la complejidad de la composición salarial es elevada y/o se da una dispersión de su estructura). La validez de estas fórmulas globalizadoras está sometida a lo siguiente: por un lado, la adopción de un pacto expreso, siempre que el convenio colectivo no lo haya prohibido expresamente (sin que la autonomía colectiva se vea violada si se somete libremente su aceptación a los afectados⁹) y, por otro lado, a la garantía de ingresos iguales o superiores a los que comportaría el abono conforme a lo previsto con carácter general¹⁰.

de que todo lo que recibe el trabajador del empresario le es debido en concepto de salario, y que puede ser desvirtuada, o bien mediante la prueba de que la cantidad abonada obedece a alguna de las razones que enumera el art. 26.2; o bien acreditando que su abono está establecido con tal carácter indemnizatorio en una norma paccionada; b).- Que por ello el salario tiene – como la doctrina sostiene- carácter totalizador, en tanto que reviste cualidad salarial todo lo que el trabajador recibe por la prestación de servicios, con independencia de su denominación formal [se llame o no salario], de su composición [conste de una o varias partidas], de su procedimiento o período de cálculo [a tanto alzado, por actos de trabajo, etc], o por la cualidad del tiempo al que se refiera [trabajo efectivo o descanso computable como tal]. Anteriormente, véase (STS 24 enero 2003 (ECLI: ES: TS:2003:327) o STS 3 mayo 2017 (ECLI: ES: TS:2017:2074).

⁸ GARCÍA MURCIA, Joaquín: «Concepto y estructura del...», *op. cit.*, p. 11.

⁹ STS 2 Julio 1997(ECLI: ES: TS: 1997:4702).

¹⁰ STSJ C 18 febrero 2019 (ECLI: ES: TSJCANT: 2019:82).

En relación a la estructura salarial, la jurisprudencia ha venido a clarificar la intervención de la legislación autonómica en su determinación, afirmando que un legislador autonómico no está facultado para reservar para sí la determinación de la estructura de la retribución salarial del personal laboral al servicio del sector público de esa comunidad autónoma, si desplaza completamente a la negociación colectiva. En concreto entiende que «el desplazamiento de la negociación colectiva por la ley autonómica no es conforme a derecho, toda vez que el art. 27 EBEP deja perfectamente claro que las retribuciones del personal laboral se determinarán de acuerdo con la legislación laboral, el convenio colectivo y el contrato de trabajo, sin que dicho mandato pueda ser modificado por la ley autonómica, toda vez que el art. 149.7 CE atribuye exclusivamente al Estado la legislación laboral, sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las comunidades autónomas»¹¹.

2.2 El salario base

No impone el artículo 26.3 ET ningún requisito especial para la definición del salario base, que en definitiva queda en manos de las partes contratantes. Para la definición de esa parte del salario pueden utilizarse distintos criterios; básicamente, la unidad de tiempo o la unidad de obra como señala el referido artículo 26.3 ET. En este sentido, si el salario base se fija por unidad de tiempo, cuenta tanto el tiempo como el rendimiento mínimo exigible al trabajador, pues, tal y como ha venido advirtiendo la doctrina, «no se olvide nunca que lo que el trabajador debe no es exactamente un tiempo de trabajo, sino el trabajo prestado durante un determinado tiempo; de ahí que aún siendo la remuneración a tiempo puede preverse que durante el mismo haya un mínimo de actividad»¹². En definitiva, cuenta tanto el tiempo como el resultado, la cantidad de trabajo que con carácter de mínimo debe efectuar el trabajador durante la jornada de trabajo. Si el salario base se fija por unidad de obra, se atiende, en principio, al resultado, a la cantidad de trabajo que ha de ejecutar el trabajador sin atender al tiempo invertido, por lo que el trabajador percibe su salario en función del número o

¹¹ STS 9 febrero 2021 (ECLI: ES: TS: 2021:523).

¹² ALONSO OLEA, Manuel: «Consideración general sobre las clasificaciones del salario», en BAYÓN CHACÓN, Gaspar (coord.): *Dieciséis lecciones sobre salarios y sus clases*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, 1971, p. 36; GONZÁLEZ ENCABO, Julián: «Salario por unidad de tiempo: los jornales», en BAYÓN CHACÓN, Gaspar (coord.): *Dieciséis lecciones sobre salarios y sus clases*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, 1971, p. 47.

cantidad de trabajo que haya efectuado, independientemente del tiempo invertido. Si bien, continuando la argumentación anterior, debe advertirse que decir que se paga el salario por unidad de obra, no es decir nada en cuanto a la intensidad del trabajo debido, si previamente no se ha evaluado el tiempo de ejecución de la obra¹³. Tanto en uno como en otro sistema se entremezcla la cantidad del trabajo con el tiempo invertido, no pudiendo hablar de forma pura de un sistema u otro, puesto que la cantidad de trabajo está en función del tiempo y éste, el tiempo, condiciona también la cantidad de trabajo, por lo que se trata de un sistema mixto a la hora de poder determinar tanto uno como otro¹⁴.

Por otro lado, nada impide que en este concepto se integren percepciones de vencimiento supramensual (pagas extras, gratificación por fiestas patronales, etc.), prestaciones no dinerarias, etc.: lo decisivo es que hayan de abonarse sin tomar en consideración circunstancia adicional alguna a la del desempeño de la actividad en número de horas o de unidades de obra; esto último es lo que ha querido significarse al disponer que la exigencia de que exista refiere a una «retribución fijada por unidad de tiempo o de obra». Asimismo, este salario base, por su propia naturaleza, debe operar tomando como suelo el SMI a que se refiere el art. 27 ET¹⁵, aun cuando el salario base no ha de confundirse con el salario mínimo, dado que «el salario mínimo y el salario base son dos conceptos jurídicos claramente diferenciados, aunque instrumentalmente pueden coincidir en un mismo trabajador¹⁶. Ahora bien, si, además del salario base, la remuneración del trabajador cuenta con complementos salariales, para su fijación nos encontramos con que no hay un mínimo, puesto que será la autonomía colectiva o la individual la que la establecerá, pudiendo fijarse un salario base inferior al salario mínimo mensual pero que, en cómputo anual, tendrá que respetarlo o superarlo para poder respetar la única norma mínima existente en materia salarial¹⁷.

¹³ ALONSO OLEA, Manuel: «Consideración general sobre las clasificaciones del...», p. 36.

¹⁴ GARCÍA NINET, J. I.: «El salario», en GARCÍA NINET, José Ignacio; GARCÍA VIÑA, Jordi y RODRÍGUEZ PASTOR, Guillermo: *Salario y tiempo de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores (De 1980 a 2005)*, CEF, Madrid, 2005, p. 90.

¹⁵ SEMPERE BNAVARRO, Antonio Vicente: «Comentario al artículo 26 del Estatuto de los Trabajadores. Del salario», en AA. VV. *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Aranzadi, 2007.

¹⁶ MONEREO PÉREZ, José Luis: «La estructura del salario», en BORRAJO DACRUZ, Eduardo (dir.): *Comentarios a las Leyes Laborales. La Reforma del Estatuto de los Trabajadores*, tomo I, vol. 1. *El nuevo régimen jurídico del salario*, Edersa, Madrid, 1994, p. 89.

¹⁷ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio: «El salario mínimo interprofesional», en DE LA VILLA GIL Luis Enrique (coord.): *Estudios sobre el salario*, ACARL, 1993, p. 344.

2.3 Los complementos salariales

2.3.1 TIPOLOGÍA

La regulación de los complementos salariales se contempla, como se ha indicado, en el referido artículo 26.3 ET. Los mismos son aquellas partidas salariales que se devengan por causas específicas o razones especiales. Del tenor literal del precepto se desprende que los complementos salariales han de ser causales¹⁸, por lo que si se diera la causa será necesario fijarlos, y deben estar en relación a la tipología de referencia, dado que estamos ante una lista cerrada¹⁹. Si bien, lo cierto es que la formulación de todos y cada uno de esos componentes está hecha en términos lo suficientemente genéricos como para poder albergar las más variadas y heterogéneas partidas complementarias, tal y como seguidamente tendremos ocasión de comprobar. No obstante, habrá que reconducir al salario base todo aquel concepto salarial que no tenga encaje en la tipología de complementos a la que a continuación nos referiremos.

En concreto, la clasificación que proporciona el precepto –y que parece imponer a los convenios colectivos y, en su caso, a los contratos de trabajo– distingue entre tres grandes tipos de complementos. En primer lugar, los que se fijan en función de «circunstancias relativas a las condiciones personales del trabajador, entre los que pueden figurar los que toman en cuenta titulaciones, habilidades o conocimientos especiales del trabajador. Pudiendo tener encaje en este apartado, igualmente, el complemento de antigüedad, el cual tradicionalmente ha venido incluyéndose en este primer tipo de complementos, aun cuando verdaderamente no responde a condiciones personales del trabajador sino a su vinculación con la empresa. El segundo grupo de complementos reúne a los que se fijan en función del «trabajo realizado», que vendría a englobar tanto a los complementos de «puesto de trabajo» (penosidad, peligrosidad, toxicidad, insalubridad, uso de máquinas, vuelo, navegación o embarque, turnos y trabajo nocturno), y a los de cantidad o calidad de trabajo (primas e incentivos, pluses de actividad, asistencia y asiduidad, y horas extraordinarias). En todo caso, ciertos complementos de calidad o cantidad de trabajo también

¹⁸ MERCADER UGUINA, considera que la primera nota distintiva es «el principio de causalidad en el establecimiento de los complementos», MERCADER UGUINA, Jesús Rafael: *Modernas Tendencias en la Ordenación salarial. La Incidencia sobre el Salario de la Reforma Laboral*, Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 105.

¹⁹ En este sentido, la doctrina judicial ha venido a afirmar que «sobre la estructura del salario cabe afirmar que es de carácter cerrado, en el sentido de que todo complemento o partida que se añada al salario base ha de tener su causa en los tres conceptos antes expuestos». STSJ Canarias (Tenerife) 5 marzo 2021 (ECLI: ES: TSJCAN: 2021:556).

podrían ligarse a las «condiciones personales» del trabajador, o incluso a los resultados de la empresa, por lo que su adscripción a este segundo grupo no siempre será absolutamente clara. Al tercer grupo se adscriben, según el artículo 26.3 ET, los complementos que se fijen en función de «la situación y resultados de la empresa». En este grupo podrían encajar, ante todo, las diversas formas de participación en ingresos, beneficios o capital, siempre que realmente dependan de los resultados de la empresa; pero también podrían tener cabida primas e incentivos por rendimiento o productividad, así como todas aquellas percepciones cuya cuantía estuviera sujeta a los vaivenes económicos o comerciales de la empresa²⁰.

Por tanto, a tenor de las fórmulas utilizadas por el precepto estatutario, no es de extrañar que diversas partidas salariales puedan tener encaje en más de uno de aquellos apartados. Por lo que los convenios colectivos, y el contrato de trabajo, podrán adscribir las diferentes partidas salariales a uno u otro grupo, aunque la denominación que se les dé no será el criterio decisivo, sino la causa a la que respondan.

2.3.2 CÁLCULO Y CONSOLIDACIÓN DE LOS COMPLEMENTOS

En cuanto al cálculo de los complementos salariales, el artículo 26.3 ET realiza con claridad una remisión absoluta a la autonomía de la voluntad, en primer lugar, al convenio colectivo, subsidiariamente al contrato de trabajo, al establecer el precepto que se calcularán conforme a los criterios que a tal efecto se pacten. De ahí que la autonomía de la voluntad no solo debe crear un determinado complemento sino establecer con claridad la fórmula de cálculo. Si bien, ante la ausencia de criterios para calcular un determinado complemento salarial en el convenio colectivo, la jurisprudencia sugiere que en ausencia de una regulación expresa sobre el complemento, se debe seguir el sistema de cálculo que históricamente la empresa había utilizado, siempre que resultara más beneficioso para el trabajador²¹. En idéntica línea, sugiere que en caso de que el convenio colectivo no prevea específicamente la forma de calcular un complemento salarial, se debe acudir, en su caso, a las prácticas comunes en el sector, para cubrir el vacío normativo²².

²⁰ GARCÍA MURCIA, Joaquín: «Concepto y estructura del...», *op. cit.*, p. 13.

²¹ Dicho criterio puede deducirse, entre otras sentencias, STS 20 octubre 2008 (ECLI: ES: TS:2008:6327).

²² Dicha línea argumental cabe deducirla, entre otras, STS 26 marzo 2014 (ECLI: ES: TS: 2014:331).

Por otro lado, regula el referido precepto la cuestión de la consolidación de los complementos salariales, a cuyo efecto el artículo 26.3 ET sigue en principio la misma regla, al decir que «igualmente se pactará el carácter consolidable o no» de los mismos. Si bien, en este caso concreta que no tendrán el carácter de consolidables, salvo pacto en contrario, «los que estén vinculados al puesto de trabajo o a la situación y resultados de la empresa», de lo que cabe deducir que los complementos personales son consolidables en principio. Y es que en el caso de los complementos personales podemos encontrar algunos complementos donde la aplicación de esta regla general de consolidación podría llegar a plantear problemas. Este sería el caso de aquellos complementos que, adicionalmente a su carácter personal, pueden tener atribuido también a través del convenio colectivo carácter funcional, lo que podría suponer perder esa consolidación ante un cambio de puesto de trabajo. Esto ocurre, por ejemplo, con el complemento por idiomas, que además de ser personal tiene también carácter funcional y, como viene reconociendo la jurisprudencia, si se produce un cambio de puesto de trabajo en donde no fuera necesaria la práctica del idioma, el complemento por idiomas perdería su carácter consolidable si así lo contempla el convenio colectivo o el contrato de trabajo²³. Por tanto, no puede afirmarse que todos los complementos personales tienen siempre carácter consolidable; lo tendrán aquéllos cuyo devengo obedezca a circunstancias exclusivamente dependientes de las características personales del trabajador, siempre que no guarden relación con la función a desempeñar.

2.3.3 IMPAGO EMPRESARIAL Y RECLAMACIÓN DE COMPLEMENTOS

Sobre esta cuestión, lo primero que debe tenerse en cuenta es que la doctrina judicial ha venido a aclarar que en caso de reducción a la mitad de un complemento salarial llevado a cabo por la empresa sin alegar causa alguna ni seguir el procedimiento descrito en el art. 41 ET, no puede ser calificado como una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, sino de un claro incumplimiento empresarial de su obligación en materia salarial, con la consiguiente vulneración del derecho del trabajador a percibir la remuneración pactada (artículo 4.2 f) ET). Sentada dicha premisa, los tribunales recuerdan que esa incumplida obligación salarial es una obligación de tracto sucesivo y en las obligaciones de tracto sucesivo no prescribe el derecho al complemento cuestionado, sino el derecho a reclamar las cantidades vencidas y no cobradas, ni

²³ STS 20 octubre 2008 (ECLI: ES: TS: 2008:6327).

exigidas. En otras palabras, en las obligaciones de tracto sucesivo, la acción para reclamar el cumplimiento de la obligación se mantiene viva mientras la obligación subsista, aunque la acción para reclamar diferencias salariales concretas siga el régimen prescriptivo general del año²⁴.

3. COMPLEMENTOS PERSONALES

3.1 Complemento de idiomas

Tal y como ya hemos apuntado en este mismo trabajo, el complemento de idiomas puede configurarse como un complemento personal por el conocimiento de idiomas o como un complemento funcional por el empleo de idiomas en el trabajo, y que en todo caso ha de estarse a la opción del convenio o del contrato. En este segundo caso, el plus sólo se devenga cuando se desempeña un puesto de trabajo que implica la utilización de los conocimientos de idiomas y que no se retribuye, por tanto, el conocimiento de idiomas como cualidad personal, lo que hubiera dado lugar a un complemento de este carácter, sino la utilización de ese conocimiento en un puesto de trabajo determinado²⁵. En esta línea, cabe recordar que en aquellos casos que el complemento por idiomas, además de ser personal tiene también carácter funcional, si se produce un cambio de puesto de trabajo en donde no fuera necesaria la práctica del idioma, el complemento por idiomas perdería su carácter consolidable si así lo contempla el convenio colectivo o el contrato de trabajo.

3.2 Complemento de antigüedad

Tal y como ya hemos indicado en este mismo trabajo, de manera típica ha venido incluyéndose este complemento salarial entre los complementos personales, aun cuando verdaderamente no responde a condiciones personales del trabajador sino a su vinculación con la empresa. Si bien, ello no parece haber planteado mayores problemas.

En relación al mismo, ha advertido la jurisprudencia que tras la actual regulación del art. 25 ET, este complemento ha perdido su carácter de derecho

²⁴ STS 23 marzo 2021 (ECLI: ES: TS: 2021:1272) y STS 14 septiembre 2021 (ECLI: ES: TS: 2021:3404).

²⁵ STS 11 noviembre 2014 (ECLI: ES: TS: 2014:4784) que recoge la doctrina de la STS 20 octubre 2008 (ECLI: ES: TS: 2008:6327); y STS 16 diciembre 2013 (ECLI: ES: TS: 2013:6644).

necesario, de modo que los negociadores del convenio pueden regularlo o no regularlo, de la forma que estimen adecuado a sus intereses²⁶. Es claro, por tanto, que la inclusión del complemento de antigüedad, ya sea por convenio colectivo o contrato individual, es potestativa para los firmantes del convenio o, en su caso, del contrato de trabajo, toda vez que el complemento de antigüedad ha perdido el carácter de *ius cogens*²⁷. De modo que siendo dispositivo en la legislación laboral el complemento de antigüedad, es perfectamente legítimo que el convenio colectivo decida excluirlo de la estructura salarial.

En esta línea, viene a reconocer la jurisprudencia que es admisible que el convenio colectivo, al reconocer un premio de antigüedad en una entidad local, excluya los servicios prestados en diversas sociedades municipales antes de producirse la subrogación por aquélla²⁸.

Por otra parte, ha sido constante la jurisprudencia en declarar que debe remontarse el momento inicial de cómputo del complemento de antigüedad al momento inicial de la contratación temporal del empleado convertido en fijo tras una larga cadena de contratos temporales, y ello con independencia de las interrupciones que se hayan podido producir en la cadena de contratos temporales sucesivos²⁹. Asimismo, la jurisprudencia más reciente ha venido a aclarar que la doctrina de la «unidad esencial del vínculo» es distinta en función de que opere a efectos del complemento por antigüedad o de la indemnización extintiva. De tal manera que respecto del complemento por antigüedad, al tratarse de un plus que compensa la adscripción de un trabajador a la empresa o la experiencia adquirida durante el tiempo de servicios, la jurisprudencia sostiene que ambas circunstancias no se modifican por el hecho de haber existido interrupciones más o menos largas en el servicio al mismo empleador, máxime si tales interrupciones fueron por imposición de este último³⁰. A efectos del cálculo de la indemnización extintiva se ha afirmado con carácter general que «en supuestos de sucesión de contratos temporales se computa la totalidad del tiempo de prestación de servicios a efectos de la antigüedad, cuando ha existido la unidad esencial del vínculo, lo que comporta que se le haya quitado valor con carácter general a las interrupciones de menos de veinte días, pero, también, a interrupciones superio-

²⁶ STS 9 febrero 2021 (ECLI: ES: TS: 2021:523).

²⁷ STS 26 junio 2007 (ECLI: ES: TS: 2007:5748).

²⁸ STS 29 junio, 2021(ECLI: ES: TS:2021:276), la cual determina que «Dicha conclusión no puede enervarse, porque el Ayuntamiento de Madrid se subrogara en el contrato de trabajo del demandante, puesto que dicha subrogación no comporta, de ningún modo, que el derecho al premio de antigüedad, regulado en el art. 51 del Acuerdo reiterado, pueda activarse de modo distinto al que quisieron sus negociadores».

²⁹ STS 18 de enero 2010 (ECLI: ES: TS: 2010:371), STS 25 enero 2011 (ECLI: ES: TS:2011:494), STS 15 marzo 2011 (ECLI: ES: TS:2011:3637) y STS 7 marzo 2012 (ECLI: ES: TS:2012:2095).

³⁰ STS 28 febrero 2019 (ECLI: ES: TS: 2019:1184).

res a treinta días, cuando la misma no es significativa, dadas las circunstancias del caso, a efectos de romper la continuidad en la relación laboral existente»³¹.

Otra cuestión controvertida ha venido siendo la relativa a los trienios en relación a los trabajadores fijos discontinuos. Al respecto, debemos acudir a lo establecido por parte de la jurisprudencia comunitaria, la cual sostiene que es contrario a la Directiva 97/81 que, para el percibo de trienios de fijos discontinuos, solo se computen a efectos de la antigüedad los periodos efectivamente trabajados³². Este criterio interpretativo ha sido asumido por parte del Tribunal Supremo, a efectos de derechos económicos y de promoción profesional, computando todo el tiempo de duración de la relación laboral y no únicamente el tiempo efectivamente trabajado³³.

4. COMPLEMENTOS DE PUESTO DE TRABAJO.

4.1 Criterio de devengo de los pluses de puesto de trabajo

Por lo que se refiere al devengo de este tipo de complementos, la doctrina judicial viene afirmando que un plus vinculado a un puesto de trabajo, si el convenio colectivo ni el contrato de trabajo nada especifican, debe abonarse por día trabajado y no por días naturales³⁴. En esta línea, a mayor abundamiento se ha indicado que dicho complemento es de índole funcional y su percepción depende exclusivamente del ejercicio de la actividad profesional en el puesto asignado, por lo que no tendrá carácter consolidable, con lo que aparece una clara indicación de que el complemento se percibe si se realiza el trabajo en las condiciones que exige la norma para el percibo del mismo; esto es, su percepción va ligada a la efectiva realización del trabajo así cualificado, durante el tiempo en que dicha actividad se ejecute efectivamente. Por lo que los complementos de puesto de trabajo únicamente se devengan si el trabajo se presta en las condiciones fijadas para el percibo de dicho complemento³⁵.

³¹ STS 21 septiembre 2017 (ECLI: ES: TS: 2017:3583). La clave radica en si ha habido una interrupción significativa de la relación laboral, STS 8 noviembre 2016 (ECLI: ES: TS:2016:5419). STS 21 septiembre 2021 (ECLI: ES: TS: 2021:3396).

³² ATJUE 15 de octubre 2019 (ECLI: EU: C: 2019:858).

³³ STS 19 noviembre 2019 (ECLI: ES: TS: 2019:4219); STS 10 diciembre 2019 (ECLI: ES: TS: 2019:4300); y STS 19 mayo 2020 (ECLI: ES: TS: 2020:1730); STS 29 junio 2021 (ECLI: ES: TS:2021:2749); y STS 13 octubre 2021 (ECLI: ES: TS:2021:3842).

³⁴ STS 20 de junio 2023 (ECLI: ES: TS: 2023:2792).

³⁵ STS 3 mayo 2012 (ECLI: ES: TS: 2012:3667). En esta misma línea la STS 19 octubre 2011 (ECLI: ES: TS: 2011:8596), afirmaba que los complementos de puestos de trabajo como penosidad, toxicidad, peligrosidad... solo se devengarán si el trabajo se realiza en las condiciones de penosidad, toxicidad, peligrosidad... requeridas para el devengo del citado plus.

4.2 Complemento por trabajos tóxicos, penosos o peligroso

Con carácter general, la jurisprudencia viene afirmando que procederá el plus cuando: a) los riesgos no sean inherentes a la actividad desarrollada en el puesto; b) aun estando el puesto de trabajo, por la propia naturaleza de la actividad, expuesto a determinados riesgos, éstos sean superiores a los que soportan otros puestos de la misma categoría y actividad; c) la retribución del puesto en cuestión no sea de superior importe a la de otros puestos semejantes que no los padecen y están servidos por trabajadores de la misma categoría profesional³⁶.

Por el contrario, no se tendrá derecho al plus cuando la penosidad sea consustancial o inherente al puesto de trabajo. No surgirá el derecho al complemento, siempre y cuando, como es lógico, se acredite: a) que el puesto de trabajo está, por la propia naturaleza de la actividad desarrollada, expuesto a determinados riesgos; y b) que la retribución del puesto en cuestión es, por razón de esos riesgos, de importe superior a la de otros puestos de igual categoría que no los padecen.

Más recientemente, este tipo de pluses o complementos ha venido a generar una importante controversia con motivo de la pandemia sanitaria (COVID 19). En concreto, los tribunales han rechazado que deba reconocerse el complemento de trabajos tóxicos, penosos o peligrosos establecido, en este caso, en el convenio colectivo del sector de minoristas de alimentación porque no se dan los requisitos descritos en el convenio colectivo para su reconocimiento. Especialmente debido a que la empresa desplegó todas las medidas, exigidas legal y administrativamente, para evitar contagios de su personal con contacto directo con el público y entre los propios trabajadores y, que dicho despliegue ha alcanzado los fines perseguidos, cumpliendo la empresa razonablemente con la obligación principal de evitar los riesgos de peligrosidad o toxicidad³⁷.

³⁶ STS 21 diciembre 2016 (ECLI: ES: TS: 2016:5786).

³⁷ STS 15 julio 2021 (ECLI: ES: TSJAS:2020:2850), confirmando el criterio de la STSJ Asturias 24 de noviembre 2020 (ECLI: ES: TSJAS:2020:2850), la cual argumenta lo siguiente: «el presente conflicto colectivo no puede abordarse al margen del contexto social y sanitario que tiene lugar a partir de esta fecha, momento en el que los supermercados se vieron obligados a adoptar una serie de medidas extraordinarias tendentes a garantizar la seguridad de sus empleados frente a posibles contagios así como la de los clientes. Todo el personal que tiene relación con el público asume un riesgo de contagio pues conlleva una exposición a posibles sujetos contagiados lo que requiere una formación específica en materia de prevención y la implantación de las medidas precisas, pero evitar tal resultado. En este caso la empresa demandada acredita la elaboración de un protocolo tendente a evitar los posibles contagios, aplicando las medidas que se iban imponiendo por la Administración. La adopción de las medidas de prevención previstas, se centra fundamentalmente en dotar al personal que se encuentra en las cajas y pescadería así como a los reponedores, de equipos de protección adecuados y protocolos de actuación que eviten el contacto directo y permitan mantener las distancias de seguridad con los clientes. Se ha acreditado que existe una valoración del riesgo inherente a la actividad realizada con la correspondiente adopción de las medidas preventivas tendentes a neutralizar el riesgo previamente identificado. Estamos pues ante una situación de carácter extraordinario y no por esto se genera el derecho a percibir el plus que se reclama máxime cuando el

4.3 Complemento de disponibilidad

En relación con este complemento salarial, la jurisprudencia, de manera clara, viene reconociendo el carácter de complemento de puesto de trabajo, señalando que en «función de esta naturaleza, se ha de abonar por el simple hecho de estar disponible, es decir, por estar a disposición de la empresa para poder ser llamado a prestar servicios en cualquier momento o sufrir una modificación de su jornada laboral, con independencia de que se produzca o no el cambio horario o la modificación de jornada»³⁸. Respecto a dicho complemento de disponibilidad, la doctrina judicial más reciente se ha pronunciado a cerca de la posible vulneración del derecho a la desconexión digital con motivo del establecimiento de este plus. En concreto, viene a afirmar que «si la empresa está facultada a poder llamar a los trabajadores para llevar a cabo cambios de jornada, las doce horas previas a tener que realizar un servicio, esto implica que en ocasiones tendrá que hacerlo en los tiempos de descanso, y si el trabajador cobra disponibilidad deberá estar disponible. Cuestión diferente es que el trabajador opte por la no disponibilidad»³⁹.

4.4 Complemento de nocturnidad

En relación a este complemento salarial, debe advertirse que la jurisprudencia viene distinguiendo claramente entre el período nocturno («el trabajo nocturno») y las horas trabajadas en período nocturno, destacando que el plus de nocturnidad no retribuye una jornada nocturna, sino las horas trabajadas durante el período legalmente calificado como nocturno, añadiendo que el

precepto dispone que, «Las empresas se comprometen a tomar las medidas técnicas pertinentes para suprimir tales circunstancias, y mientras persistan las mismas, los/as trabajadores/as que desempeñen funciones que entrañen la concurrencia de peligrosidad, toxicidad, insalubridad o penosidad, percibirán un plus equivalente al 20 por 100 del salario fijado en el presente Convenio». No cabe afirmar que se produce esta situación, que también existiría entre compañeros de trabajo, cuando no hay un contacto estrecho y no hay este contacto siempre que se mantenga la distancia seguridad (1,5 metros), se utilicen las medidas de protección (mascarillas, guantes, desinfección, además, de mamparas en el caso del personal de caja) y no tenga una duración superior a 15 minutos (...). Que la situación de riesgo no es la que se denuncia lo confirman los casos de contagio habidos y la evaluación dada a la actividad, siendo calificado el colectivo que demanda como de baja probabilidad de exposición».

³⁸ STS 3 octubre 2001 (ECLI: ES: TS: 2001:7506). Más recientemente, la STSJ Canarias (Tenerife) 24 enero 2018 (ECLI: ES: TSJICAN:2018:191) afirma que «el plus de disponibilidad es un complemento de puesto de trabajo que tienen derecho a percibir quienes desempeñen un puesto de trabajo de permanente disponibilidad horaria, y la especificación de tales puestos de trabajo se vincula al hecho de que el puesto de trabajo haya sido calificado de forma expresa como puesto con disponibilidad o bien de forma tácita se deduzca la aplicación de ese régimen en atención a la dedicación efectiva del trabajador que lo sirve».

³⁹ STSJ Madrid 17 julio 2023 (ECLI: ES: TSJM: 2023:8990).

concepto de trabajador nocturno se considera para el promedio de jornada de trabajo y para la prohibición de horas extraordinarias; no a efectos retributivos. Además, a mayor abundamiento, se razona que el artículo 36 ET es suficientemente explícito al respecto cuando distingue entre trabajo nocturno, que es, según su número 1, el realizado entre las diez de la noche y las seis de la mañana, y trabajador nocturno, que es aquel que realice normalmente en período nocturno una parte no inferior a tres horas de su jornada diaria de trabajo, así como aquel que se prevea que puede realizar en tal período una parte no inferior a un tercio de su jornada de trabajo anual⁴⁰.

Por otra parte, en relación con este mismo complemento salarial, la jurisprudencia comunitaria ha determinado que el incremento de la retribución de los trabajadores para el trabajo nocturno no queda comprendido dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 2003/88. Concretamente, argumenta que, a excepción del caso particular de las vacaciones anuales retribuidas, mencionado en el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88, esta Directiva se limita a regular determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo a fin de garantizar la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, de modo que, en principio, no se aplica a su retribución.

En efecto, tanto del artículo 137 CE, actualmente artículo 153 TFUE, que constituye la base jurídica de la Directiva 2003/88, como del propio tenor del artículo 1, apartado 1, de dicha Directiva, interpretado a la luz de sus considerandos 1, 2, 4 y 5, se desprende que esta tiene por objeto establecer disposiciones mínimas destinadas a mejorar las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores mediante la aproximación de las disposiciones nacionales relativas, en particular, a la duración del tiempo de trabajo (...).

Por otra parte, a tenor del artículo 153 TFUE, apartado 5, las disposiciones de este artículo no se aplicarán a las remuneraciones, al derecho de asociación y sindicación, al derecho de huelga ni al derecho de cierre patronal. Esta excepción encuentra su razón de ser en el hecho de que la fijación del nivel de las retribuciones forma parte de la autonomía contractual de los interlocutores sociales a nivel nacional, así como de la competencia de los Estados miembros en la materia. (...).

Es cierto que los artículos 8 a 13 de la Directiva 2003/88 regulan el trabajo nocturno. No obstante, estos artículos solo se refieren a la duración y al ritmo del trabajo nocturno (artículos 8 y 13, respectivamente), a la protección de la salud y de la seguridad de los trabajadores nocturnos (artículos 9, 10 y 12) y a la información a las autoridades competentes (artículo 11). Por lo tanto, di-

⁴⁰ STS 18 junio 2012 (ECLI: ES: TS: 2012:4644).

chos artículos no regulan la retribución de los trabajadores para el trabajo nocturno y, por consiguiente, no imponen a los Estados miembros ninguna obligación específica.

Asimismo, procede señalar que el artículo 3, apartado 1, y el artículo 8 del Convenio de la OIT sobre el trabajo nocturno, en relación con el considerando 6 de la Directiva 2003/88, tampoco imponen, en virtud del Derecho de la Unión, obligaciones específicas a los Estados miembros relativas al incremento de la retribución de los trabajadores para el trabajo nocturno⁴¹.

4.5 Complemento de turnicidad

Respecto a este plus o complemento salarial, la doctrina judicial, con carácter general, ha afirmado que la realización efectiva del trabajo a turnos en las condiciones que disponga el Convenio Colectivo comportará el derecho al percibo del correspondiente plus⁴². Si bien, se advierte que la consideración del trabajo como trabajo a turnos, que puede generar el derecho al complemento de turnicidad, implica la concurrencia de una serie de condiciones: una, que un mismo puesto de trabajo se ocupe de manera sucesiva por diferentes trabajadores; y, otra, que el trabajador deba prestar el servicio en horas diferentes, en un periodo determinado de días o de semanas. En definitiva, se exige que las horas de servicio, en un cómputo de días o semanas, sean diferentes⁴³.

5. LAS PERCEPCIONES EXTRASALARIALES

El artículo 26.2 ET establece una delimitación negativa con respecto al concepto de salario, recogiendo las denominadas percepciones extrasalariales, es decir, aquellas cantidades que carecen de naturaleza salarial. Concretamente, viene a tipificar que no tendrán la consideración 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

⁴¹ STJUE 7 julio 2022 (ECLI: EU: C: 2022:529), Coca-Cola European Partners Deutschland GmbH contra L. B. y R. G.

⁴² STS 21 enero 2010 (ECLI: ES: TS: 2010:429); STS 6 octubre 2021 (ECLI: ES: TS: 2021:3750).

⁴³ STS 6 octubre 2021 (ECLI: ES: TS: 2021:3751); STS 6 octubre 2021 (ECLI: ES: TS: 2021:3793); STS 16 noviembre 2021 ((ECLI: ES: TS: 2021:4297); STS 16 de noviembre 2021 (ECLI: ES: TS: 2021:4304) y STS 18 octubre 2022 (ECLI: ES: TS: 2022:3780).

e indemnizaciones de la Seguridad Social y las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos. Si bien, debe advertirse que el precepto se refiere únicamente a las partidas quizás más emblemáticas, por su importancia intrínseca o por su frecuencia, pero no a todo lo que en hipótesis pudiera ser percepción extrasalarial. Por lo que puede haber percepciones que no se citan en ese precepto y que podrían ser igualmente extrasalariales, aunque sobre ellas recaerán normalmente mayores dudas, precisamente por la existencia de la presunción del carácter salarial de las percepciones recibidas por el trabajador, a la que se ha aludido anteriormente en este mismo trabajo ⁴⁴. No obstante, tienen naturaleza extrasalarial los ingresos económicos del trabajador que no responden al interés económico perseguido con la relación laboral. Dichos pagos cumplen una función resarcitoria y no remuneratoria del trabajo. Su justificación radica en que el trabajador no debe sufrir ninguna carga económica por el desarrollo de su actividad laboral. No retribuyen el trabajo sino que compensan al trabajador por los gastos que ha debido hacer como consecuencia de su prestación laboral ⁴⁵.

5.1 Las indemnizaciones o suplidos

El primer inciso del artículo 26.2 ET hace referencia a las «indemnizaciones o suplidos» por los gastos realizados por el trabajador «como consecuencia de su actividad laboral». El núcleo definidor de las indemnizaciones o suplidos (que es el concepto que ahora nos interesa) es su carácter compensatorio de un gasto realizado por el trabajador, pues con ellos no se está retribuyendo su trabajo, sino que se le están compensando unos gastos sufragados inicialmente por el trabajador para poder acudir al lugar de trabajo o poder realizar éste ⁴⁶. Ahora bien, el precepto alude a dos conceptos diferentes, que, si bien se refieren a una misma realidad, parece que tienen objetivos distintos. Ya que la palabra indemnización parece aludir más directamente a la compensación estricta de los gastos; mientras que los «suplidos» podrían tener una configuración más abierta, como mera compensación o como partida cuantificada de antemano para esas eventualidades (o para el típico supuesto de «quebranto de moneda»), con independencia del coste o gasto

⁴⁴ En este sentido, GARCÍA MURCIA, Joaquín: «Concepto y estructura del...», *op. cit.*, p. 8.

⁴⁵ STS 23 octubre 2023 (ECLI: ES: TS: 2023:4839).

⁴⁶ STSJ Canarias 5 marzo 2021 (ECLI: ES: TSJICAN: 2021:556).

realmente ocasionado⁴⁷. A tenor de las anteriores consideraciones, analizaremos, a continuación, alguna de aquellas percepciones extrasalariales incluidas en este primer grupo.

5.1.1 DIETAS

Por lo que se refiere a las dietas, la doctrina judicial viene advirtiéndolo que el carácter extrasalarial de la dieta no implica que su devengo esté siempre supeditado a la justificación del gasto⁴⁸. Asimismo, ha venido a aclarar que cuando se fija el importe de las dietas y gastos de locomoción equiparándolo al mínimo fiscal exento, se está refiriendo la norma convencional a las normas fiscales existentes sobre la materia en cada territorio⁴⁹. Del mismo modo, ha advertido la doctrina judicial que el importe de los tickets de restaurante no tiene naturaleza salarial sino indemnizatoria. El dato de que se trate de una percepción en dinero, en lugar de «en especie», no varía la naturaleza de la percepción⁵⁰.

5.1.2 PLUS DE TRANSPORTE Y DESPLAZAMIENTO

Respecto del plus de transporte, la jurisprudencia viene aclarando que, en principio, el plus de transporte tiene naturaleza extrasalarial, en cuanto que se percibe por el trabajador en concepto de «indemnización o suplido» «por los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral»⁵¹. Ello no es obstáculo para que, si se averigua que bajo la denominación de «plus de transporte» se disimula una verdadera retribución salarial en contraprestación del trabajo realizado, se tenga en cuenta la realidad efectiva de la remuneración y no la apariencia de la misma⁵². De ahí que la jurisprudencia haya venido a establecer la premisa de que la naturaleza –salarial o extrasalarial– de los pluses de transporte, dependerá –al margen de la denominación que las partes le hayan dado en el Convenio– de si tales conceptos remuneran o no de forma efectiva el gasto de transporte del trabajador, «sin que se pueda deducir de forma auto-

⁴⁷ IGLESIAS CABERO, Manuel: «El complemento extrasalarial de las indemnizaciones o suplidos», en DE LA VILLA GIL, Luis Enrique (coord.): *Estudios sobre el salario*, Acarl, Madrid, 1993.

⁴⁸ STS 1 julio 2010 (ECLI: ES: TS: 2010:4577).

⁴⁹ SAN 17 marzo 2022 (ECLI: ES: AN: 2022:1128).

⁵⁰ STS 14 septiembre 2021 (ECLI: ES: TS: 2021:3404).

⁵¹ STS 17 enero 2013 (ECLI: ES: TS: 2013:1485); STS 16 abril 2010 (ECLI: ES: TS: 2010:2489).

⁵² STS 16 abril 2010 (ECLI: ES: TS: 2010:2489); STS 25 noviembre 2011 (ECLI: ES: TS: 2011:8606).

mática la pretendida naturaleza salarial de la forma de abonarlos todos los meses, incluso el de vacaciones, pues ello no denota sin más la inexistencia de los gastos que conceptualmente remuneran tales complementos⁵³. Siguiendo aquella línea argumental se entiende que es extrasalarial un plus por el transporte que solo se abona los días que se acude al trabajo⁵⁴; Tampoco tiene naturaleza salarial una compensación en sustitución del transporte colectivo a los centros de trabajo fijada por día de asistencia a los mismos⁵⁵.

Asimismo, en relación con el plus de desplazamiento, argumenta la doctrina judicial que cuando no existe desplazamiento o traslado en términos legales o convencionales por celebrarse el contrato para la prestación de servicios en el lugar que constituía su objeto, es claro que lo abonado por ese concepto tiene carácter salarial y no compensatorio de gastos por desplazamientos a los que no obligaba el contrato. Es precisamente la inexistencia del deber de desplazarse de un centro de trabajo a otro por imposición empresarial el dato que sirve para calificar la naturaleza jurídica de las indemnizaciones pagadas⁵⁶.

5.1.3 PLUS DE VESTUARIO

En cuanto a este complemento salarial, la doctrina judicial continúa con la línea argumental establecida en el caso del plus de transporte, por lo que, igualmente, se argumenta en relación a este plus, que la naturaleza –salarial o extrasalarial– del plus de vestuario dependerá –al margen de la denominación que las partes le hayan dado en el Convenio– de si tales conceptos remuneran o no de forma efectiva el gasto de mantenimiento de vestimenta profesional del trabajador, sin que se pueda deducir de forma automática la pretendida naturaleza salarial de la forma de abonarlos todos los meses, incluso el de vacaciones, pues ello no denota sin más la inexistencia de los gastos que conceptualmente remuneran tales complementos. A tenor de las anteriores consideraciones, la jurisprudencia considera que está fuera del concepto de salario el

⁵³ STS 16 abril 2010 (ECLI: ES: TS: 2010:2489); STS 18 septiembre 2012 (ECLI: ES: TS: 2012:6324); STS 2 octubre 2012 (ECLI: ES: TS: 2012:6798); STS 19 diciembre 2012 (ECLI: ES: TS:2012:9068); STS 11 febrero 2013 (ECLI: ES: TS:2013:761); STS 19 enero 2016 (ECLI: ES: TS:2016:462); STS 3 febrero 2016 (ECLI: ES: TS:2016:911); STS 5 julio 2016 (ECLI: ES: TS:2016:4076); y STS 3 mayo 2017 (ECLI: ES: TS:2017:2197).

⁵⁴ STS 27 septiembre 2017 (ECLI: ES: TS: 2017:3672).

⁵⁵ STS 17 diciembre 2019 (ECLI: ES: TS:2019:4314); STS 18 junio 2020 (ECLI: ES: TS:2020:2113).

⁵⁶ STS 16 abril 2018 (ECLI: ES: TS: 2018:1705), con cita de la STS 16 febrero de 2015 (ECLI: ES: TS:2015:983) y STS 7 abril de 2015 (ECLI: ES: TS:2015:1968).

vale para la adquisición de ropa de trabajo que compensa tal gasto soportado previamente por el trabajador⁵⁷.

5.1.4 PLUS DE QUEBRANTO DE MONEDA

Por otro lado, por lo que se refiere a, en concreto, al plus de quebranto de moneda, afirma la doctrina judicial que el quebranto de moneda es un concepto económico de pago ordenado a compensar los riesgos y, en su caso, perjuicios derivados de la realización de operaciones con dinero, como pueden ser, entre otros, los errores en cobros y pagos o las pérdidas, involuntarias. No se trata, pues, de una contraprestación económica al trabajo realizado, sea considerado éste en sí mismo, sea considerado en alguno de los aspectos que pueden concurrir a los fines de su apreciación o valoración (rendimiento, penosidad, etc.). Así pues, no tiene naturaleza salarial, y es por ello por lo que la normativa sobre ordenación del salario define el quebranto de moneda como verdadera indemnización, excluyéndolo, en consecuencia, de la consideración legal del salario⁵⁸.

5.2 Las prestaciones o indemnizaciones de la Seguridad Social

El artículo 26.2 ET hace referencia, en segundo lugar, a «las prestaciones e indemnizaciones de la seguridad social». En este sentido, el precepto otorga naturaleza extrasalarial a aquellas prestaciones que se reciben del empresario tanto si se trata de pago delegado (incapacidad temporal, desempleo parcial, etc.), como si se trata de un pago con cargo al empresario, ya sea por disposición directa de la ley (primeros días de incapacidad temporal), ya sea por razones de colaboración empresarial en la gestión de la seguridad social. La misma consideración ha de aplicarse a las prestaciones o indemnizaciones que eventualmente tenga que pagar el empresario por incumplimiento de sus obligaciones de afiliación, alta y cotización. Igualmente, dicha naturaleza extrasalarial también debe predicarse de las prestaciones devengadas por el trabajador, con cargo a la empresa o a fondos empresariales, por alguna de las vías

⁵⁷ STS 26 septiembre 2017 (ECLI: ES: TS: 2017:3587).

⁵⁸ STS 26 julio 2010 (ECLI: ES: TS: 2010:4798). Más recientemente, en los mismos términos se pronuncia la STS 21 noviembre 2018 (ECLI: ES: TS:2018:4203).

existentes de previsión social complementaria⁵⁹. En esta línea, la doctrina judicial viene afirmando que queda excluido del concepto de salario, con arreglo a la norma legal, la obtención de las ulteriores prestaciones o indemnizaciones derivadas de aquel beneficio de origen contractual (seguro de vida, plan de jubilación...), pues es a éstas a las que expresamente se refiere el mencionado precepto⁶⁰.

5.3 Indemnizaciones por traslados, suspensiones o despido

El tercer concepto «extrasalarial», también tradicional, es el referido a «indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos». Dentro de las indemnizaciones por despido deben incluirse todas aquellas reconocidas al trabajador que de alguna manera tengan su origen en el acto de despido (por la propia extinción, o por incumplimiento de requisitos preceptivos, como el preaviso), así como las que se devenguen por otras causas de extinción (como la resolución causal del contrato por voluntad del trabajador). A todo ello debe añadirse la cantidad correspondiente a «salarios de tramitación, a los cuales la jurisprudencia les otorga dicha naturaleza extrasalarial⁶¹, habida cuenta de su naturaleza indemnizatoria⁶². Por lo demás, la indemnización puede tener su origen en norma legal, en convenio colectivo (como sucede muchas veces para los traslados) o en contrato de trabajo.

⁵⁹ ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel: «El complemento extrasalarial de prestaciones e indemnizaciones de la seguridad social», en DE LA VILLA GIL, Luis Enrique (coord.), *Estudios sobre el salario*, Acarl, Madrid, 1993, pp. 527-528, y DE LA FUENTE LAVÍN, Mikel: «¿Son cotizables las aportaciones empresariales a planes de pensiones?», *Aranzadi Social*, núm. 9, 1999, pp. 57 y ss.

⁶⁰ STS 2 octubre 2013 (ECLI: ES: TS: 2013:6581). Reitera esta doctrina, STS 3 mayo 2017 (ECLI: ES: TS:2017:2074).

⁶¹ STS 14 julio 1998 (ECLI: ES: TS: 1998:4713); STS 2 octubre 2000 (ECLI: ES: TS: 2000:6996); STS 26 diciembre 2000 (ECLI: ES: TS: 2000:9646); y STS 23 enero 2001 (ECLI: ES: TS:2001:307). No obstante, desde la doctrina, sin ser ésta la opinión mayoritaria, se ha venido a discutir acerca de dicha calificación, argumentando que La resolución –y, por ende, el despido– como negocio jurídico extintivo no es abstracto, debiéndose distinguir entre la causa (como función económica y social del negocio) y las causas justas del acto extintivo. A partir de estos elementos, podemos afirmar –aunque no es un posicionamiento mayoritario en la doctrina– que el empresario incurre en mora, pues, su decisión no ha producido efectos extintivos y, por tanto, tendría que haber mantenido al trabajador efectivamente ocupado desde que lo despidió hasta que se ha declarado la improcedencia (aspecto particularmente visible en las sentencias citadas). Lo que significa que tendría que haberle abonado el salario por dicho período a pesar de su inactividad. Y, por ende, el origen histórico de esta institución, su ontología, está intrínsecamente unida a su naturaleza/carácter salarial. DE HEREDIA RUIZ, Ignasi Beltran: «Los salarios de tramitación tras la Ley 3/2012: inconsistencia dogmática, posible inconstitucionalidad y omisiones relevantes», *Relaciones Laborales*, núm. 7-8, 2013, pp. 69-83.

⁶² STS 19 diciembre 2011 (ECLI: ES: TS: 2011:8980).

6. A MODO DE CONCLUSIÓN

Como hemos podido comprobar, a lo largo de las páginas anteriores, la materia salarial presenta importantes dudas e interrogantes, al tratarse de una cuestión en la que la legislación laboral viene a ser bastante ambigua en ocasiones. A lo que habrá de sumarse el relevante papel que desempeña la autonomía de la voluntad a la hora de especificar diferentes aspectos del salario.

No obstante, deben tenerse en cuenta algunos puntos clave sobre este tema, y es que la noción de salario habrá de utilizarse en un sentido amplio, ya que comprenderá no solo lo que el trabajador perciba por los servicios prestados, sino lo que éste perciba por los periodos de descanso computables como de trabajo y lo que le corresponda por el tiempo no trabajado por causas imputables al empresario. Asimismo, debe diferenciarse el salario de aquellas otras ventajas que pueda percibir el trabajador pero que no sirven para satisfacer sus necesidades básicas, las cuales no han de calificarse como salariales, por tanto. Igualmente, ha de quedar excluido de la noción de salario, lo que perciba el trabajador por su trabajo proveniente de un tercero, ajeno al empresario. Siendo un caso paradigmático el de las propinas que perciben algunos trabajadores, especialmente en determinados sectores de actividad, como la hostelería o los casinos.

Por otro lado, habrá de tenerse en cuenta que lo verdaderamente relevante será la naturaleza jurídica de las percepciones económicas recibidas por el trabajador, no la denominación o calificación que las partes pretendan otorgar a las mismas, en algunos casos de manera interesada. A lo que habrá de sumarse aquella presunción *iuris tantum* de que forman parte del salario todas aquellas retribuciones abonadas por el empresario al trabajador derivadas de su prestación laboral.

En cuanto a la estructura del salario, al margen de la estructura salarial, ordenada a partir de salario base y complementos salariales, las partes del contrato también pueden acudir al pacto de salario global o genérico. Si bien, la validez de estas fórmulas globalizadoras está sometida a una doble exigencia: por un lado, la adopción de un pacto expreso, siempre que el convenio colectivo no lo haya prohibido expresamente y, por otro lado, a la garantía de ingresos iguales o superiores a los que comportaría el abono conforme a lo previsto con carácter general. Además, por lo que se refiere al salario base no puede hablarse de forma pura de un sistema u otro para su definición, ya que verdaderamente la cantidad de trabajo está en función del tiempo y éste, el tiempo, condiciona también la cantidad de trabajo, por lo que se trata de un sistema mixto a la hora de la determinación de aquel. Asimismo, no debiera confundir-

se aquel elemento, esto es, el salario base con el salario mínimo interprofesional, puesto que el salario mínimo y el salario base son dos conceptos jurídicos claramente diferenciados, aunque instrumentalmente pueden coincidir en un mismo trabajador, pudiendo fijarse un salario base inferior al salario mínimo mensual pero que, en cómputo anual, tendrá que respetarlo o superarlo para poder respetar la única norma mínima existente en materia salarial. Además, el salario base hará las veces de cajón desastre, en el sentido de que habrá de conducirse al mismo todo lo que no tenga encaje en la tipología de complementos salariales previstos en la norma estatutaria.

Respecto a éstos últimos, esto es, los complementos salariales, el papel protagonista vendrá a recaer en la autonomía de la voluntad, al tener encomendada la labor de creación de éstos, la determinación de la fórmula de cálculo de aquellos y el establecimiento del carácter consolidable o no de los mismos. Si bien, téngase en cuenta que más allá del encaje de determinadas partidas salariales en uno u otro grupo de complementos o la denominación que se otorgue a éstos por la autonomía de la voluntad, lo determinante, en todo caso, habrá de ser la causa a la que respondan.

Por otra parte, respecto de dichos complementos salariales debe tenerse presente que, en el caso de los complementos personales, en aquellos casos que el complemento además de ser personal tiene también carácter funcional, si se produce un cambio de puesto de trabajo en donde no fuera necesaria aquella cualidad personal, el complemento perdería su carácter consolidable, si así lo contempla la autonomía de la voluntad. Asimismo, en relación a los complementos salariales de puesto de trabajo, los mismos únicamente se devengarán si el trabajo se presta en las condiciones establecidas para el percibo del mismo.

Finalmente, por lo que se refiere a las percepciones extrasalariales, el legislador no se refiere a todo lo que pudiera ser considerado extrasalarial, pudiendo existir percepciones de aquella naturaleza que no se encuentran citadas en el precepto estatutario, debiendo estarse a la función que cumplan dichos pagos, siendo extrasalarial, por tanto, la naturaleza de aquellos pagos que ostenten una clara función resarcitoria y no remuneratoria del trabajo realizado. En este sentido, han sido constantes las resoluciones judiciales que han debido pronunciarse sobre la naturaleza de determinadas partidas percibidas por el trabajador, como es el caso de las dietas, el plus de transporte y desplazamiento, el plus de vestuario o el quebranto de moneda, atendiéndose en estos casos a la verdadera función de dichos pluses, más allá de la denominación que se les haya podido dar a los mismos por parte de la autonomía de la voluntad.

7. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO OLEA, Manuel: «Consideración general sobre las clasificaciones del salario», en BAYÓN CHACÓN, Gaspar (coord.): *Dieciséis lecciones sobre salarios y sus clases*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, 1971.
- ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel: «El complemento extrasalarial de prestaciones e indemnizaciones de la seguridad social», en DE LA VILLA GIL, Luis Enrique (coord.): *Estudios sobre el salario*, Acarl, Madrid, 1993.
- DE HEREDIA RUIZ, Ignasi Beltran: «Los salarios de tramitación tras la Ley 3/2012: inconsistencia dogmática, posible inconstitucionalidad y omisiones relevantes», *Relaciones Laborales*, núm. 7-8, 2013.
- DE LA FUENTE LAVÍN, Mikel: «¿Son cotizables las aportaciones empresariales a planes de pensiones?», *Aranzadi Social*, núm. 9, 1999.
- GARCÍA MURCIA, Joaquín: «Concepto y estructura del salario (art. 26)», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100. BIB\2000\619.
- GARCÍA NINET, J. I.: «El salario», en GARCÍA NINET, José Ignacio; GARCÍA VIÑA, Jordi y RODRÍGUEZ PASTOR, Guillermo: *Salario y tiempo de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores (De 1980 a 2005)*, CEF, Madrid, 2005.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio: «El salario mínimo interprofesional», en DE LA VILLA GIL, Luis Enrique (coord.): *Estudios sobre el salario*, ACARL, 1993.
- GONZÁLEZ ENCABO, Julián: «Salario por unidad de tiempo: los jornales», en BAYÓN CHACÓN, Gaspar (coord.): *Dieciséis lecciones sobre salarios y sus clases*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, 1971.
- IGLESIAS CABERO, Manuel: «El complemento extrasalarial de las indemnizaciones o suplidos», en DE LA VILLA GIL, Luis Enrique (coord.): *Estudios sobre el salario*, Acarl, Madrid, 1993.
- MARTÍN VALVERDE, Antonio, RODRÍGUEZ-SAÑUDO, Fermín y GARCÍA MURCIA, Joaquín: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 1999.
- MERCADER UGUINA, Jesús Rafael: *Modernas Tendencias en la Ordenación salarial. La Incidencia sobre el Salario de la Reforma Laboral*, Aranzadi, Pamplona, 1996.
- MONEREO PÉREZ, José Luis: «La estructura del salario», en BORRAJO DACRUZ, Eduardo (dir.): *Comentarios a las Leyes Laborales. La Reforma del Estatuto de los Trabajadores*, tomo I, vol. 1. *El nuevo régimen jurídico del salario*, Edersa, Madrid, 1994.
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, Carmen: «Sobre las propinas en el sector de hostelería. Sentencia del Tribunal Supremo 635/2021, de 17 de junio», *Revista de Derecho Laboral vLex*, núm. 3, 2021.
- SEMPERE BNAVARRO, Antonio Vicente: «Comentario al artículo 26 del Estatuto de los Trabajadores. Del salario», en AA. VV.: *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Aranzadi, 2007.

CAPÍTULO V

ÚLTIMAS TÉCNICAS RETRIBUTIVAS: LA REMUNERACIÓN MEDIANTE ACCIONES Y LAS CLÁUSULAS *MALUS*. UNA VISIÓN LABORALISTA

LUIS PÉREZ CAPITÁN

Of counsel en Sagardoy Abogados. Doctor en Derecho.
Ex inspector de Trabajo y Seguridad Social

1. INTRODUCCIÓN

La cuestión retributiva posee múltiples facetas y su diversidad es enorme. Uno de los aspectos más peculiares de esta materia es el referido a algunas técnicas retributivas más complejas que han ido evolucionando en las últimas décadas. Estamos ante herramientas remunerativas que comenzaron a aplicarse a los administradores y consejeros de las compañías mercantiles pero que hoy en día se han extendido a colectivos más amplios, esencialmente los puestos medios/altos y altos de la pirámide jerárquica empresarial y, en ocasiones, a todos los empleados de la empresa. Nos referimos a mecanismos donde la acción y la participación social, o el derecho a la misma, en diferentes modos y formas constituye el eje a través del cual se construye la herramienta retributiva.

También incluimos en este análisis una serie de técnicas más novedosas como las cláusulas *malus*, destinadas a posibilitar a la empresa la supresión, retención o reducción de las retribuciones variables (incentivos, bonus, acciones) antes de su entrega al trabajador cuando concurren una serie de circunstancias. No esta-

mos ante formas de retribución en sentido estricto, sino ante cláusulas dirigidas a obviar o matizar la retribución antes e, incluso, después de ser percibidas. Se trata de herramientas destinadas a asegurar la adecuada conducta de la persona trabajadora cuya existencia y aplicación ha generado cierto debate jurídico.

Excluimos de este análisis algunos tipos de retribución cuya consideración ha vuelto a ponerse en valor de nuevo¹ como el salario en criptomonedas o *tokens*, más allá de las limitaciones acerca de su legalidad² por la aplicación del art. 29.4 ET o su consideración como salario en metálico o en especie, entre otras líneas de debate. Y ello por su ausencia actual de repercusión en la doctrina judicial laboralista, lo que nos sitúa ante un panorama factible de especulación con poca repercusión teórica y práctica. No dudamos que existan supuestos de pago a través de tales métodos que devendrán de un acuerdo entre las partes en situaciones muy puntuales, al menos hasta el momento.

A fin de situarnos ante nuestra problemática de la forma más clara posible, es conveniente apuntar previamente una serie de notas:

Las técnicas a analizar se aplican habitualmente al personal fuera del ámbito del convenio colectivo³. E, incluso, cuando se trata de retribuciones atribuidas a personal de convenio colectivo, la empresa establece un programa alternativo al sistema retributivo pacticio, extramuros de aquél. Esto dificulta su estudio puesto que se integran dentro del margen estrictamente contractual y privado del actuar empresarial. Y, además, estamos usualmente ante vehículos retributivos diseñados para dotar a la empresa de la mayor discrecionalidad posible. La empresa suele dejar en el protocolo, declaración de intenciones, plan o programa que establezca la mecánica retributiva, una referencia especí-

¹ CID. M. «Salario en tokens: la estrategia laboral que ya es una realidad» publicado el 7 de mayo y consultado en <https://cincodias.elpais.com/legal/2025-05-07/salario-en-tokens-la-estrategia-laboral-que-ya-es-una-realidad.html>. Para la autora *stablecoins*, como los *e-money tokens* que cuenta con una regulación y una mayor seguridad jurídica son una indudable apuesta de futuro en las formulas retributivas presentes y futuras.

² Así, diversos informes publicados en la red dudan de su legalidad a la luz de la normativa estatutaria –v.g.: <https://www.legalitas.com/actualidad/se-puede-cobrar-el-sueldo-en-criptomonedas>; <https://bloglaboral.garrigues.com/es-posible-pagar-el-salario-en-criptomonedas->, de aquellos que las admiten. Por ej., el citado en la nota anterior.

³ Relata Kahale el caso TELEFONICA en nuestro país: «Y en España llega en 1999, a raíz del plan de acciones sobre acciones ofrecido por la empresa Telefónica S. A., a través del Global Employee Share Plan (GESP); que pretende fortalecer el carácter de empleador global de la propia compañía, que busca, a su vez, crear una cultura retributiva común para todas las filiales del grupo. Así como incentivar la participación de los empleados en el capital, impulsar la motivación, la fidelización y retener el talento en su plantilla»³¹. Este caso tan polémico en España trajo a colación dos efectos. El primero, se decide expandir este nuevo instrumento a otros trabajadores de la misma empresa. El segundo, da origen a la regulación de esta materia mediante la Ley de Sociedades Anónimas y la Ley del Mercado de Valores, por medio de la Ley de acompañamiento de los Presupuestos Generales del Estado para el año 2000; es decir, la Ley 55/1999, de 29 de diciembre de medidas fiscales, administrativas y del orden social.» KAHALE CARRILLO, D. T. «Los puntos críticos de las *stock options* como fórmula retributiva de participación de los trabajadores en la empresa», *Doc. Labor.*, núm. 108-Año 2016-Vol. III. ISSN: 0211-8556, p. 38.

fica y clara a la decisión mudable empresarial respecto a aspectos como la concreción anual de los objetivos, la cuantía, y el grado de cumplimiento exigible⁴, y, sobre todo, su propia existencia.

La articulación de las técnicas retributivas que vamos a exponer se lleva a cabo a través de cláusulas específicas que se suelen incorporar al contrato de trabajo o un anexo específico en función de las condiciones establecidas en el plan, programa, protocolo empresarial o carta de concesión. En ocasiones, la remuneración se atribuye a través de una comunicación empresarial o carta/oferta al trabajador sin que se incorpore ni figure en el contrato de trabajo.

La relación laboral de estos colectivos, si bien puede diferir en cuanto a la forma de retribución en muchos aspectos entre sí, adquiere aquí un sesgo diverso. En realidad, en algunos, no en todos, de este tipo de supuestos se ha producido un cierto reequilibrio en la relación bilateral empresario *versus* trabajador puesto que el poder de negociación puede ser mayor de lo habitual en la parte social debido a las exigencias muy específicas del puesto de trabajo y la probable escasez de oferta, en un ámbito limitado por el talento como bien muy valorado y escaso. Esto es más evidente en la relación laboral de carácter especial de alto directivo. Pero en la mayor parte de los casos, la aplicación de estas técnicas retributivas se efectúa sobre lo que se denomina personal directivo, pero que jurídicamente se vincula con su empresa mediante un contrato ordinario al no poseer su relación contractual las características exigibles a la mencionada categoría especial. No obstante, también es cierto que en numerosas ocasiones la posición de subordinación del manager, especialista, directivo, o como se denomine la posición correspondiente, es similar a la del trabajador clásico y que la aplicación del *ius cogens* laboral es una salvaguarda práctica importante para este grupo laboral.

En cuarto lugar, en el estudio de estas técnicas retributivas es necesario tener muy en cuenta no solo las normas del Derecho del Trabajo sino las propias del Derecho Tributario, de Seguridad Social y principalmente de Derecho Mercantil. El Derecho Mercantil en cuanto la creación de algunas de estas técnicas requiere el posicionamiento y aprobación de los órganos de

⁴ Un ejemplo lo tenemos en la cláusula contemplada en los antecedentes de hecho de la STS-SOC núm. 309/2025, de 9 de abril del 2025, núm. de recurso 3654/2025: «En términos generales, las acciones de S adjudicadas 2015 dan derecho a los receptores a recibir acciones de S sin tener que realizar ningún pago adicional, una vez que se cumpla el periodo de devengo de 4 años, sin embargo, el número de acciones adjudicadas depende del logro de un objetivo. El objetivo y el grado de consecución del objetivo son determinados por el Consejo de administración de S AG. Para establecer el objetivo y determinar el grado de cumplimiento del objetivo, el Consejo de administración aplica los valores aceptados por el Consejo de supervisión para los miembros del Consejo de administración»

gobierno social. El Derecho Tributario porque, en algunos casos, estas modalidades remunerativas presentan beneficios adicionales en ese campo, inexistentes en los complementos salariales clásicos, a salvo de la denominada retribución flexible⁵.

Inexistencia de una regulación laboral concreta sobre estas técnicas, lo que ha determinado que la doctrina judicial fuera la encargada de dirimir aspectos básicos sobre su naturaleza –salarial o mercantil, en especie o en metálico, etc.–.

Por último, estas técnicas retributivas tienen una finalidad muy clara. Se trata de comprometer al trabajador con el decurso de la empresa, de fidelizarlo⁶ recompensar el talento para atraerlo y retenerlo o, por el contrario, establecer un incentivo negativo con el fin de que el empleado no concurra en conductas no deseadas por la empresa.

2. LOS INSTRUMENTOS RETRIBUTIVOS LIGADOS AL CAPITAL SOCIAL DE LA EMPRESA

2.1 Origen y sentido

Durante el último tercio del siglo xx, la remuneración mediante *bonus* o incentivos retributivos vinculados a objetivos al personal directivo en las grandes y medianas compañías occidentales alcanza un nivel muy importante, con un gran peso en la retribución del empleado adscrito a las esferas directivas⁷. Sin embargo, tales herramientas parecen insuficiente para vincular a un em-

⁵ Sin entrar en un análisis exhaustivo de la materia advirtamos que el art. 43 Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, en la redacción de los RRDD 633/2015, de 10 de julio y 1008/2023, de 5 de diciembre, establece que está exenta del IRPF la entrega a los trabajadores en activo, de forma gratuita o por precio inferior al normal de mercado, de acciones o participaciones de la propia empresa o de otras de grupo de sociedades, en la parte que no exceda, para el conjunto de las entregadas a cada trabajador, de 12.000 euros anuales, siempre que la oferta se realice en las mismas condiciones para todos los trabajadores de la empresa, grupo o subgrupos de empresa. Si estuviéramos ante un grupo de sociedades conforme al artículo 42 del Código de Comercio, los beneficiarios pueden ser los trabajadores de las sociedades que formen parte del mismo grupo siempre que se cumplan las condiciones del mencionado art. 43 (la igualdad en la oferta a todos los trabajadores de la empresa, el mantenimiento de los títulos al menos tres años, que el trabajador con su cónyuges o familiares no posean una participación superior al 5 por 100, etc.). En el caso de *startup*, la exención se incrementa a 50.000 euros anuales con los requerimientos que establece el art. 10 y concordantes de la Ley 28/2022, de 21 de diciembre de fomento del ecosistema de las empresas emergentes y el art. 43 antes citado.

⁶ STS-SOC de 3 de mayo del 2012, núm. de recurso 2206/2011.

⁷ ALVARADO PRENTICE, J. A «La naturaleza jurídica de los *stock options* desde la perspectiva del derecho laboral», en <https://www.sptdss.org.pe/wp-content/uploads/2021/09/Laborem15-333-359.pdf>», Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, *Revista Laborem*, núm. 15, p. 340.

pleado de tanto peso en la marcha del negocio y el subsiguiente éxito de la compañía. Se diseñan entonces los planes remunerativos por acciones como una fórmula dirigida a vincular a los directivos con el interés de los accionistas⁸. En la realidad empresarial española actual, pueden verse supuestos claros donde se explicita esta finalidad:

– En los antecedentes de hecho de la STS-SOC, de 3 de mayo del 2012, núm. de recurso 2204/2011, se reproduce una de las cláusulas del plan de acciones de la empresa afectada por el litigio: «El objetivo del Plan de Opciones sobre Acciones indicado es: «atraer, retener, promover la lealtad y motivar a los trabajadores clave cuyo trabajo tiene un impacto significativo en los resultados de XXXXX, vinculando sus intereses a los de los accionistas de la Sociedad».

– E, igualmente, en la STS-SOC de 15 de julio del 2009, núm. de recurso 3623/2008, se transcribe parcialmente en sus antecedentes de hecho la comunicación del Consejo de Administración al directivo concediéndole opciones para suscribir acciones, conteniendo la siguiente afirmación: «Estamos seguros de que la asignación de dichas opciones de suscripción de acciones le animará a participar activamente en el desarrollo y crecimiento del grupo A».

– «El propósito de dicho plan de opciones sobre acciones es, como se describe en su apartado primero: –Atraer y retener a los empleados que pueden contribuir de forma significativa al éxito de la compañía.– Premiar a estos empleados por su contribución.– Comprometer a los empleados con los objetivos a largo plazo de la empresa mediante la entrega de las opciones sobre acciones» –antecedentes de hecho de la STS-SOC de 16 de mayo del 2008, núm. de recurso 523/2007–.

– Mas recientemente, se advierte el mantenimiento de la filosofía esbozada en la lectura de los antecedentes de hechos de la STSJ CAMAD núm. 43/2025, de 17 de enero, núm. de recurso 713/2024: «Las condiciones del plan de entrega de acciones para el equipo directivo de «D S. A.», siendo el objeto del contrato «fomentar la participación de determinados profesionales en el capital social de D y premiar su contribución a la buena marcha de la Sociedad mediante la

⁸ «If one abstracts from the effects of CEO risk aversion, compensation policy that ties the CEO's welfare to shareholder wealth helps align the private and social costs and benefits of alternative actions and thus provides incentives for CEOs to take appropriate actions. Shareholder wealth is affected by many factors in addition to the CEO, including actions of other executives and employees, demand and supply conditions, and public policy. It is appropriate, however, to pay CEOs on the basis of shareholder wealth since that is the objective of shareholder». MURPHY, K. J. and JENSEN, M. C., «Performance Pay and Top Management Incentives». *Journal of Political Economy*, April 1990, vol. 98, no. 2, pp. 225-264., Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=94009> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.94009>

entrega, con carácter anual, y previo cumplimiento de las condiciones establecidas a tal efecto, de un determinado número de acciones de la Sociedad».

Junto a la finalidad reseñada concurren otras. La atracción y retención del talento en un mercado en el que se valora éste como un producto escaso también impulsa la utilización de estas técnicas retributivas.

Corren los ochenta cuando las grandes compañías, comenzando las estadounidenses, consolidan el importante desarrollo de las *stock awards*⁹ –recompensas o remuneraciones mediante acciones– sin que en su evolución fuera el tamaño de la empresa el que determinara la importancia cuantitativa del instrumento¹⁰. Allí surgen los planes remunerativos mediante acciones que implican en su mayor parte la participación de un colectivo reducido de personas trabajadoras en la propiedad de la empresa o, al menos, si el empleado se deshace de las acciones inmediatamente a través de su venta, la obtención de un beneficio económico en consonancia con el exitoso desarrollo empresarial.

Las primeras resoluciones de nuestro alto tribunal –SSTS-SOC 24 de enero del 2001, núm. de recurso 4851/2000 y de 4 de febrero del 2002, núm. 642/2001– al enfrentarse ante lo que calificaban como «un concepto retributivo nuevo, no previsto por el legislador laboral, cuya naturaleza es compleja», intuían claramente su finalidad a pesar de explicarlo de forma algo confusa: «se produce un doble efecto para la empleadora: por un lado la fidelización del trabajador, vinculándolo para que no trate de encontrar empleo en otra empresa distinta, pero también se puede alcanzar, por otro, el objetivo perfectamente valorable de no tener que contratar nuevos empleados si se marchan los experimentados, con el coste de formación y falta».

⁹ «Over the last three decades, the level of top management pay has significantly increased especially for the massive use of SOs. In fact, from the 1980s onward firms have started to grant SOs to attract and retain talented executives. In this respect, literature reports that in the largest US companies CEOs generally grant annual stock option awards larger than their salaries and bonuses combined. However, the use of these equity incentives has grown in frequency and amount especially between the 1990s and 2000s. At the time, the proportion of firms awarding SOs has increased from 50 to 79 %. Similarly, the average percentage of compensation packages consisting of SOs has grown from 21 to 42 %, and has been associated with a dramatic growth in stock option value (from \$592.000 to \$5.589.000) (Balsam 2002; Frydman and Saks 2010)», CATUOGNO, S., SAGGESE S., FABRIZIA, F., VIGANO, R., «Shedding light on the aim of stock options: A literature review», May 2015 *Journal of Management and Governance* 20(2) DOI:10.1007/s10997-015-9318– consultado en https://www.researchgate.net/publication/277973998_Shedding_light_on_the_aim_of_stock_options_A_literature_review.

¹⁰ «In large firms CEOs tend to own less stock and have less compensation-based incentives than CEOs in smaller firms.» MURPHY, Kevin J. and JENSEN, Michael C., «Performance Pay and Top Management Incentives». *Op. cit.* Harvard University Press, 1998, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=94009> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.94009>.

Paulatinamente se extenderán estas técnicas a otros colectivos laborales¹¹. Ya en la literatura estadounidense de los años sesenta se habían valorado las *stock options*¹² como una herramienta retributiva extensible a otras capas asalariadas y cuyo reflejo también puede advertirse en la literatura de los conflictos jurídicos nacionales¹³.

En España, el análisis jurídico laboral sobre esta materia comienza a desarrollarse a principios de esta centuria¹⁴, incidiendo fundamentalmente, como puede advertirse a través de la lectura de sus títulos en la naturaleza de este instrumento retributivo. Sin embargo, en realidad las recompensas o retribuciones a través de acciones ya eran una realidad décadas antes. Una realidad que no se vio acompañada de una regulación específica laboral, de la que esta materia se encuentra absolutamente ausente.

Los planes de premios en acciones de la empresa, las *stock awards*, pueden clasificarse conforme al sesgo o requisitos de sus programas, así como sus funcionalidades de pago. Los más habituales son las *stock options* u opciones de compra de participaciones/acciones, y las acciones restringidas –*restricted stock*

¹¹ CORE, J. E., & GUAY, W. R. (2001). «Stock option plans for non-executive employees». *Journal of Financial Economics*, 61(2), 253–287. Un ejemplo de extensión a la totalidad de la plantilla del denominado programa de opción de acciones lo tenemos en los antecedentes de hecho de la STS-SOC de 11 de abril del 2002, núm. de recurso 3538/2001: de «La empresa ofreció en febrero de 1998 a todos sus trabajadores la posibilidad de participar en el denominado «Programa Opción de 125 Acciones A NV 1998».

¹² WARD, J. F., *Two-contract analysis may imperil stock option plans*, 52 MICH. L. REV. 849 (1954), c: consultado en <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol5/2/iss6>

¹³ «(...) el «Programa de beneficios para empleados» presente en los contratos de trabajo «se hace constar la siguiente cláusula adicional: «Desde el 1 de agosto de 1986 HPE ha resultado autorizada por la Dirección General de Transacciones Exteriores a poner en práctica un plan de compra de acciones de HP Company por parte de los empleados que tengan una jornada superior a 20 horas semanales. HPE tiene derecho exclusivo, en cuanto a sus empleados, filiales o ambas, de cancelar totalmente este plan en cualquier momento o de modificarlo en la forma y momento que estime oportuno, mediante dirección de sus órganos directivos» –STS-SOC de 13 de octubre del 2011, núm. de recurso 54/2011–.

¹⁴ FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (2000). «Las *stock options*: aspectos mercantiles y laborales. Revista de Derecho Mercantil (238), 1389 a1 405. DE LA PUEBLA PINILLA, A., «Algunas reflexiones sobre la naturaleza jurídica de las *stock-options*», *Revista práctica Mensual Social Mes a Mes, Francis Lefebvre*, núm. 56, octubre, 2000, pp. 12-18. Y de la misma autora casi una década después «Stock-options e indemnización por despido: problemas prácticos y soluciones judiciales» *Temas Laborales* núm. 101/2009, pp. 53-72. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, FRANCISCO. «Implicaciones laborales de las *stock options*». *Actualidad laboral*, vol. 1, 2001, pp. 57-71. MORADILLO LARIOS, C. (2001). «La naturaleza jurídica de las *stock options* desde la perspectiva laboral y de la Seguridad Social», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, (29), 133-153. MOLERO MANGLANO, C., SÁNCHEZ-CERVERA, J. M., LÓPEZ ÁLVAREZ, M. J., & MATO RRAS DÍAZ-CANEJA, A. (2001). «Las *stock options*: análisis jurídico y fiscal. Revista de Derecho del Trabajo» (112), 133-16. Posteriormente, también pueden destacarse: KAHLE CARRILLO, A. (2008). «Los puntos críticos de las *stock options* como fórmula retributiva de participación de los trabajadores en la empresa». *Revista de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (108), pp. 45-68. ALZAGA, I. «Las *stock options*. Un estudio desde el punto de vista del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social» Thompson-Civitas, 2003, pp. 167.

awards/ restricted units–¹⁵ y las *phantom shares* o acciones fantasmas, retribuciones que toman la acción como referencia para una recompensa retributiva.

Adviértase que nuestros tribunales suelen utilizar la expresión *stock options* sin entrar en mayor diferenciación¹⁶, a pesar de que nos encontremos ante otro tipo de mecanismo de premio de empresa mediante acciones o similar cuyo genérico anglosajón equivalente se expresaría con los términos *stock awards*.

2.2 Notas normativas mercantiles y contractuales usuales comunes en las remuneraciones mediante acciones

Como hemos adelantado anteriormente, no existen normas laborales concretas que regulen estas técnicas retributivas, pero sí podemos advertir en el campo mercantil la necesidad del cumplimiento de una serie de normas para su articulación, al mismo tiempo que de la lectura de los ejemplos reales podemos inferir una serie de interesantes características comunes.

En lo que concierne a los requerimientos de la legislación mercantil para la articulación de esta técnica retributiva, podemos resaltar los siguientes:

- En la aprobación de los planes de incentivos a empleados, la normativa vigente no contiene una regulación tan específica y completa como la que establecen los artículos 219 y 529 novodecies del RDL 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, en lo que concierne a la política de remuneraciones a los administradores y consejeros.

- Sin embargo, sí existen una serie de menciones de importancia de las que se infieren con claridad los requisitos exigibles para la legislación mercantil en función del vehículo accionario utilizado. Y, entre ellas, las siguientes:

- Articulación a través de las adquisiciones derivativas condicionadas. De conformidad al art. 146.1 del RDL 1/2010, la sociedad podrá adquirir sus propias acciones y las participaciones creadas o las acciones emitidas por su sociedad dominante con el fin de posibilitar el ejercicio de derecho de opción que posean los trabajadores de la sociedad o sencillamente con objeto de la entrega directa de

¹⁵ ALVARADO PRENTICE, J. A. «La naturaleza jurídica de los *stock options* desde la perspectiva del derecho laboral» en <https://www.sptdss.org.pe/wp-content/uploads/2021/09/Laborem15-333-359.pdf>, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, *Revista Laborem*, núm. 15, pp. 341 y 342.

¹⁶ Así la STS-SOC, de 9 de abril del 2025, utiliza la expresión *stock options* cuando, en realidad, estamos ante *restricted units*.

tales acciones o participaciones a éstos. La norma requiere para ello la autorización por acuerdo de la junta general que deberá establecer específicamente que la autorización se concede con tal finalidad y «las modalidades de la adquisición, el número máximo de participaciones o de acciones a adquirir, el contravalor mínimo y máximo cuando la adquisición sea onerosa, y la duración de la autorización, que no podrá exceder de cinco años». En todo caso, se han de cumplir y respetar las limitaciones y condicionamientos de los números 2 a 4 del art. 146 ya citado.

– Institución a través del aumento de capital, excluyendo el derecho de suscripción preferente, conforme al art. 308 RDL 1/2010. El precepto citado permite esta posibilidad cuando «el interés de la sociedad así lo exija» –v.g.: la necesidad de conseguir el alineamiento de los intereses de los trabajadores afectados con los de la sociedad, y/o la retención y atracción del talento–. El acuerdo de exclusión de la preferencia debe ser aprobado en la junta general que, al autorizar el aumento de capital, acordará la supresión total o parcial del derecho de suscripción preferente. El referido acuerdo ha de cumplir con las exigencias del artículo 308. El art. 297 del mentado texto legal permite la delegación de la junta general en los administradores, siempre que tal delegación se apruebe con los requisitos establecidos para la modificación de los estatutos sociales, de diversas facultades que les permiten a aquellos la articulación concreta del plan de incentivos dentro de un marco general –los «aumentos no podrán ser superiores en ningún caso a la mitad del capital social en el momento de la autorización»– bastante flexible –por ej.: al posibilitar un plazo máximo de cinco años desde el acuerdo de la Junta para la estructuración del plan–.

Junto a las citadas anotaciones normativas podemos destacar una serie de singularidades o características habitualmente comunes en este tipo de cláusulas¹⁷. Advirtiéndolo de antemano que, como ha afirmado con insistencia la Sala

¹⁷ Las notas son extraídas del propio conocimiento del autor del ámbito contractual y también de la lectura del conjunto de las resoluciones judiciales que aquí se citan. Pero, en todo caso, un ejemplo de articulación de diversas formas de retribución por participación accionarial que contiene gran parte de las notas que detallan seguidamente se obtiene en antecedentes de hecho de la STS-SOC, núm. 386/2017, de 3 de mayo, núm. de recurso 385/2017: «En la empresa existe un plan de incentivos– *Stock Options* y *Restricted Stocks* (*RSUs*) el cual desde el 2.008 y con las modificaciones introducidas en abril del 2.013 señala lo siguiente: «(c) Ejercicio. Las Opciones sobre Acciones podrán ejercitarse en el momento o los momentos y con sujeción a los términos y condiciones que determine el Comité en la fecha de concesión; en el entendimiento, no obstante, de que las Opciones sobre Acciones estarán sujetas a un período mínimo de consolidación de un año, si bien en lo que respecta a un Participante que en la fecha de concesión no tenga la condición de Consejero Ejecutivo Designado, aquellas Opciones sobre Acciones que no se hayan consolidado podrán consolidarse antes de que transcurra el periodo de un año si se produce un Cambio de Control o la Jubilación del Participante o si el Participante pasa a situación de Incapacidad, fallece o es despedido como consecuencia de una reducción de plantilla o la Extinción de su Contrato de Trabajo en el marco de una adquisición empresarial, en cada uno de tales supuestos conforme se prevea en el acuerdo de concesión de Incentivos correspondien-

de lo Social del Tribunal Supremo, «no cabe hacer un tratamiento jurídico único e indiferenciado de todas las situaciones que pueden darse con motivo de la suscripción de planes de opción sobre acciones» –SSTS-SOC de 26 de junio del 2007 y 3 de junio del 2008, núm. de recurso 1414/2006 y 2532/2006, siguiendo la estela de la resolución del mismo tribunal de 24 de octubre del 2001, núm. de recurso 4851/2000–. En todo caso, puede afirmarse que:

– Este tipo de retribuciones se constituyen a través de un acto unilateral de la empresa, plasmada en un programa, carta de concesión, plan, etc., que reúne los requisitos y condiciones para la adquisición y mantenimiento del derecho, incorporándose a la relación contractual bilateral a través del propio contrato de trabajo, de un documento adicional o de la propia carta de manifestaciones empresarial.

– Para su obtención requieren un periodo de maduración o devengo, el transcurso de un plazo para que el empleado pueda consolidar o materializar el derecho a la retribución, plazo que puede variar a lo largo de su desenvolvimiento¹⁸. Este puede ser a corto, pero es habitual que se constituya a medio, incluso a largo plazo¹⁹ con la intención de fidelizar, de vincular al empleado

te. No obstante, lo dispuesto en la frase anterior, con sujeción a las limitaciones que se establecen en el Apartado 4, podrán concederse Incentivos con respecto a un porcentaje máximo del cinco por ciento (5%) del número total de Acciones Ordinarias reservadas a tal efecto con arreglo al Plan a favor de cualquier Participante (incluyendo un Consejero Ejecutivo Designado) sin que se aplique ninguna limitación a la consolidación anticipada. Si el Comité establece, a su exclusiva discreción, que cualquier Opción sobre Acciones es ejercitable con sujeción a determinadas limitaciones (incluyendo, sin limitación alguna, que únicamente pueda ejercitarse de manera fraccionada o dentro de unos plazos específicos), dicho órgano podrá renunciar a aplicar tales limitaciones sobre el ejercicio en cualquier momento con carácter simultáneo o posterior a la concesión, ya sea total o parcialmente (incluyendo, sin limitación alguna el supuesto de que el Comité renuncie a disponer que el ejercicio se realice de manera fraccionada o adelante el momento en el que las Opciones puedan ser ejercitadas), atendiendo a los factores que, en su caso, determine el Comité a su exclusiva discreción– (...)–Artículo 10– Incentivos basados en el desempeño. 10.1 Incentivos basados en el Desempeño. Los Incentivos basados en el Desempeño podrán concederse de manera individual o junto con Opciones sobre Acciones, Derechos de Revalorización de Acciones o Acciones Restringidas.–»

¹⁸ «El momento en el cual los beneficiarios consolidarán los derechos correspondientes a las PS otorgadas en la Carta de Concesión será a los 3 años desde la fecha efectiva (el «periodo de consolidación»). La Fecha efectiva será el 1 de enero de 2019 y la fecha final de consolidación el 31-12-2021. A efectos aclaratorios, la consolidación sólo se llevará a cabo al final del periodo de consolidación y los beneficiarios no tendrán derecho a exigir consolidaciones parciales dentro de dicho periodo. Sin perjuicio de lo anterior, la sociedad se reserva el derecho de establecer periodos de devengo diferentes para la generación y consolidación de las PS, para aquellos casos que se ajusten a lo establecido en el apartado 4 del presente documento. En tales casos, la sociedad se establecerá el plazo aplicable para la generación y consolidación de las PS en la Carta de concesión o en un anexo posterior.» STSJ PV núm. 374/2023, de 14 de febrero, núm. de recurso: 1741/2022.

¹⁹ «Limitó al 25% anual desde la fecha de concesión y con un margen de hasta 10 años desde la fecha de concesión respecto de los del plan de 1997, y de hasta 8 años respecto de los otros dos planes, por lo que las opciones de compra podían ser ejercitadas por el actor en el día y mes coincidentes con el de su concesión a partir del año 1998 y respecto del número de acciones que respecto de los años 1998 a 2006...» –antecedentes de hecho de STS-SOC de 3 de junio del 2008, núm. de recurso: 2532/2006–.

con éxito de la estrategia empresarial en un espacio temporal más dilatado. El empleado para generar el derecho deberá habitualmente permanecer en la posición que genera la entrega durante todo el periodo de maduración, en caso contrario, las adjudicaciones caducarán. El sentido de ese periodo es claro, mantener el compromiso del empleado durante el mismo²⁰.

- Es habitual mantener el derecho del empleado a la retribución, al menos por un periodo de tiempo relativamente amplio, si cesa en su relación laboral por fallecimiento, invalidez, jubilación o pase a otra empresa del grupo. En el caso de fallecimiento, se concede a los derechos habientes un plazo para el ejercicio del derecho de opción.

- Es habitual ligar el cobro de esta remuneración al desempeño del puesto que determinó su derecho a la misma²¹.

- La articulación del beneficio no se atribuye con carácter consolidable²² y su cuantía puede ser variable en función de múltiples circunstancias, reservándose la empresa la máxima flexibilidad²³.

- El cumplimiento de los requisitos enunciados en el programa es un requisito insoslayable para la materialización del derecho de forma similar a cualquier retribución variable vinculada a unos objetivos²⁴ de empresa o individuales.

²⁰ «(...) los planes de opciones sobre acciones han tenido siempre y tienen un marcado carácter retributivo como incentivo laboral, tratando de incrementar de esa forma el compromiso de los empleados con la empresa y mejorar así sus propios resultados económicos, tal y como se dice expresamente en las distintas descripciones de los planes dados a conocer a aquéllos como marco u oferta de las opciones sobre acciones. Así, cuando se explica la razón de la introducción de un «periodo de carencia de ejercicio», de adjudicación o de bloqueo de tres años, se dice que ese plazo de espera está «mucho más en consonancia con la esencia de un plan de opciones sobre acciones, porque de este modo aumenta la implicación de los empleados con A y se les estimula a que contribuyan al crecimiento y éxito de la empresa» –STS-SOC de 24 de octubre del 2001, núm. de recurso 3259/2000–.

²¹ «El derecho de cobro de esta retribución estará condicionado a la permanencia del trabajador en su cargo o similar cargo en la compañía o momento de devengo de la misma, y en los porcentajes descritos anteriormente, no produciéndose en ningún caso devengos parciales y/o proporcionales.» STSJ CAMAD núm. 386/2024, de 16 de mayo, núm. de recurso 750/2023–.

²² Respecto a *phantom shares* en los antecedentes de hecho de la STSJ PV núm. 374/2023, de 14 de febrero, núm. de recurso: 1741/2022: «El incentivo objeto de este Plan de PS constituye una concesión excepcional de la sociedad al beneficiario para incentivar y compensar necesidades puntualmente identificadas. En consecuencia, no tendrá en ningún caso el carácter de consolidable, ni forma parte de la retribución normal o media del beneficiario por lo que no genera derecho ni expectativa alguna a futuro ni será computable a efectos de, en su caso, compromisos por pensiones, indemnizaciones por despido o cualquier otro concepto referido a la retribución del beneficiario

²³ «Management Incentive Plan: queremos hacerte partícipe del éxito del proyecto y en consecuencia, te invitaremos a formar parte del Management Incentive Plan de la compañía en base al 6 Years Plan, con una participación en Shadow Shares/Stock Options del 0,35% del capital de A que a salida de I podría representar una cantidad aproximada de 1,0 millón de euros. Estas cantidades son totalmente orientativas, y deben ser entendidas como tales, no resultando una obligación en este momento que contrae A, ya que dependerán de la valoración de ésta a la salida de I y la fecha de incorporación del candidato» –antecedentes de hecho de STSJ CAMAD núm. 218/2025, de 6 de marzo, núm. de recurso 996/2024.

²⁴ STSJ CAMAD núm. 218/2025, de 6 de marzo, núm. de recurso 996/2024.

– Se pueden constituir como una modalidad más de la retribución variable, eso sí, como una técnica específica o subespecie de aquella. En ese sentido, y, a salvo del caso concreto, la doctrina del Tribunal Supremo²⁵ se ha inclinado por estimar que cuando estemos ante una retribución variable no será necesario para percibirla el cumplimiento absoluto de todos los objetivos, puesto que puede derivarse de sus normas de concreción que su percibo será proporcional a los objetivos alcanzados.

– Es común extinguir el derecho a la retribución a través de la participación cuando el trabajador ya no se encuentra al servicio de la empresa si el cese deviene de la decisión voluntaria del trabajador o de la voluntad empresarial²⁶. De este modo, en las *stock options*, el ejercicio del derecho se supedita a que el contrato de trabajo esté en vigor en el momento en que los derechos son ejercidos²⁷. En algún caso, se excluye incluso cuando el

²⁵ STS-SOC de 5 de abril del 2010, núm. de recurso 606/2009: «La doctrina de esta Sala, a la que hemos de estar, por razones de coherencia y homogeneidad es la emanada de la STS de 5 de mayo de 2009, RCUD. 1702/2008, que se pronuncia en los siguientes términos: «La cuestión planteada, consistente en determinar si la retribución variable o «bonus variable» requiere para su devengo e cumplimiento total de los objetivos estipulados o si es posible su devengo en proporción a los objetivos logrados, ha sido resuelta correctamente por la sentencia recurrida. El acierto de esa solución viene avalado por una interpretación lógica y literal de la cláusula contractual interpretada, que nos muestra que la intención de las partes fue establecer un complemento salarial de cuantía variable en función de los objetivos conseguidos, lo que supone su devengo en proporción marcada. Esta interpretación, acorde con lo dispuesto en los artículos 1.281 y siguientes del Código Civil, se funda en las razones que a continuación se detallan: Primero. Porque la propia denominación del complemento retributivo, bono o retribución variable, indica de salida que ese complemento tiene una cuantía variable, lo que evidencia que su devengo no requiere el cumplimiento íntegro de los objetivos, sino que es posible su cobro en proporción (variable) a los objetivos conseguidos, por cuánto en otro caso se hablaría de bono (fijo) por consecución de objetivos. Segunda. Porque, al decirse que la retribución variable «se satisfará en función del cumplimiento de los objetivos fijados», se está indicando que la intención de las partes es que el logro total o parcial del objetivo o meta establecidos determine la cuantía del complemento variable que se establece en función del logro obtenido, ya que en otro caso no se diría que el complemento es variable, ni que el mismo se satisface en atención a los objetivos cumplidos. Tercera. Porque en el presente caso el propio contrato, al disponer que en el primer año de servicio la cuantía del complemento variable se fijaría en proporción al tiempo trabajado, nos muestra que fue la intención de los contratantes que el bono se devengara en proporción a los objetivos conseguidos cada año».

²⁶ En algunos casos, en plena contravención de la norma laboral se establecen cláusulas de sentido diverso pero dirigidas a minorar los derechos del empleado: «no puede tenerse en cuenta para el cálculo de cualquier indemnización, en caso de extinción del contrato de trabajo (folios 230 a 236). En el documento de aceptación de 1.800 opciones a 47,98 dólares, se pacta que no puede ser tenido en cuenta a efectos de cálculo de indemnización ...» –recogida en los antecedentes de hecho de la STS-SOC de 26 de enero del 2006, núm. de recurso 3813/2024–.

²⁷ «El beneficiario, en el día que ejerza sus opciones, debe de tener imperativamente la calidad de trabajador (o de mandatario social) de la sociedad A o de una sociedad del grupo que tenga vínculo de capital con esta última tal y como se define y en artículo 225-180 del Código de Comercio. Por consiguiente, el ejercicio de opciones a partir del 13 de Marzo del 2007 está sujeto a la condición de que con arreglo al contrato de trabajo (o el mandato social) del beneficiario esté en vigor en la fecha en que aquellas son ejercidas» –cláusula relatada en los antecedentes de hecho de la STS-SOC de 15 de julio del 2009, núm. de recurso 3623/2009–. O en los antecedentes de hecho de la STS-SOC ya citada de 9 de abril del 2009: «acciones S no caducará, y seguirán siendo válidas, si el perceptor sigue estando contratado en Siemens AG o una empresa

trabajador se le ha comunicado ya el despido o ha presentado su cese voluntario si bien la relación laboral continúa al no haberse materializado éstos²⁸. También se advierte la existencia de cláusulas que extinguen expresamente incluso la parte consolidada del plan si la extinción empresarial se produce por justa causa²⁹.

– Por último, es habitual que la compañía, en muchas ocasiones multinacional, someta el régimen jurídico de la concesión a legislación extranjera³⁰. Lo que debe entenderse sin perjuicio de la condición de *ius cogens* del derecho nacional laboral, como ya aclaró STS-SOC de 26 de enero del 2006, núm. de recurso 3813/2004, que impide derogar por contrato las denominadas «disposiciones imperativas» entre las que se encuentran las relativas a las condiciones de trabajo que se regirán conforme al Convenio de Roma como ley foro por la del país en que habitualmente se realice el trabajo.

– «Otro de los factores característicos y atípicos del derecho de opción sobre acciones es el relativo a la variabilidad o aleatoriedad indudable de la cuantificación del beneficio salarial, que puede alcanzar incluso a su propia existencia, a lo largo del periodo de tiempo en que el trabajador puede exigir su cumplimiento. Antes de la fecha inicial de posible ejercicio, no se conocerá la diferencia entre el precio de las acciones en el momento inicial y el que puedan tener en el de la venta, y una vez dentro del periodo en que puede ejercitarse el referido derecho, el valor de las acciones puede cambiar en cada sesión de bolsa y con él la cantidad que pueda obtener el trabajador por ese concepto. Pero la indeterminación y variabilidad de la cantidad resultan-

del grupo S, sin interrupción inmediatamente después de la resolución de su relación laboral anterior o después de que su anterior empresa del grupo Siemens abandone el grupo S (por ejemplo, a través de una sucesión de la relación laboral o debido a la celebración de un nuevo contrato de trabajo o de servicios).»

²⁸ «(...) el beneficiario no debe de hallarse en curso de preaviso de dimisión o de despido cualquiera que sea el motivo incluso en caso de despido que eventualmente reconociese sin causas reales y serias cualquier órgano jurisdiccional, en la fecha de ejercicio de la opción, materializándose el punto de partida del preaviso en la fecha en que los servicios postales le presenten al destinatario la carta de dimisión o de despido, o en la fecha de entrega en mano al destinatario de los mismos documento» recurso 3623/2009–.

²⁹ Un ejemplo en el supuesto analizado por la STS-SOC, de 5 de abril del 2010, núm. de recurso 606/2009: «si la relación laboral del Partícipe con la Sociedad o sus Entidades Asociadas es extinguida por la Sociedad o una Sociedad Asociada con Causa Justa, la parte consolidada de la Opción se extinguirá, íntegramente y dejará de ser ejercitable; b) «A los efectos del presente contrato», (i) Causa significa causa tal y como venga definida en cualquier contrato de trabajo vigente en ese momento entre el Partícipe y la Compañía o cualquier Entidad Asociada, o en defecto de dicha definición o contrato, malversación, apropiación indebida, la condena por delito.»

³⁰ «En el documento de aceptación de la adjudicación de 1.800 opciones al precio de 66,625, de fecha 24.4.2000, firmado por el actor el 15.6.2000, se pacta el sometimiento al derecho del Estado de Washington ...» –supuesto recogido de los fundamentos de hecho de la STS-SOC de 26 de enero del 2006, núm. 3813/2004–.

te no priva al beneficio del carácter salarial que se viene sosteniendo, pues lo decisivo, lo determinante, el núcleo básico y esencial para tal calificación no viene dado por la posibilidad de cuantificar con precisión anticipada el salario, sino por la constatación de que la percepción a la que se tiene derecho trae causa, deriva de la relación de trabajo, de la prestación profesional de servicios laborales por cuenta ajena, tal y como exige el artículo 26.1 ET»³¹.

2.3 Tipología de la retribución a través de las participaciones accionariales o *stock awards*

Ya hemos reseñado anteriormente algunas especies de la retribución a través de participaciones accionariales, conviene ahora exponer su diferente conceptualización con el auxilio de la doctrina judicial.

2.3.1 STOCK OPTIONS

La técnica denominada *stock options*³² atribuye a la persona trabajadora el derecho de optar por la adquisición de un volumen concreto de acciones o participaciones de la empresa o de una compañía del grupo, a un precio determinado previamente –por ej.: valor de mercado al momento de formalizar el derecho al beneficio, con o sin descuento, o a un precio acordado por la empresa en el momento de su otorgamiento o de su aprobación–. La asignación del derecho de opción procedería pasado el denominado periodo de maduración de acuerdo con el cronograma sucesivo o puntual que estableciera el documento originador de la retribución, usualmente el plan o programa de adquisición de acciones de la compañía. Por tanto, para poder ejercer el derecho de opción, debe cumplirse un periodo de devengo o periodo de consolidación (*vesting period*), en el cual el trabajador debe cumplir ciertos objetivos o metas. Una

³¹ STS-SOC de 24 de febrero del 2001, núm. de recurso 4851/2000.

³² Un concepto judicial de *stock option* podemos encontrarlo en el fundamento derecho de una resolución de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 3 de junio del 2008, núm. de recurso 2532/2006 lo «en general, en el ámbito laboral, las opciones sobre acciones se configuran como un derecho que, de forma onerosa o gratuita, otorga la empresa al trabajador para que éste, en un plazo determinado, pueda adquirir acciones de la propia compañía o de otra vinculada, estableciéndose para ello un precio, frecuentemente el valor de la acción el día que se concede el derecho, posibilitando que, tras el vencimiento de aquel plazo y una vez ejercitada la opción, el empleado pueda percibir, bien la diferencia del precio de las acciones entre ambos momentos (otorgamiento y ejercicio), bien las propias acciones al precio fijado en el momento del otorgamiento del derecho.»

vez transcurrido éste, el empleado está sometido a un plazo para el ejercicio del derecho, para la adquisición de unas acciones que tienen un precio en el mercado mayor que el anterior. También es posible que el plan otorgue al trabajador la posibilidad de quedarse con la acción³³. Ejemplos de esta técnica retributiva los tenemos en los antecedentes de hecho de nuestra doctrina judicial mayor, lo que nos da una idea clara de los beneficios económicos que suponen para su receptor la diferencia entre el precio asignado y el de venta posterior:

– «El día 15 de enero del 2004 la demandante recibe comunicación de la Entidad A en la que se le manifiesta que, en su reunión del 6 de enero del 2004, el consejo de administración decidió concederle 3.200 opciones para suscribir acciones de A de acuerdo con el plan de opciones aprobado por los accionistas en Junta General celebrada el día 7 de enero de 1999. El precio de ejercicio de las opciones a 6 de enero del 2004 es de 10,73 euros (precio de cierre). Se le comunica que podrá ejercer sus opciones desde el 6 de enero del 2008 hasta el 6 de enero del 2012, fecha tras la cual habrán vencido. Las opciones que Vd. compre no podrá venderlas hasta el día 6 de enero del 2008» –STS-SOC de 15 de julio del 2009, núm. de recurso 3623/2008–.

– «(...) en fecha 27 de septiembre de 2004 le fueron reconocidos al actor derechos en la Stock Options Plan n.º 7 de 17 de septiembre del 2004, teniendo período de carencia hasta el 17 de septiembre de 2007, siéndole reconocidos sus derechos por esa sociedad hasta noviembre del 2007 en que le fue comunicado por la empresa que había perdido sus derechos respecto a las *Stock Options* por haber terminado su contrato laboral; reclama en la demanda le sea reconocido su derecho a ejercitar la acción (*Stock Options*) y el derecho a percibir la diferencia (por opción cantidad garantizada de 2000 acciones empresa), entre el precio de la acción a 27 de noviembre de 2007 (fecha de la venta si se hubiera producido) que fija en 142,90 euros (folios 11 y 96 precio al cierre de la Bolsa del día 27-11-2007), fecha en que el actor ejerce su acción y el precio inicial de la compra: fijándola en 17,20 euros, es decir reclama su derecho a que le sea abonada por la empresa demandada la cantidad de 251.400.» – STS-SOC de 3 de mayo del 2012, núm. de recurso 2206/2011 respecto a un director general de la unidad de pasajeros de una empresa de transportes–.

³³ «La opción otorga el que el empleado cuando ejerce el derecho de adquisición pueda elegir entre conservarlas o venderlas simultáneamente. En este último caso percibirá la diferencia entre el precio fijado de la acción en el momento de ejercitar el derecho de opción y el precio de la acción en el momento de venta.» –antecedentes de hecho de la STS-SOC de 4 de febrero del 2002, núm. de recurso 642/2001–.

2.3.2 *RESTRICTED STOCK AWARDS*

A diferencia de las *stock options*, las *restricted stock awards* suponen el compromiso de la compañía de entrega de participaciones o acciones al directivo o empleado sin que éste tenga que efectuar desembolso alguno, vinculándose habitualmente tal entrega al cumplimiento de unos objetivos que pueden ser individuales, de compañía, o mixtos. La entrega suele estar condicionada adicionalmente a una serie de requerimientos para su devengo como el transcurso de un periodo de maduración para la concesión –*vesting*–. Las acciones asignadas pueden o no poseer derechos políticos y generar o no derecho a dividendos, según se acuerde. Un ejemplo de esta modalidad lo tenemos en el supuesto analizado en la ya citada STS-SOC de 9 de abril del 2025:

«Una adjudicación accionarial S consiste en una promesa contractual que el miembro de la alta dirección o de la dirección seleccionada (el «perceptor») percibirá una acción del capital de S (una «acción S»), sin pago de contraprestación, tras el vencimiento de un periodo de tiempo especificado (el «periodo de consolidación»). El periodo de consolidación comienza en la fecha de concesión de las adjudicaciones accionariales Siemens y termina al cierre del segundo día después de la publicación de los resultados de explotación del ejercicio fiscal en el cuarto año natural posterior a la fecha de concesión. La fecha de concesión es determinada por el Consejo de administración de S (...).»

Cuando la empresa establece como alternativa a la entrega de las acciones la dación de una suma de dinero, computada de acuerdo a lo establecido en el programa, equivalente al valor de las acciones acordadas por aquella –por ej.: el precio del mercado de las acciones o participaciones en el momento de materialización del derecho–, estamos ante programas *restricted stock unit*. Un ejemplo de esta modalidad lo tenemos de nuevo en la mencionada STS-SOC de 9 de abril del 2025:

«X se reserva el derecho a decidir, a su exclusiva discreción, si abona las adjudicaciones accionariales X al final del periodo de consolidación efectuando un pago en efectivo en lugar de transferir las acciones...»

2.3.3 *PHANTOM SHARES*

Las *phantom shares* son derechos económicos que aparentan la posesión de acciones, otorgando al beneficiario el valor económico equivalente sin transmitir la propiedad real. Este mecanismo permite vincular la retribución al

desempeño de la empresa³⁴, o del trabajador o de ambos, sin afectar a la distribución del capital social. Existen diversas formas de *phantom shares* incluidas las *phantom shares options* recogidas en los antecedentes de hecho de la STSJ CAMAD núm. 386/2024, de 16 de mayo, núm. de recurso 750/2023:

«Asimismo, al trabajador se le atribuye, en concepto de *phantom stock options*, un 5% del capital de la compañía (en adelante, el incentivo), de modo que, en caso de venta de a partir de un 51% de las participaciones de la sociedad (en una única operación o en sucesivas, siempre que estas correspondan a participaciones diferentes), tendrá derecho a recibir en metálico una cantidad proporcional del incentivo igual al porcentaje de participaciones enajenadas a un tercero entre dichos márgenes (Del 51 al 100%) por importe igual a la diferencia entre el valor actual de las participaciones que se le asignan (5%) y el valor que tengan dichas participaciones a la fecha del ejercicio del derecho. Con efectos aclaratorios, en caso de venta, de por ejemplo el 75% de las participaciones de la sociedad, el trabajador tendrá derecho a percibir el 75% del incentivo, mientras que, si se vende el 100% de las mismas, percibirá el incentivo en su integridad, según la base de cálculo aquí descrita.»

Y alternativas como las *phantom dividends* reflejadas en la STSJ AND (Málaga) núm. 1468/2024, de 7 de octubre, núm. de recurso 1358/2024³⁵.

3. PROBLEMÁTICA JURÍDICA EN TORNO A LOS PLANES DE RETRIBUCIÓN MEDIANTE ACCIONES

Ya hace años se encuentra superada la discusión en torno al carácter salarial de las retribuciones mediante la entrega de opciones sobre acciones o directamente de acciones a los empleados de la empresa³⁶. Y es que, aunque se tratare de beneficios discrecionales, o voluntarios de la empresa y cuya ejecución y materialización puede ser dudosa, incluso por la voluntad del empleado,

³⁴ Supuesto de la STSJ PV núm. 374/2023, de 14 de febrero, núm. de recurso 1741/022, en el que las *phantom shares* se vinculan a la buena marcha de la empresa, pero no a objetivo concreto alguno del trabajador.

³⁵ «Diferencias entre *phantom shares* y *phantom dividends*, tal y como consta en el contrato, atribuyéndose las *phantom shares* por un período de tiempo indefinido con derecho a percibir un porcentaje en proporción a sus participaciones, en caso de que la sociedad adopte la decisión de repartir dividendos, alegando que se trata de un sistema distinto al de las *stocks options*».

³⁶ Cónfer la doctrina judicial menor anterior a este siglo en la que se consideraron «la entrega de opciones sobre acciones a empleados como una ventaja de carácter no salarial» y el giro que supusieron las STSJ M de 22 de febrero del 2011 y las SSTS, ambas de 24 de octubre del mismo año en BARROS, M. «Doctrina jurisprudencial sobre la entrega de opciones sobre acciones a empleados: estado de la cuestión» consultado en <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/1689/documento/050MBarros.pdf?id=1930>, p. 2 y nota 2.

se sustentan en «una causa onerosa, cual es la valoración de la actividad profesional del empleado»³⁷.

El Tribunal Supremo ha afirmado tajantemente en sendas resoluciones de principios de centuria la naturaleza salarial de los conceptos que aquí analizamos como salario en metálico y no en especie³⁸, puesto que su venta y monetización o la posibilidad de la realización inmediata de esta les otorga tal carácter—SSTS de 24 de octubre del 2001, núm. de recurso 3259/200 y 4851/2000—. Siendo indiferente a tal efecto que se trate de valores pertenecientes a la propia empresa o a otra entidad que conforma el grupo empresarial puesto que «lo que cuenta para considerar salario una percepción económica del trabajador es el beneficio atribuido al mismo, y no la titularidad inicial de los bienes o ventajas asignado»³⁹. Todo ello, como ya señalamos, sin perjuicio de la exigencia de «un estudio individualizado de cada caso»⁴⁰ puesto que «los distintos planes que las empresas ofrecen a sus empleados tienen características muy distintas, que pueden hacer por ello imposible desde el punto de vista jurídico laboral un tratamiento único, una respuesta universal para todos ellos»⁴¹.

Es cierto que los supuestos de participación de los empleados en el capital social pueden adquirir grados de complejidad muy elevados en los que la existencia de contratos mercantiles de compra y recompra de acciones se entretrejen con las otras retribuciones del trabajador, pero ello no obvia la naturaleza salarial de la remuneración y la competencia del orden social sobre los conflictos que se susciten en relación con esta materia⁴².

Si se consolida el plan de remuneración mediante acciones como una fórmula de retribución variable estará sometido además a las consideraciones específicas que se reseñaran propias de la retribución variable expuestas en las

³⁷ STS-SOC de 26 de enero del 2006, núm. de recurso 3813/2004.

³⁸ Por el contrario, en el ámbito fiscal se consideran remuneraciones en especie. Cónfer, art. 43 del Reglamento IRPF, antes citado.

³⁹ STS-SOC de 26 de enero del 2006, núm. de recurso 3813/2004, y luego la de 16 de mayo del 2008, núm. de recurso 523/2008.

⁴⁰ STS-SOC de 26 de enero del 2006, núm. de recurso 3813/2004. Y, así, cuando el beneficio «se produce ya fuera del marco de la relación de trabajo, y que carece en consecuencia de la condición de salario, es la obtenida por el trabajador, mediante un posible posterior negocio jurídico mercantil con un tercero, consistente en «la venta de las acciones que adquirió al ejercitar la opción». SSTS-SOC de 26 de enero de 2006, núm. de recurso 3813/2004 y de 3 de junio del 2008, núm. de recurso 2532/2006, recogiendo el criterio de la STS-SOC de 1 de octubre de 2002, núm. de recurso. 1309/2001.

⁴¹ SSTS-SOC de 24 de octubre del 2001, núm. de recurso: 3295/200 y 4851/2000.

⁴² El supuesto de la STSJ CAMAD núm. 179/2024, de 23 de febrero, núm. de recurso 671/2023, es realmente sugerente. En el mismo, muy sintéticamente explicado se fija en un contrato adicional mercantil la posibilidad de adquisición de acciones de la empresa por el directivo a costa de su variable y el derecho de compra de la empresa de las mismas en caso de extinción de la relación laboral.

consideraciones del Tribunal Supremo⁴³ —si se ha establecido un objetivo global, una vez alcanzado, todos los trabajadores incluidos en el programa tienen derecho a su cobro; si por la razón que fuere no resulta posible determinar cuáles fueron los objetivos marcados por la empresa, se produce el cobro a pesar de la voluntad en contra de la empresa; la prima debe calcularse en proporción al tiempo trabajado, etc.—.

La lectura de la doctrina judicial en torno a los sistemas de remuneraciones mediante acciones nos acerca básicamente a los siguientes puntos de conflicto, gran parte de ellos relacionados con las divergencias que se producen ante la decisión unilateral de extinción del contrato de trabajo por el empresario:

3.1 La cuestión del cálculo de haber indemnizatorio

En relación al cálculo del haber indemnizatorio en caso de despido improcedente, se discute sobre la distribución de la imputación de las ganancias obtenidas como consecuencia del ejercicio del derecho de opción de compra o de la venta de las acciones asignadas.

Una vez determinado el carácter salarial de los montos retributivos reseñados, el Tribunal Supremo opta por la imputación proporcional de su cómputo

⁴³ La STS-SOC, Sala de lo Social 595/2016, de 30 de junio, núm. de recurso 2990/2016 expresa con claridad los puntos clave de la retribución variable: «Como acaba de indicarse, la resolución del recurso se aborda sobre la incontrovertible naturaleza salarial de la retribución variable en función de objetivos, al margen de su denominación y presupuestos. Ese carácter es asumido por nuestra doctrina al abordar múltiples cuestiones sobre el particular; por ejemplo: La retribución variable por objetivos se devenga por alcanzar colectivamente un objetivo global, de modo que todos los trabajadores computados para calcular la consecución del objetivo, con independencia del tiempo de trabajo realizado efectivamente, tienen derecho a percibirlo íntegramente (STS 6 noviembre 2012, rec. 3940/2011). Si se acuerda un complemento salarial por objetivos, pero su concreción final queda a la exclusiva voluntad del empresario y, además, el acuerdo que lo estableció está ambigüamente redactado hasta el punto no es posible determinar las condiciones para su devengo, la empresa debe abonar el complemento en todo caso (STS 9 julio 2013, rec. 1219/2012). Procede el abono de los objetivos establecidos exclusivamente en función de los cumplimentados, con independencia del sistema general de incentivos de la empresa (STS 23 noviembre 2006 (rec. 2519/2005). Aunque el pago de los incentivos se haya fraccionado de mutuo acuerdo, la exigencia de que el trabajador permanezca en la empresa al final de cada ejercicio no opera cuando el cese se debió a despido improcedente (STS 15 febrero 2006, rec. 4568/2004). La prima pactada en contrato que se extingue anticipadamente debe abonarse en proporción al tiempo efectivamente trabajado, una vez cumplido el objetivo comprometido (STS 9 diciembre 2010, rec. 600/2010). Ahora se trata de determinar si, aplicando los criterios que venimos invocando, estamos ante una indemnización mal calculada (...) Con todo, para fundamentar su decisión, la STS reseñada realiza el siguiente razonamiento: En lo que concierne al bonus, o retribución anual variable en función de los resultados de la empresa y/o del cumplimiento de los objetivos fijados al trabajador o al grupo de trabajadores (STS 26-1-2006, citada), es requisito para su consideración el que se haya devengado, es decir, que haya surgido ya como obligación líquida en el momento del despido, momento a partir del cual, aunque no se trate de obligación vencida, puede hablarse del mismo como un «salario» o «complemento salarial» propiamente dicho.»

desde el momento de su concesión, y no en el año del momento de su percibo o materialización, de lo que obviamente deriva una reducción de las expectativas del trabajador demandante en estos supuestos. En este sentido, se han pronunciado las SSTS-SOC de 26 de enero de 2006, núm. de recurso 3813/2004 y anteriormente de 1 de octubre de 2002 núm. de recurso. 1309/2001. A tal efecto, la STS-SOC de 3 de junio del 2008, núm. de recurso 2532/2006, sobre la base de las resoluciones citadas, afirma que «si consideramos que las opciones de compra de acciones tienen carácter salarial en cuanto a la diferencia entre el precio de la acción en el mercado en el momento de su adquisición, y el precio de ejercicio del derecho pactado, retribuyendo el trabajo desempeñado por el trabajador, debe determinarse qué período desde su concesión a su realización por el trabajador se está remunerando, y por consiguiente debe distribuirse proporcionalmente a dicho período si es superior a un año, pues es el período de tiempo que se remunera»⁴⁴. En el mismo sentido, la STS-SOC, núm. 386/2017, de 3 de mayo, núm. de recurso 385/2017 y más recientemente, recuperando esta doctrina la STSJ CAT núm. 967/2025, de 26 de febrero, núm. de recurso 4394/2024.

3.2 El despido improcedente del trabajador como causa de extinción del derecho del trabajador a la remuneración mediante acciones

Como ya advertimos, es común que el reglamento interno, carta de concesión, programa, plan o protocolo por el que se establece el sistema de remuneración mediante participaciones extinga o cercene el derecho del trabajador cuando ya no se encuentra en la empresa.

Respecto de esta cuestión, el Tribunal Supremo se ha ido pronunciando desde hace más de dos décadas, siempre bajo la advertencia de la necesidad de estar al caso concreto⁴⁵ como ya hemos reseñado reiteradamente *supra*. Y, ade-

⁴⁴ En realidad, la STS de 3 de junio del 2008 matiza o modifica el criterio de la STS de 26 de enero del 2006 puesto que en esta se tiene en cuenta la totalidad del beneficio obtenido por el plan a efectos del cálculo de la indemnización sin que aparentemente se haya producido esa imputación proporcional desde el inicio del periodo de consolidación.

⁴⁵ V.g.: la cláusula analizada en el supuesto de hecho de la STS-SOC de 26 de junio del 2007, núm. de recurso 1414/2006, no contempla diferencia alguna por el tipo de cese salvo el fallecimiento: «Si un Participante que es un Empleado deja de serlo por cualquier motivo diferente al fallecimiento (.....) todas las Opciones ostentadas por el Participante que no fueran ejercitables inmediatamente antes del Cambio de Situación Laboral se resolverán en el momento del mismo. Cualquier Opción que fuera ejercitable inmediatamente antes del Cambio de Situación Laboral seguirá siendo ejercitable durante un período de noventa (90) días y se resolverá acto seguido, a menos que la Opción estipule en sus términos una resolución inmediata en caso de darse un Cambio de Situación Laboral o a menos que el Cambio de Situación Laboral derive de un despido procedente que, en opinión de la Comisión, desacredite al Participante de tal manera que se justifique la resolución inmediata de la Gratificación.»

más, advirtiendo que la reclamación tendrá virtualidad siempre que la discusión se focalice en la no vigencia de la relación laboral como causa única del no reconocimiento del derecho, puesto que cuando el negocio jurídico que permitiría adquirir el derecho a la retribución estuviere pendiente de perfeccionar sería irrelevante la situación de cese y rechazable la petición del trabajador⁴⁶.

En esta cuestión, diferencia el Tribunal Supremo entre el cese voluntario, el despido procedente, y el despido improcedente.

– En los dos primeros casos, el alto Tribunal considera legítima la extinción del derecho.

– En el segundo, la cuestión es más controvertida pero no existe una respuesta unívoca, entre otras circunstancias porque en esta materia los programas de retribución de empleados mediante acciones no contienen idénticas previsiones.

En un primer momento parece que, ante el despido improcedente, dado que el motivo del incumplimiento de los requisitos para actualizar el derecho, contrato laboral en vigor, se debe a la conducta y voluntad unilateral de la empresa, el Tribunal Supremo equipara esta situación a aquellas en las que en las que el derecho se mantiene a pesar de que el contrato de trabajo se ha extinguido por causa ajena a la voluntad del trabajador (fallecimiento, la invalidez o la jubilación). En un importante número de resoluciones, el Tribunal Supremo impone sin matices esta solución.

Las primeras sentencias del Tribunal Supremo al respecto –SSTS-SOC de 24 de febrero del 2001 núm. 3529/2000 y 4851/2000– comienzan por negar el carácter de «obligación condicional» de los planes sobre acciones empresariales. Para ellas, no estamos ante obligaciones «cuya eficacia queda sujeta a la producción de un acaecimiento futuro e incierto (art. 1113 CC)» sino ante obligaciones que se perfeccionan por la concurrencia del mero «consentimiento y en el momento en que confluyen las voluntades de las partes que lo suscriben». Por tanto, a diferencia del cese voluntario, en el despido improcedente la «conducta unilateral de la empresa» trata de dejar sin efecto las obligaciones contraídas en el contrato de opción. «Por ello, ha de equipararse esa situación a aquellas otras previstas en las estipulaciones pactadas en las que por causas ajenas a la voluntad del trabajador, como el fallecimiento, la incapacidad y, en menor medida, la jubilación, se permite al titular o sus herederos ejercitar el

⁴⁶ Como reseña la STS-SOC de 25 de julio del 2007, núm. de recurso 3125/2007. En similares términos, rechazándose la reclamación de la trabajadora cuando «no llegó a materializarse la suscripción de acciones», STSJ CAT núm. 967/2025, de 26 de febrero, núm. de recurso 4394/2024.

derecho, dejando siempre claramente dicho que sólo cabe ejercitar la opción cuando haya vencido el término, no en el momento en que acaece la contingencia contemplada. La razón ha de hallarse en el hecho de que la empresa no puede unilateralmente neutralizar, dejar sin efecto el contrato de opción válidamente suscrito sin una causa contractualmente lícita, y, menos aún, con causa reconocidamente no ajustada a derecho, pues de esa forma infringiría el artículo 1.256 del Código Civil.» Igual posición, adoptará en casi idénticos términos la STS-SOC de 4 de febrero del 2002, núm. de recurso 642/2001⁴⁷ con el matiz que advertiremos *infra*.

En similares términos, citando las sentencias anteriores, las SSTs-SOC de 26 de junio y 15 de noviembre del 2007, núm. de recurso 1414/2006 y 3171/2006, afirman «que el elemento subjetivo –ser trabajador de la empresa– es un requisito inicial –constitutivo decimos ahora– que sólo cabe contemplar desde la perspectiva de la voluntariedad del propio trabajador que sabe que, si se marcha de la empresa –salvo por jubilación, muerte o incapacidad– perderá el derecho –que la materialización del derecho sólo será posible en el momento en que se cumpla el término pero si, antes de que ello ocurra, la empresa obligada por la oferta, mediante la conducta unilateral de despedir improcedente o injustamente al trabajador, impide el ejercicio del derecho a la opción sin una causa contractualmente lícita, infringe el artículo 1256 del Código Civil, con arreglo al que «la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes»–; y 5 que, en definitiva, el trabajador improcedentemente despedido puede conservar su derecho al ejercicio de la opción de compra de acciones». En suma, no puede dejarse «la validez y el cumplimiento del contrato únicamente al arbitrio empresarial» –STS de 26 de junio del 2007 ya citada–.

⁴⁷ «El problema surge cuando, como ocurre en este caso, el trabajador ya no se encuentra en la empresa. Pero a diferencia con lo que sucede con el cese voluntario o el despido procedente, el improcedente admitido como tal por la empresa y practicado unos meses antes de que el trabajador pudiese ejercitar ese derecho de opción, no puede constituir un hecho indiferente a estos efectos y ha de ser valorado como una conducta unilateral de la obligada por la oferta de opción para situarse en condiciones tales que se impide, o al menos se trata de impedir, el ejercicio de tal derecho, o lo que es lo mismo, produciendo un suceso –el despido improcedente– por propia voluntad de la empresa con el que se trata de dejar sin efecto las obligaciones contraídas en el momento de la suscripción del contrato de opción. Por ello, ha de equipararse esa situación a aquellas otras previstas en las estipulaciones pactadas en las que por causas ajenas a la voluntad del trabajador, como el fallecimiento, la incapacidad y, en menor medida, la jubilación, se permite al titular o sus herederos ejercitar el derecho, dejando siempre claramente dicho que sólo cabe ejercitar la opción cuando haya vencido el término, no en el momento en que acaece la contingencia contemplada. La razón ha de hallarse en el hecho de que la empresa no puede unilateralmente neutralizar, dejar sin efecto el contrato de opción válidamente suscrito sin una causa contractualmente lícita, y, menos aún, con causa reconocidamente no ajustada a derecho, pues de esa forma infringiría el artículo 1256 del Código Civil.»

Igual posición se adopta en STS-SOC de 15 de julio del 2009, núm. de recurso: 3623/2008, ante el conflicto planteado por una trabajadora despedida antes de comenzar el plazo para ejercitar la acción pero que ha completado el periodo de maduración exigido, pues «deberá equipararse la situación de la actora a las previstas en estipulaciones pactadas en las que por causas ajenas a la voluntad del trabajador se permite al titular o sus herederos ejercitar el derecho, sin que la empresa pueda neutralizar el contrato de opción sin causa lícita.»

Pero no faltan matizaciones a esta doctrina basadas en las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto que determinarán la posición actual:

– De esta forma, se rechaza la reclamación del trabajador cuando la pretensión supone un «ejercicio anticipado de las opciones, sin perjuicio de que estas puedan ejercitarse en su momento». De ahí que sea rechazable la demanda presentada el 2 de marzo del 2000 cuando los periodos de ejercicio comenzaban en marzo del año siguiente y del 2002 respectivamente. Negando el Tribunal Supremo la posibilidad de la viabilidad de una «acción declarativa de futuro y de mero carácter preventivo» –STS-SOC de 11 de abril del 2002, núm. de recurso 3538/200–. Ya la STS de 24 de octubre del 2001, núm. de recurso 4851/2000, había denegado la pretensión del trabajador cuando la reclamación se presenta sin que se haya cumplido el plazo de carencia del ejercicio.

– La ya citada STS-SOC de 4 de febrero del 2002, núm. 642/2001 contiene un importante matiz que más tarde adquirirá plena relevancia, al resaltar a la hora de aceptar la reclamación del trabajador el breve lapso de tiempo que separa la fecha de efectos del despido y el momento de ejercitar el derecho de opción como un elemento esencial para advertir la ilicitud y unilateralidad de la conducta empresarial —«a diferencia con lo que sucede con el cese voluntario o el despido procedente, el improcedente admitido como tal por la empresa y practicado unos meses antes de que el trabajador pudiese ejercitar ese derecho de opción, no puede constituir un hecho indiferente a estos efectos y ha de ser valorado como una conducta unilateral de la obligada por la oferta de opción para situarse en condiciones tales que se impide, o al menos se trata de impedir, el ejercicio de tal derecho»—, reiterando en lo demás la doctrina antes enunciada.

– La STS-SOC de 3 de mayo del 2012, núm. de recurso 2206/2011, aun cuando reproduce en un primer momento la doctrina originaria⁴⁸, da

⁴⁸ «(...) el improcedente admitido como tal por la empresa y practicado unos meses antes de que el trabajador pudiese ejercitar ese derecho de opción, no puede constituir un hecho indiferente a estos efectos y ha de ser valorado como una conducta unilateral de la obligada por la oferta de opción para situarse en condiciones tales que se impide, o al menos se trata de impedir, el ejercicio de tal derecho, o lo que es lo mismo,

un giro a los criterios no matizados de la primera doctrina al considerar que en el supuesto concreto era lícita la exclusión del despido improcedente del plan de acciones, por las siguientes razones: a) puesto que el despido se había producido «casi dos años y medio antes del momento de ejercicio posible de la opción, razón por la que desaparece –ante otra evidencia que no consta– la voluntad de la empresa, manifiesta o encubierta, de impedir con el despido el ejercicio del derecho del trabajador (...) sin que se produjera infracción por parte de la empresa del artículo 1.256 del Código Civil, en contra de lo que se razona en la sentencia recurrida, que de esta forma» frente a otros supuestos analizados anteriormente por el mismo tribunal y sala en los que el despido se había producido «unos meses después de la firma de la opción de compra de acciones.» b) que las condiciones del cese fueron negociadas y no fruto exclusivo de la voluntad empresarial, habiendo reconocido una indemnización muy superior a la establecida en la regulación estatutaria.

– La STS-SOC, núm. 386/2017, de 3 de mayo, núm. de recurso 385/2017, sigue de forma indubitada la doctrina reseñada al principio de la exposición de esta cuestión, pero efectúa al igual que la anterior un matiz importante al no admitir la idoneidad del recurso de casación, estimando que no existe la identidad sustancial que exige el juicio de contradicción, advirtiendo que en el supuesto enjuiciado el derecho de opción se «realizó el mismo día de su inopinado despido, sin que conste la fecha de consolidación de las opciones, en tanto que en la decisión de contraste el empleado había dejado pasar ocho meses desde que el derecho estaba consolidado y sin que hubiese ejercido aquel derecho». El plazo de ejercicio del derecho surge de nuevo, aun cuando no opera en el supuesto objeto de enjuiciamiento, como elemento sustancial para determinar la oportunidad o no de la reclamación del trabajador.

– Y, por fin, el giro advertido alcanza su plenitud con la STS-SOC núm. 309/2025, de 9 de abril del 2025, núm. de recurso 3654/2025, que analiza «si el requisito previsto en los planes *de stock options* relativo a que el trabajador debe estar de alta en la empresa durante todo el periodo de devengo del programa para consolidar el derecho al percibo, es exigible y válido en los casos en los que el despido del trabajador ha sido declarado improcedente»

produciendo un suceso –el despido improcedente– por propia voluntad de la empresa con el que se trata de dejar sin efecto las obligaciones contraídas en el momento de la suscripción del contrato de opción. 8. Cuando sucede lo anterior, la empresa no puede unilateralmente neutralizar, dejar sin efecto el contrato de opción válidamente suscrito sin una causa contractualmente lícita, pues de esa forma infringiría el artículo 1.256 del Código Civil. Esa ilicitud se muestra, en principio, cuando el despido reconocido como improcedente es llevado a cabo unos meses antes de que el trabajador pudiese ejercitar ese derecho de opción.»

que establece una doctrina diversa, bajo la advertencia de que no todo supuesto es equivalente y que hay que estar a las circunstancias concurrentes en el supuesto –existencia o no de negociación en el cálculo de la indemnización, alcance de pacto, tiempo transcurrido entre la extinción y el nacimiento del supuesto derecho de opción, etc.– En las *stock options* es habitual al igual que el incentivo o bonus ligado al cumplimiento de los objetivos establecidos por la empresa queda éste quede vinculado a la persistencia de la relación laboral a la finalización del ejercicio correspondiente. Seguramente al considerar que el cobro de aquel requiere la culminación del examen de los objetivos alcanzados vinculados de forma natural al decurso del ejercicio. En sí mismo este requisito no se considera ilegal⁴⁹.

De esta forma, la STS-SOC de 9 de abril del 2025 va a profundizar en los diferentes supuestos –paquetes de acciones–, no estableciendo una solución única para cada uno de ellos:

– Y, así, si el tiempo transcurrido entre la generación del derecho de opción y el despido improcedente empresarial, es corto, unos pocos meses, si «la decisión empresarial de despido resulta muy próxima en el tiempo a la consolidación proyectada en el programa» la conducta empresarial se valora como un intento de impedir el ejercicio del derecho de trabajador a la obtención de los beneficios derivados del ejercicio del derecho y, por tanto, el empleado mantendría el derecho ante la conducta unilateral e inadecuada de la empresa.

– Si «el lapso transcurrido es superior», en el supuesto del análisis del segundo paquete de acciones, 20 meses en un periodo de maduración de cuatro años, la no adjudicación y la limitación del derecho puede considerarse válida sin que se vulnere el art. 1256 CC.

⁴⁹ «Más recientemente, la STS IV 197/2025, de 13 de marzo, rcud. 2128/2023 –con remisión a las que en la misma se citan–, mantiene la validez de la exigencia de estar de alta en la empresa durante todo el periodo de devengo, a los efectos de percibir una retribución variable, pero concluye en ese concreto litigio, de conformidad con la STS del Pleno 934/2020, de 22 de octubre (rcud 285/2018), que la extinción del contrato se produjo como consecuencia del perjuicio que para el trabajador supuso la modificación sustancial realizada por la empresa (art. 41.3 ET). Argumenta, en tal sentido, que, a los efectos de la Directiva 1998/59/CE, 20 julio, del Consejo, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, las sentencias del TJUE de 21 septiembre 2017 (C-429/16) y 21 septiembre 2017 (C-149/16), afirman, con cita de la STJUE 11 noviembre 2015 (C-422/14), que, «en cuanto al concepto de «despido», enunciado en el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de la Directiva 98/59, el Tribunal de Justicia ha declarado que esta Directiva debe interpretarse en el sentido de que el hecho de que un empresario proceda, unilateralmente y en perjuicio del trabajador, a una modificación sustancial de elementos esenciales del contrato de trabajo por motivos no inherentes a la persona del trabajador queda comprendido en este concepto».

Otras resoluciones de tribunales menores abundan en esta consideración proteica de las circunstancias. La STSJ CVAL núm. 743/2024, de 7 de marzo, núm. de recurso 188/2023 considera que no existe un cese «totalmente ajeno a la voluntad» de la trabajadora cuando ésta, directora de recursos humanos, llega a un acuerdo transaccional con la empresa sobre su despido que se califica como improcedente aun cuando «materialmente» no lo es, diferenciando el órgano judicial a la hora del reconocimiento de las acciones que le corresponden aquellas en las que ha transcurrido el periodo de maduración de las *restricted units* –tres años– respecto de las cuales tiene legítimo derecho y aquellas en las que éste no se ha agotado por razón del cese, respecto de las cuales entiende que no concurren los requisitos para que la actora acceda a ellas. En el mismo sentido, la referida resolución judicial niega el derecho de la directora de recursos humanos a las *stock options* puesto que el despido se produjo «solo unos meses después de la firma de la opción de compra de acciones, o, lo que es lo mismo, casi dos años y medio antes del momento de ejercicio posible de la opción, razón por la que desaparece –ante otra evidencia que no consta– la voluntad de la empresa, manifiesta o encubierta, de impedir con el despido el ejercicio del derecho del trabajador, de lo que resulta que la aplicación de la regla 9.^a del plan, que excluía el derecho pretendido por el actor, se ajustó plenamente a lo pactado, tal y como antes se dijo, sin que se produjera infracción por parte de la empresa del artículo 1.256 del Código Civil...». Haciendo hincapié, a través de la citada de la STS-SOC de 3 de mayo del 2012, en que la improcedencia del despido su reconocimiento como tal, no fue realmente fruto exclusivo de la actuación empresarial, sino el resultado de un periodo de negociación para pactar las condiciones, habiendo obtenido una indemnización muy superior a la de aplicarse los parámetros legales.

3.3 El derecho de opción como condición más beneficiosa

No será condición más beneficiosa el derecho a la opción de acciones cuando «no queda acreditada la voluntad inequívoca de la empresa de mantener estable y permanentemente la condición; sino al contrario, en el caso concreto, y como señala la sentencia recurrida, el acogimiento a un sistema de adquisición de acciones es ofertado por la demandada no a todos sus trabajadores sino solamente a quienes reúnan determinados requisitos, y además resulta incuestionado que esta concesión empresarial no se hace incondicionada-

mente, sino que como se precisa en el boletín de adhesión, el plan se establece voluntariamente por la empresa y es de carácter discrecional, pudiendo ser modificado, suspendido o finalizado por la empresa en cualquier momento. De estos datos, no se deduce la inequívoca voluntad empresarial y la correlativa incorporación al nexo contractual que exige la jurisprudencia para reconocerse un derecho en base a una condición más beneficiosa» –STS-SOC de 13 de octubre del 2011, núm. 54/2011–.

3.4 La no inclusión de las remuneraciones derivadas de la participación en acciones o el cálculo inadecuado de la misma como error excusable

La doctrina judicial sobre el error excusable en el cálculo de la indemnización del art. 53 1 b) ET en el despido objetivo en los términos actuales⁵⁰ y sus efectos a la hora de justificar el abono de una indemnización inferior a la que correspondiera legalmente es sobradamente conocida⁵¹. En las resoluciones judiciales de la doctrina menor, es muy habitual⁵² la cita de las resoluciones del Tribunal Supremo dictadas, considerando como error excusable la no inclusión en la indemnización por despido las *stock options* o su cálculo inadecuado, manteniendo su utilidad aun cuando se dictaran sobre una normativa ya extinta. Y, así:

– La STS-SOC de 26 enero 2006, núm. de recurso 3813/2004, entendió que se trataba de un error excusable el no haber incluido como salario, a efectos del cálculo del depósito, el importe atribuido a las *stock options*. Razona la sentencia que «El estudio individualizado del carácter salarial o no de las opciones de compra de acción suscritas no es sencillo; y la complejidad del mismo aumenta con los problemas de conflicto de leyes planteados por los acuerdos de suscripción. Buena prueba de que el error de consignación de la

⁵⁰ «Art. 123. 3. La decisión extintiva se calificará de improcedente cuando no se hubieren cumplido los requisitos establecidos en el apartado 1 del artículo 53 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

No obstante, la no concesión del preaviso o el error excusable en el cálculo de la indemnización no determinará la improcedencia del despido, sin perjuicio de la obligación del empresario de abonar los salarios correspondientes a dicho período o al pago de la indemnización en la cuantía correcta, con independencia de los demás efectos que proceda.»

⁵¹ Puede verse la cronología de sentencias contenida en la STS-SOC de 30 de junio del 2016, núm. de recurso 2990/2014.

⁵² Entre las más recientes, y solo a título de ejemplo: SSTSJ CAMAD núm. 137/2024 y 1156/2024, de 15 de febrero y 12 de diciembre, núm. de recurso 759/2023 y 757/2024 y STSJ AND núm. 1905/2024, de 3 de octubre, núm. de recurso 592/2024.

empresa recurrente era excusable es que la cantidad depositada por la misma fue considerada por la juez de instancia superior a la que, a su juicio, debió consignar.»

– STS-SOC de 16 mayo 2008, núm. de recurso 523/2007, entendió que era error excusable el no haber incluido en el cálculo de la indemnización por despido los beneficios del ejercicio de las opciones sobre acciones, dadas las especiales circunstancias concurrentes: «Si en la consignación inicial que efectuó al día siguiente la empresa –el día 22 miércoles– no se incluyeron los beneficios del ejercicio de esas opciones y se hizo «ad cautelam» días más tarde, el 8 de marzo, no es posible calificar esa conducta empresarial a los efectos ahora analizados sino de diligente y atenta, de forma que el error de inicial de consignación sufrido tuvo la condición de plenamente excusable, razón por la que en este caso no procedía la imposición de los referidos salarios de tramitación».

– En el mismo sentido, considerando error excusable el inadecuado cálculo de las *stock options* a los efectos del despido con expresa de las anteriores resoluciones del Tribunal Supremo del 2006 y 2008: SSTs-SOC núm. 595/2016, de 30 de junio, núm. de recurso 2990/2016; 11 de diciembre del 2012, 16 de abril, 18 de junio y 27 de noviembre del 2013, núm. de recurso 3538/2011, 1437/2012, 1302/2012 y 75/2013–.

4. LAS CLÁUSULAS *MALUS* Y SU VISIÓN DESDE EL PUNTO DE VISTA LABORAL

4.1 Concepto

Las denominadas cláusulas *malus* y *clawback* –literalmente de retrocesión o recuperación de la retribución variable–, se destinan a posibilitar a la empresa la reducción o retención de ciertas compensaciones variables –incentivos, bonos, acciones–, ligadas a los objetivos y comportamiento del empleado, con antelación a su entrega al mismo, o, incluso su devolución, sobre la base de una serie de condicionamientos de carácter usualmente negativo. No estamos ante cláusulas independientes sino vinculadas a otras en las que se instituye algún tipo de retribución variable ligada al cumplimiento de unos objetivos subjetivos u objetivos o a la permanencia del trabajador en la empresa.

Podemos encontrar algún ejemplo en la lectura de nuestra doctrina judicial en el ámbito laboral y fuera de otros campos que no nos interesan extralaborales como el de los contratos de agencia:

«Cláusula de recuperación de la retribución variable (*clawback*). Conforme al apartado 6.4 de la Política Retributiva del Grupo B, la retribución variable ya satisfecha, en efectivo o en instrumentos, será objeto de recuperación si en los tres años posteriores a su abono se produce alguno de los siguientes supuestos: 1. Si los objetivos fijados para el beneficio neto y para el margen de explotación del subgrupo B no se cumplen, al menos en un 50 por 100. 2. Si B reformulara sus cuentas anuales siempre que, de acuerdo con la citada reformulación, resultase una retribución variable a liquidar inferior a la realmente satisfecha o no hubiera procedido el pago de retribución variable alguna de acuerdo con los sistemas de incentivos variables implantados por el Banco. 3. Si se produce alguna de las siguientes circunstancias: (i) Una actuación fraudulenta por parte del empleado; (ii) El acaecimiento de circunstancias que determinasen el despido disciplinario procedente del empleado (...); (iii) Que el empleado haya causado, por acción u omisión, un daño grave a B, interviniendo culpa o negligencia; (iv) que el empleado haya sido sancionado por un incumplimiento grave y doloso de alguna de las normas internas de B que, en su caso, le resulten de aplicación y, en especial, de aquellas recogidas en los siguientes documentos: (...); (v) Que el empleado haya sido sancionado por una infracción de las normas de ordenación y disciplina contenidas en el Título IV de la Ley 10/2014, clasificadas como graves o muy grave. En estos casos, y siguiendo el procedimiento que se describe a continuación, el empleado de B deberá proceder a devolver a la entidad parte o la totalidad de la retribución variable percibida en los 3 años anteriores» –STSJ CAMAD núm. 619/2021, de 30 de junio, núm. de recurso 379/2021–.

4.2 Su regulación en el ámbito de las entidades crediticias

Su origen en el ámbito retributivo, puesto que ya eran de corriente aplicación en la compraventa mercantil, se encuentra en las consecuencias del escándalo «Enron», a partir del cual se aprobó en USA la Ley Sarbanes-Oxley (SOX) en el 2002 con el fin de salvaguardar la transparencia en la gestión financiera de los directivos, asegurando los controles internos y la responsabilidad de éstos por sus actos⁵³. En la Unión Europea, la primera mención de transcendencia en la materia la encontramos en la Recomendación 2009/384/CE de la Comisión, de 30 de abril de 2009, sobre las políticas de remuneración en el sector de los servicios financieros (DO L 120 15.5.2009, pp. 22-27) median-

⁵³ MORA, H. «Guía completa sobre las cláusulas Clawback» publicado el 29 de febrero del 2024 y consultado <https://peimi.co/es/blog/guia-completa-sobre-las-clausulas-clawback>.

te la cual se inicia el camino a las políticas de control de la retribución variable de aquellos cuyas actividades profesionales tengan una repercusión material en los riesgos que puede sufrir la sociedad en la que presten servicios, bajo la realidad de un sector, el de entidades financieras, principalmente el de los bancos y sociedades de inversión que por la asunción de riesgos desmesurados han sufrido grandes pérdidas, poniendo en grave peligro su estabilidad.,

Luego será la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión, la que sobre la base de controlar y evitar los riesgos derivados de la gestión inadecuada⁵⁴, excesivamente arriesgada o ilícita, establece una serie de parámetros de control que los Estados Miembros deben obligar a adoptar a las entidades crediticias y financieras.

La Directiva 2013/36/UE contiene en sus arts. 76, 78, 92 y 94 una serie de herramientas e instrumentos destinados a soslayar en la medida de lo posible los riesgos aludidos. Estableciendo desde órganos específicos como el comité de riesgos a políticas remunerativas de control: de retención, diferimiento, sostenibilidad de incentivos y retribución variable, preceptuando que:

«hasta el 100 % de la remuneración variable total estará sometida a cláusulas de reducción de la remuneración o de recuperación de las remuneraciones ya satisfechas. Las entidades establecerán criterios específicos para la aplicación de las cláusulas de reducción de la remuneración o de recuperación de las remuneraciones ya satisfechas. En dichos criterios se abordarán, en particular, situaciones en las que el empleado: i) haya participado o sea responsable de conductas que hubieran generado importantes pérdidas para la entidad, ii) incumpla las oportunas exigencias de idoneidad y corrección» –art. 94 n-. La Directiva (UE) 2019/2034 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019 relativa a la supervisión prudencial de las empresas de servicios de inversión, contiene una referencia a la retribución variable y a los incentivos ordenando su vinculación a los «in-

⁵⁴ «(68) Dado que una política remunerativa y programas de incentivos mal concebidos pueden incrementar hasta un nivel inaceptable los riesgos a los que están expuestas las entidades de crédito y las empresas de inversión, debe subsanarse con rapidez esta situación y adoptarse, en caso necesario, las medidas correctoras adecuadas. Por lo tanto, resulta oportuno velar por que las autoridades competentes estén facultadas para imponer a las entidades pertinentes medidas cualitativas o cuantitativas destinadas a solventar los problemas detectados en relación con las políticas remunerativas en el proceso de revisión supervisora. (69) Las disposiciones en materia de remuneración deben entenderse sin perjuicio del ejercicio pleno de los derechos fundamentales garantizados por el artículo 153, apartado 5, del TFUE, de los principios generales del Derecho contractual y laboral nacional, de la legislación nacional y de la Unión aplicable a los derechos y la participación de los accionistas y a las responsabilidades generales de los órganos de dirección de la entidad de que se trate, y de los posibles derechos de los interlocutores sociales de celebrar y aplicar convenios colectivos con arreglo a las leyes y costumbres nacionales.» –considerandos de la Directiva 2013/36/UE–.

tereses a largo plazo de la empresa de servicios de inversión, sus acreedores y clientes» –art. 32– y estableciendo los criterios básicos de la remuneración variable –art. 32– de una forma bastante exhaustiva –vinculada al desempeño, con atención a criterios financieros y no financieros, plurianual, que no afecte a la capacidad empresarial, no garantizada, que no recompense conducta indebidas o inadecuadas, que tenga en cuenta los riesgos actuales y futuros y el coste, articula su composición, que al menos el 40% se difiera en periodos de tres a cinco años, que se reduzca hasta el 100% si los resultados financieros son mediocres o negativos «en su caso a través de cláusulas de penalización o de recuperación de las remuneraciones ya satisfechas, con sujeción a criterios establecidos por las empresas de servicios de inversión que abordarán, en particular, las situaciones en las que la persona en cuestión: i) haya participado en conductas que hayan generado pérdidas significativas para la empresa de servicios de inversión o haya sido responsable de esas conductas; ii) ya no se considere apta e idónea; etc.–»

La normativa comunitaria se halla hoy en día transpuesta en la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito en cuyos arts. 33 y 34 se establecen los criterios básicos de las políticas remuneratorias de conformidad con lo expuesto por la normativa europea. El art. 34 establece algunas normas de interés dirigidas a evitar que la retribución variable, sea cual sea su forma, se convierta en el impulso al seguimiento de conductas inadecuadas que pongan en riesgo la estabilidad de la entidad crediticia, imponiendo criterios de seguridad, transparencia en la gestión del directivo al diferir, retener o retrotraer los conceptos afectados en función de la sostenibilidad empresarial y un comportamiento directivo en consonancia con lo exigido por la norma:

– «Una parte sustancial, y en todo caso al menos el 50 por ciento de cualquier elemento de remuneración variable, ya sea diferido o no diferido, se fijará alcanzando un adecuado equilibrio entre:

1.º acciones o, en función de la forma jurídica de la entidad de que se trate, títulos de propiedad equivalentes; o instrumentos vinculados a acciones o, en función de la forma jurídica de que se trate, instrumentos no pecuniarios equivalentes, y,

2.º cuando sea posible, otros instrumentos que pueda determinar el Banco de España, en el sentido del artículo 52 o del artículo 63 del Reglamento (UE) n.º 575/2013, de 26 de junio, u otros instrumentos que puedan ser convertidos en su totalidad en instrumentos de capital de nivel 1 ordinario, o capaces de absorber pérdidas, que reflejen de manera adecuada en cada caso la calificación crediticia de la entidad de crédito en cuanto empresa en funcionamiento y resulten adecuados a efectos de remuneración variable.

– En todo caso, las remuneraciones variables anteriores ya sean diferidas o no "estarán sometidos a una política de retención adecuada concebida para que los incentivos estén en consonancia con los intereses a largo plazo de la entidad

de crédito. El Banco de España podrá imponer restricciones al diseño o a los tipos de estos instrumentos e incluso prohibir algunos de ellos".

– "Una parte sustancial, y en todo caso al menos el 40 por ciento del elemento de remuneración variable se diferirá durante un periodo no inferior a entre cuatro y cinco años y se adaptará correctamente a la naturaleza de los negocios, sus riesgos y las actividades del miembro del personal correspondiente. En el caso de los miembros del consejo de administración u órgano equivalente y de la alta dirección de entidades importantes por razón de su tamaño, su organización interna y por la naturaleza, dimensión y complejidad de sus actividades, el periodo de diferimiento no será inferior a cinco años".

– "No se percibirá la remuneración pagadera en virtud de las disposiciones de diferimiento más rápidamente que de manera proporcional. En el caso de un elemento de remuneración variable de una cuantía especialmente elevada, se diferirá como mínimo el 60 por ciento. La duración del periodo de aplazamiento se determinará teniendo en cuenta el ciclo económico, la naturaleza del negocio, sus riesgos y las actividades del miembro del personal de que se trate".

– "La remuneración variable, incluida la parte diferida, se pagará o se consolidará únicamente si resulta sostenible de acuerdo con la situación financiera de la entidad en su conjunto, y si se justifica sobre la base de los resultados de la entidad, de la unidad de negocio y de la persona de que se trate".

– "Sin perjuicio de la aplicación de los principios generales del derecho en materia contractual y laboral, la remuneración variable total se reducirá de forma considerable cuando la entidad obtenga unos resultados financieros poco brillantes o negativos, teniendo en cuenta tanto la remuneración actual como las reducciones en los pagos de cantidades previamente devengadas, en su caso, a través de cláusulas de reducción de la remuneración o de recuperación de retribuciones ya satisfechas".

– "Hasta el cien por cien de la remuneración variable total estará sometida a cláusulas de reducción de la remuneración o de recuperación de las remuneraciones ya satisfechas. Las entidades establecerán criterios específicos para la aplicación de las cláusulas de reducción de la remuneración o de recuperación de las remuneraciones ya satisfechas. En dichos criterios se recogerán, en particular, situaciones en las que el empleado haya participado o sea responsable de conductas que hubieran generado importantes pérdidas para la entidad y en las que incumpla las oportunas exigencias de idoneidad y corrección".»

Junto a la Ley 10/2014, su desarrollo reglamentario, el Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero, contiene algunas medidas de singular importancia como la necesidad de autorización por parte del Banco de España de cualquier retribución variable a los directivos en el supuesto de entidades que hayan recibido apoyo financiero –art. 36. 3–, y diversas obligaciones en materia de información sobre la política de retribuciones, incluso la retribución individual de los equipos directivos de la entidad.

Igualmente, es necesario tener en cuenta la Circular 2/2016, de 2 de febrero, del Banco de España, a las entidades de crédito, sobre supervisión y solven-

cia, que completa la adaptación del ordenamiento jurídico español a la Directiva 2013/36/UE y al Reglamento (UE) n.º 575/2013 que en sus normas 36 a 42 establece la política de remuneraciones a seguir por las entidades de crédito entre las que se encuentran –norma 39⁵⁵– criterios concretos sobre cláusulas de reducción de hasta el 100% de la regulación variable que siguen, como no podía ser de otra forma, los criterios de la normativa europea y nacional indicada.

Sea cual sea la consecuencia que deduzcamos de la lectura de la doctrina judicial menor que a continuación explicitaremos, debemos advertir que nos encontramos en este ámbito en un caso de clara concurrencia entre dos normativas con finalidades, perspectivas teleológicas, claramente dispares. Mientras que la normativa laboral está destinada a la protección de trabajador, la normativa que protagoniza la Ley 10/2014 busca la protección del sistema financiero a través de la imposición y seguimiento de unas conductas adecuadas que no ponga en riesgo a la entidad crediticia. Como norma específica es clara, a nuestro juicio, la prevalencia de esta normativa que restringe los derechos de un segmento específico de trabajadores en cuanto incluidos en un círculo muy restringido de responsabilidad. Pero advirtamos que, fuera de este ámbito, las posibilidades de legalidad de las cláusulas de recuperación de la retribución variable, y de todas aquellas destinadas a intentar la devolución de los montos salariales ya devengados y pagados, es extremadamente difícil.

4.3 Las cláusulas *clawback* y *malus* en la doctrina judicial social

Sobre estas cláusulas se ha producido algún pronunciamiento de nuestra doctrina judicial menor, fundamentalmente en el ámbito del sector bancario:

⁵⁵ «5. Las entidades incorporarán en su política remuneratoria cláusulas de reducción aplicables hasta el 100% de la remuneración variable total, así como cláusulas de recuperación de la remuneración ya satisfecha, ligadas ambas a un deficiente desempeño financiero de la entidad en su conjunto o de una división o área concreta de esta o de las exposiciones generadas por esa persona. A estos efectos, las entidades compararán la evaluación del desempeño realizada con el comportamiento a posteriori de algunas de las variables que contribuyeron a conseguir los objetivos. Entre los factores que se han de tener en cuenta deberán considerarse, al menos:

- a) Los fallos significativos en la gestión del riesgo cometidos por la entidad, o por una unidad de negocio o de control del riesgo.
- b) El incremento sufrido por la entidad o por una unidad de negocio de sus necesidades de capital, no previstas en el momento de generación de las exposiciones.
- c) Las sanciones regulatorias o condenas judiciales por hechos que pudieran ser imputables a la unidad o al personal responsable de aquellos. Asimismo, el incumplimiento de códigos de conducta internos de la entidad.
- d) Las conductas irregulares, ya sean individuales o colectivas. Se considerarán especialmente los efectos negativos derivados de la comercialización de productos inadecuados y las responsabilidades de las personas u órganos que tomaron esas decisiones.»

– Negando la legalidad de la cláusula *clawback* que condiciona el mantenimiento del incentivo a «la permanencia ulterior en la empresa» puesto que esto significaría «privar al trabajador de la retribución que corresponde a un trabajo ya realizado» si el bonus ha sido ligado a la consecución de unos baremos u objetivos ya conseguidos por el trabajador –STS-SOC de 5 de abril del 2022, núm. de recurso 151/2021.

– No admitiendo la cláusula denominada *clawback* por la empresa que, en realidad, esconde un pacto de permanencia puesto que el cobro del bonus solo se vincula a la permanencia constante del trabajador en aquella, vulnerando la regulación del art. 21.4 ET -STSJ-SOC CAMAD núm. 748/2024, de 25 de septiembre, núm. de recurso 395/2024.

– Afirmando la no aplicación a un empleado de una entidad bancaria de la cláusula de recuperación de la retribución variable –*clawback*– cuando la conducta imputada se ha realizado fuera del marco de la entidad de crédito, sin que las normas que la permiten estén dirigidas a evitar «que los bancos puedan realizar alguna operación concreta que no le proporcione beneficios, que es lo que aquí ha sucedido» –antecedentes de hecho de STSJ-SOC CAMAD núm. 619/2021, de 30 de junio, núm. de recurso 379/2021–.

– Admitiendo la licitud de la entidad crediticia intervenida cuando en aplicación de la cláusula *malus* o *clawback* ante unos resultados poco brillantes o negativos procede a una reducción del variable del 40% que al órgano judicial no le parece «en modo alguno excesiva, sino en todo caso lo contrario, dado que en condiciones normales estaríamos, de no haberse producido la intervención de la entidad bancaria, ante una empresa insolvente que no podría hacer frente a los pagos comprometidos, lo que hubiera supuesto posiblemente la pérdida completa de la mejora pactada y no solamente de un 40% de la misma». Justificando su aplicación porque: «En definitiva, quienes ostentaron u ostentan posiciones en el Banco incluidas en el ámbito definido por el artículo 32.1 de la Ley 10/2014, como es el caso, deben sufrir necesariamente, por imperativo de esta norma legal, reducciones «considerables» en sus mejoras prestacionales a cargo del mismo, incluso después de su desvinculación, si se produce una situación financiera «poco brillante o negativa», que es justamente lo que aquí ha ocurrido, sin que se aprecie de ninguna manera exceso en la reducción practicada». –SSTSJ-SOC CAMAD núm. 408/2020 y 371/2021 de 24 de septiembre y 20 de mayo, núm. de recurso: 808/2020 y 176/2021–.

– Negando la aplicación de la cláusula *clawback* al haber transcurrido más de un año desde la extinción de la relación laboral cuando aquella se intenta aplicar, admitiéndose la prescripción de la acción de conformidad al

art. 59 ET. STSJ CAMAD, núm. 1185/2020, de 18 de diciembre, núm. de recurso: 269/2020.

– No supone la modificación substancial de las condiciones de trabajo del empleado la introducción en el sistema de retribución variable del Banco de las cláusulas *clawback* puesto que conforme a las reglas anteriores podría ser suprimida y solo se garantizaba durante el primer año, por lo que no cabía inferir que «el actor goce de una expectativa máxima de retribución variable a percibir, como señala la sentencia en el último párrafo de la página 12, ni que existan unos criterios permanentes básicos sobre los que se calcula el variable. Es más, la retribución variable puede ser suprimida, reducida y recuperable por el Banco en determinadas condiciones» –STSJ-SOC CAMAD núm. 1010/2020, de 30 de octubre, núm. de recurso 566/2020–.

– Entendiendo a la luz de la normativa interna de la entidad bancaria y del art. 34 de Ley 10/2014 la no concurrencia de los requisitos para aplicar la cláusula *clawback* pues se aportan datos de los años anteriores y no se demuestran cual era el riesgo o circunstancias que pudieran haber ocasionado los posteriores resultados negativos, sin que se pueda aplicar aquella solo sobre la base de «la falsedad de los datos de estos años o riesgos asumidos en ellos no previstos por el banco que no consta, como tampoco que hubiera una situación insostenible en el banco cuando se abonan las cantidades diferidas en 2015 y 2016, porque de haber sido así no se hubieran abonado, como se hizo en 2017.» –STSJ-SOC CAMAD núm. 681/2020, de 22 de septiembre, núm. de recurso 300/2020–.

– No advirtiendo la concurrencia de las circunstancias necesarias para que la entidad crediticia reduzca de forma total o parcial o recupere la retribución variable ya que el único incumplimiento reseñado es que el trabajador no se hallaba de alta en la empresa, condición abusiva a juicio del tribunal –STSJ-SOC CAMAD núm. 225/2020, de 17 de abril, núm. de recurso 773/2020–.

– Negando la legitimidad de la entidad crediticia a reducir la retribución variable pues «era plenamente consciente de los compromisos que adquirió con la firma de ese contrato de trabajo, por lo que mal puede ahora tratar de aplicar una inexistente cláusula de reducción de la remuneración de nada menos que el 100 por 100, lo que, si bien se mira, equivale a la supresión del blindaje que ambas partes convinieron libremente como fruto de su autonomía individual.» –STSJ-SOC CAMAD núm. 941/2018, de 26 de octubre, núm. de recurso 393/2020–.

CAPÍTULO VI

LA RETRIBUCIÓN VARIABLE VINCULADA A RESULTADOS

RUBÉN GONZÁLEZ RODRÍGUEZ

Asociado Director del Departamento de Derecho Laboral en Roca Junyent
y Doctorando en Derecho en la Universidad Rey Juan Carlos

1. CONCEPTO DE RETRIBUCIÓN VARIABLE

El abono de la retribución que percibe una persona trabajadora es sin lugar a duda una de las obligaciones esenciales que derivan del contrato de trabajo, tal y como establece el artículo 4.2.f) del ET, de manera que, cuando se hace referencia a la retribución se está ante una de las instituciones más relevantes del contrato de trabajo, al ser objeto y causa de dicho tipo de contrato. Sin embargo, pese a su carácter esencial, en muchas ocasiones nos encontramos ante una cuestión de especial complejidad como consecuencia de las diferentes estructuras salariales que se pueden plantear en la práctica.

En este sentido, tal y como se ha ido analizando a lo largo de los pasados capítulos, del artículo 26 del ET¹ se deduce que la retribución puede ser fija, de manera que la persona cobra un concepto fijo por el trabajo realizado, ya

¹ En el presente Capítulo se analizarán las reglas aplicables a la regulación general del ET sobre la retribución variable, y no las reglas especiales que puedan aplicarse a las relaciones laborales especiales como consecuencia de la regulación contenida en sus reales decretos de regulación del ET, siendo esta materia tratada de forma específica en la quinta parte de la presente obra colectiva.

sea por su medición en unidad de tiempo o en unidad de obra, por una condición personal (p. ej., conocimiento de idiomas, acreditación, lugar de residencia, etc.), por el puesto de trabajo desempeñado (p. ej., trabajo nocturno, trabajo de especial peligrosidad, etc.) o por los resultados derivados de la prestación efectiva del trabajo realizada por la persona trabajadora, que pueden estar vinculados a los resultados de la empresa en general, del departamento o área en particular o de la persona trabajadora en concreto.

Dicho lo anterior, cuando se hace referencia a la retribución variable vinculada a resultados se puede hacer referencia a dos posibles situaciones, que serían, (i) por un lado, que las personas trabajadoras reciban una retribución de naturaleza variable en su conjunto, o (ii) por otro lado, que la persona trabajadora reciba parte de su retribución de manera variable.

No obstante, en la práctica, no suele ser tan habitual la aplicación de una retribución variable en su integridad², ya que la misma plantea el problema de que no se alcance el importe previsto como salario mínimo interprofesional, sino que una parte de la estructura salarial tenga la naturaleza de retribución variable.

Conforme a la definición anterior, aunque tuviera la naturaleza de retribución que varía, no se encontraría ante un supuesto de retribución variable vinculada a resultados en el caso de que se alcance un pacto de retribución neta, que sería aquél supuesto en el que persona trabajadora y empresa alcanzan un acuerdo para que, con independencia del importe a retener y abonar a la Hacienda Pública, o a deducir y pagar a la Seguridad Social, la persona trabajadora siempre percibiría el mismo importe líquido en materia retributiva. Sobre esta cuestión, aun siendo cierto que el artículo 26.4 del ET prohíbe cualquier pacto que altere la responsabilidad de ambas partes sobre

² Sin perjuicio de ello, hay sectores en los que sí se aplica una retribución variable para la retribución en su conjunto, tal y como sucede con el caso de los brókeres o agentes de bolsa, con los que se pacta un porcentaje determinado sobre las comisiones generadas para la empresa por la actividad desarrollada por el bróker. Pese a ello, es necesario establecer reglas correctoras ya que, nuestro ordenamiento jurídico-laboral no permitiría que se diera un supuesto en el que, pese a trabajar durante un mes completo no se cobre nada por no haber generado comisiones suficientes, y por ello, se establecen mecanismos de corrección. A modo de ejemplo, en algunos casos se pacta una retribución variable derivada de las comisiones generadas, y un importe fijo a percibir cada mes, con independencia de lo que se genere, siendo dicho importe fijo descontado de las comisiones devengadas, y en el caso de que las comisiones sean inferiores al importe fijo pactado, ese valor negativo se acumula al mes siguiente. Así a título ilustrativo, en el caso de que se pacte una retribución mínima mensual de 10.000 euros, si en el mes se generan comisiones para la persona trabajadora por valor de 15.000 euros, la persona trabajadora percibirá 15.000 euros, pero si las comisiones generadas lo son por valor de 5.000 euros, y en el mes siguiente se generan comisiones por valor de 15.000 euros, únicamente se percibiría por la persona trabajadora en ese mes siguiente 10.000 euros, ya que su mes comenzaba con -5.000 euros.

el abono de las cargas fiscales y de Seguridad Social, declarando nulo cualquier pacto que se realice sobre dicha materia, la realidad es que en la práctica empresarial se siguen produciendo acuerdos en este sentido, y se aplican en la mayoría de los supuestos de forma pacífica.

Teniendo en cuenta lo anterior, a continuación, se analizarán diversos tipos de retribución variable vinculada a resultados, la dinámica de la retribución variable durante las distintas fases del período de devengo de la misma, y los efectos que produce la retribución variable sobre el resto de las instituciones jurídico-laborales, pero no sin antes destacar que, los importes percibidos en concepto de retribución variable deben ser computados a la hora de determinar si la persona trabajadora cobra una retribución igual o superior al SMI anual, tal y como ha interpretado la jurisprudencia en relación con el artículo 27.1 *in fine* del ET, que establece que la revisión del SMI no afectará a la estructura ni a la cuantía de los salarios siempre y cuando en su conjunto el salario percibido sea mayor³. Dicha interpretación ha sido la que ha realizado la jurisprudencia de forma consolidada en los últimos años, por lo que no parece que vaya a ser modificada, salvo reforma de la normativa legal o reglamentaria aplicable al SMI. Pese a ello, la realidad es que, aunque hay determinados conceptos salariales que tiene sentido que sean computados, con independencia de que sean fijos o variables, en el caso de la retribución variable vinculada a resultados, su reconocimiento supone un claro desincentivo, ya que si la retribución (sin tener en cuenta la de carácter variable) es inferior al SMI, la persona trabajadora obtendría la diferencia salarial igualmente, sin necesidad de realizar los esfuerzos para la obtención de variable, siendo este un efecto ciertamente perverso.

2. TIPOS DE RETRIBUCIÓN VARIABLE

En el mercado laboral existen muchos sistemas de retribución variable, de manera que, aunque pueden existir criterios de clasificación de los sistemas de retribución variable, lo cierto y verdad es que cada sistema, por las particularidades concretas de su regulación, podría calificarse como un sistema único.

³ En concreto, la STS 7 marzo 2024 (rec. 47/2022), sostuvo que la paga en beneficios prevista en el convenio colectivo de empresa debía ser tenida en cuenta para determinar si el salario percibido era o no superior al SMI, al entender que SMI no se refiere al concepto de salario base previsto en los convenios colectivos.

Dicho lo anterior, se deben tener en cuenta que, a modo de ejemplo, se pueden utilizar diversas clasificaciones de sistemas de retribución variable en función de los diferentes criterios que se enumeran a continuación:

- En función del período de devengo, la retribución variable puede ser de naturaleza mensual, trimestral, semestral, anual o incluso plurianual. Este aspecto es muy relevante ya que dichos períodos van a ser tenido en cuenta a los efectos de la fijación de objetivos, revisión del cumplimiento de los mismos, y fecha de pago prevista de dicha retribución variable.

En este sentido, y aunque cada sistema de retribución variable es casuístico y puede contener sus particularidades, suele ser habitual que los parámetros mensuales, trimestrales o semestrales sean los utilizados en supuestos de incentivos o comisiones, y los anuales y plurianuales son considerados en los supuestos de bonus o planes sobre acciones.

- En función de los criterios tenidos en cuenta para su devengo, puede tratarse de sistemas de retribución variable basados en los resultados individuales de la persona trabajadora⁴, del área o departamento, de la empresa en su conjunto o de carácter mixto. Respecto a esta cuestión, se debe destacar que los resultados no son siempre de carácter económico o productivo, sino que, en ocasiones, los objetivos que se establecen a efectos del devengo de la retribución variable pueden ser vinculados a otra serie de cuestiones de índole laboral, como puede ser la garantía o la protección de la salud laboral, o incluso con cuestiones de carácter medioambiental. Así, la jurisprudencia ha validado que se incluyan como objetivos el hecho de que la persona trabajadora se apunte al gimnasio, que participe en carreras populares o que realice ejercicio con su responsable, así como, que recicle cartón o que realice talleres de medio ambiente, al entender que, si la empresa establece determinadas políticas con la finalidad de cumplir objetivos específicos, tiene la capacidad de incentivar a la persona trabajadora para que se alinee con dichos objetivos⁵.

Esta distinción es sin duda una de las que tiene una mayor repercusión en la dinámica de la retribución variable, ya que, a efectos de su devengo, la repercusión de las ausencias de la persona trabajadora no será la misma si la retribución variable depende de los resultados personales que si depende de los resultados empresariales en su conjunto o del área o departamento en particular, salvo que se hayan realizado pactos que anulen dicha diferencia.

- En función del tipo de cuantía, puede tratarse de un importe fijo, de manera que, alcanzado un determinado objetivo, se abona percibe una cuantía fija ya previamente determinada, o un importe variable en función de la aplicación de un

⁴ En relación con esta cuestión, es importante tener en cuenta que cuando se hace referencia a los resultados personales, debe tratarse de resultados medibles de forma objetiva, tal y como ha establecido de manera reciente la STS 17 febrero 2026 (rec. 8/2025), no siendo válido, a priori, el establecimiento de una retribución variable que se base en evaluaciones del desempeño de carácter subjetivo.

⁵ STS 26 junio 2018 (rec. 672/2018).

determinado porcentaje a una cuantía específica, no teniendo esta diferenciación demasiada repercusión desde un punto de vista práctico.

- En función de la fuente normativa o reguladora de la que deriva el sistema de retribución variable, el mismo puede ser de carácter unilateral, contractual o convencional, teniendo ello bastante repercusión, tal y como se verá con posterioridad, en el procedimiento de implantación, de modificación o de supresión del sistema de retribución variable.

- En función de su estabilidad, puede tratarse de un sistema de retribución variable de carácter temporal o indefinido. Así, en el primero de los casos se trata de un sistema de retribución variable que es más flexible, ya que su duración está perfectamente delimitada y finalizada la misma la empresa no está obligada a continuar su aplicación, salvo que obvie dicha duración temporal y empiece a aplicarlo de forma voluntaria y unilateral en períodos posteriores, en cuyo caso se podría consolidar como una condición más beneficiosa, mientras que, en el segundo supuesto, el sistema de retribución variable es más estable y su modificación o alteración está sujeto a reglas más rígidas, vinculadas a la existencia de causas y al respeto a determinados requisitos formales en función a su fuente de origen.

- En función del número de personas trabajadoras a las que se le aplique dicho sistema de retribución variable, éste puede ser individual, plural o colectivo, teniendo ello repercusión, tal y como se verá con posterioridad, tanto en el procedimiento de implantación de este como en su modificación o supresión posterior, ya que los requisitos formales son totalmente diferentes.

Dicho lo anterior, y poniendo el foco en sistemas de retribución variable específicos, y no en los criterios de diferenciación de los mismos, se debe tener en cuenta que existen múltiples sistemas de clasificación posible, aunque cada uno con sus reglas particulares, ya que, salvo el salario a comisión cuyo régimen se detallará posteriormente, y que se regula de forma específica en el artículo 29 del ET, la realidad es que los sistemas de retribución variable son regímenes específicos que derivan de la voluntad de la empresa, si se ha previsto de forma unilateral por la misma, o del acuerdo entre las partes, pudiendo ser un acuerdo entre la persona trabajadora y la empresa, y teniendo naturaleza contractual, o entre la empresa (o las asociaciones que las representan) y la representación legal o sindical de las personas trabajadoras, y disfrutando de naturaleza normativa, de manera que, los regímenes aplicables son de naturaleza muy diversa.

Sin perjuicio de lo anterior, por su carácter más típico o habitual, se pueden destacar el bonus, los incentivos, las primas, las comisiones, los premios o los vinculados de forma directa o indirecta al capital social de la sociedad, ya sea a través de valores reales o ficticios. Sobre los vinculados de forma directa o indirecta al capital social, se pueden diferenciar supuestos de entrega de acciones o participaciones de la sociedad, *stock options*, *restricted share units*,

phantom shares, planes de adquisición de acciones por parte de las personas trabajadoras, entre otras. No obstante, dichos sistemas de retribución variable, por tratarse de sistemas más novedosos y que se aplican a unos colectivos más específicos y no a una generalidad de las personas trabajadoras de empresa, serán analizados en el capítulo anterior al presente.

Teniendo en cuenta las manifestaciones anteriores, a continuación, se procederá a desarrollar algunos de los sistemas de retribución variable más clásicos, y con unas reglas, normalmente, más universales.

2.1 Comisiones

Las comisiones o salario a comisión son una forma de retribución variable que, a diferencia del resto de dichas modalidades de retribución, se regula de forma expresa en una normativa de rango legal.

Así, el artículo 29.2 del ET establece que el derecho al devengo del salario a comisión se producirá tras producirse el negocio, la venta o la colocación en la que hubiera intervenido la persona trabajadora, siempre y cuando la misma se haya cobrado, de manera que, no es suficiente con ejecutar la operación, por utilizar un término en sentido genérico, sino que es requisito *sine qua non* que se haya producido el pago.

Además, se establece que la liquidación y el pago de la comisión se producirá al finalizar el año, salvo que se hubiera pactado otra cosa al respecto, de manera que se trata de un régimen de carácter dispositivo. Como consecuencia de ello, la regla general es que el plazo de prescripción para reclamar el importe que corresponda comenzaría a computar desde que finaliza el año natural, salvo y cuando se haya pactado un período de liquidación diverso, en cuyo caso comenzaría a computar el plazo desde que se consuma la operación y se realiza el pago, salvo que la persona trabajadora no haya tenido conocimiento de dicha situación pese a haber actuado de forma diligente, en cuyo caso se computaría desde el pleno conocimiento de la realización del pago derivado de la operación⁶.

Sin perjuicio de lo anterior, la realidad es que en la práctica los sistemas de retribución variable vinculados a comisiones nacen del principio dispositivo y establecen sus propias reglas, de manera que, en algunos casos se rebajan los requisitos de devengo, estableciendo que es suficiente con que se haya formalizado la operación y la misma tenga garantías que permitan su reclamación, así como, se establecen reglas de liquidación periódica de carácter men-

⁶ STSJ Galicia 8 marzo 2016 (rec. 2271/2015).

sual, trimestral o semestral, por lo que, a diferencia del bonus, que se analizará con posterioridad, no es habitual que el abono de comisiones se produzca en un único pago al final del año.

Tal y como se puede observar, la normativa legal no regula de forma completa todas las vicisitudes relativas a las comisiones, ya que, ni siquiera de forma subsidiaria se establece un porcentaje de comisión, lo que es adecuado, dado que la variedad de actividades, sectores y empresas que operan en el mercado hacen que sea recomendable no establecer una regla general que, en muchos supuestos, por el valor de los productos vendidos, podría elevar las comisiones de forma sustancial.

Respecto a esta cuestión, es importante tener en cuenta que existen sistemas de muy diversa índole, de forma que, hay sistemas simples que se basan en la aplicación de un porcentaje fijo, pudiendo ser el mismo para todos los productos o diverso en función de cada tipo de producto⁷, otros más complejos en los que se establecen porcentajes progresivos con la finalidad de incentivar la realización de operaciones por parte de las personas trabajadoras⁸, e incluso hay sistemas en los que se establece que no se devengan comisiones en concepto de retribución variable hasta que las comisiones mensuales de la persona trabajadora alcanzan el valor de su retribución mensual, de manera que, para que devenguen comisión es necesario que primero cubran su propio coste, e incluso si un mes no se consigue alcanzar el valor de la retribución en comisiones, el resultado negativo se acumula para el mes posterior⁹.

De igual forma, se debe destacar que en este tipo de sistemas de retribución variable no suelen establecerse comisiones a nivel de empresa o de área, sino que suelen tener carácter individualizado, aunque en algunos supuestos se reparten las comisiones entre la persona trabajadora y su jefe o responsable, que recibe una parte como consecuencia de las labores de coordinación respecto de los miembros de su equipo.

⁷ Así, puede ocurrir que una empresa se dedique a la venta de determinados productos y algunos sean más complicados de vender como consecuencia de su precio, por ser menos funcionales o tener un uso específico que lo hacen más exclusivos, de manera que es necesario incentivar de forma diferente la venta de determinados productos para intentar conseguir el objetivo de que las ventas no se limiten al producto más generalizado o con más facilidad de venta.

⁸ La implantación de este tipo de sistema de comisiones se debe a que se quiere evitar que las personas trabajadoras, en el caso de alcanzar un valor de comisiones en las primeras semanas del mes no tengan un incentivo suficiente para intentar obtener mayores importes derivados de las comisiones.

⁹ Este sistema de retribución variable no es tan generalizado, aunque hay sectores en los que se aplican de forma habitual como es el caso por ejemplo de los brókeres que se dedican al mercado de renta fija, tal y como se ejemplificó en la primera nota al pie de página del presente capítulo, que pueden obtener un importe en concepto de comisiones muy elevado, y que no se consigue de forma normal en otros sectores o actividades.

Además de la aplicación del porcentaje, se debe tener en cuenta la base sobre la que se aplica el mismo, y la regla general es que, si no se pacta lo contrario, el porcentaje se aplica sobre el valor del producto sin tener en cuenta los impuestos que se deben aplicar a dicho importe como podría ser el Impuesto sobre el Valor Añadido, al no integrarse el impuesto en la suma del importe vendido¹⁰.

2.2 Bonus

Se trata de un sistema de retribución variable cuyo régimen puede ser muy diverso como consecuencia de la aplicación del principio dispositivo, así como de la ausencia de regulación legal sobre la materia. No obstante, se trata de un sistema retributivo que se vincula usualmente con los resultados de la empresa, los resultados de la persona trabajadora, los resultados de un departamento concreto o con una combinación de todos los parámetros anteriores.

Pese al carácter heterogéneo del concepto anteriormente destacado, es importante mencionar que se puede considerar que el bonus sí es un concepto que permite, salvo supuestos de regulaciones especialmente atípicas, trazar una serie de elementos definitorios, siendo éste el motivo por el que se trata en el presente capítulo de forma específica. Así, dichos elementos definitorios del bonus serían, a juicio de la doctrina judicial, los siguientes¹¹:

- Se vincula a la obtención de resultados extraordinarios, ya sea en lo individual, departamental o empresarial.
- Está sujeto al cumplimiento de objetivos que deben establecerse anualmente por la empresa.
- No es habitual que los objetivos se mantengan inalterables en el tiempo, teniendo la empresa una discrecionalidad amplia en el establecimiento de objetivos. Sin embargo, aunque dicha doctrina judicial no lo desarrolla expresamente, es importante matizar que dicha discrecionalidad no es equiparable a arbitrariedad, de forma que el cumplimiento del bonus no puede quedar a voluntad de la empresa que, en su caso, lo adeudaría, ya que en este caso son de aplicación los principios generales de la contratación previstos en los artículos 1115 y 1256 del CC.
- No se trata de una retribución fija ni de carácter consolidable.

¹⁰ STSJ Com. Valenciana 15 noviembre 2005 (rec. 1418/2005).

¹¹ STSJ Madrid 30 octubre de 2015 (rec. 389/2015).

Además de los elementos definitorios anteriores que han sido resaltados por la doctrina judicial, de la aplicación generalizada de los mismos se pueden añadir los siguientes:

- Su devengo está vinculado a un período de carácter anual, pudiendo ser año natural o año fiscal, de manera que se sujeta a unos resultados que se desarrollan en un período amplio, y no en un momento puntual como muchos de los ejemplos de primas o incentivos que se mencionarán en el apartado posterior.

- Pese a que pueden depender de un único parámetro (p. ej., persona trabajadora, departamento, o empresa), suelen estar sujetos a diferentes parámetros, haciéndose un reparto porcentual entre ellos. En el caso de que se establezca un reparto entre diversos parámetros, salvo que se pacte lo contrario, las personas trabajadoras podrán percibir la parte de los parámetros que sí hayan cumplido, aunque el resto de los parámetros se hayan incumplido¹².

- Tradicionalmente se reconocía a personas trabajadoras que ocupaban puestos de especial relevancia en la empresa, aunque cada vez se está extendiendo más a otros colectivos en importes o porcentajes sustancialmente inferiores.

- No se suele regular en convenios o acuerdos colectivos, sino que se establece por decisiones empresariales, y en algunos casos, se reconoce contractualmente. No obstante, pese a la ausencia de reconocimiento contractual, en determinados casos se ha considerado que existe una condición más beneficiosa cuando se ha reiterado en el tiempo el abono de un importe en concepto de bonus, sin alterar su importe, y sin establecer objetivos o parámetros de cumplimiento¹³. A *sensu contrario*, no se consolidará como condición más beneficiosa en el supuesto de que se fijen objetivos cada año, se varíe el porcentaje o importe a percibir, etc.¹⁴.

- Aunque se puede establecer un importe a tanto alzado, lo usual es que se establezca un porcentaje sobre la retribución, y que, en función del porcentaje de cumplimiento, se cobre por la persona trabajadora la parte proporcional del cumplimiento.

A pesar de que éste no ha sido un elemento característico del concepto de bonus tradicional, se está extendiendo el establecimiento del concepto de llave

¹² STSJ Cataluña 6 octubre 2004 (rec. 1152/2004).

¹³ STSJ Cantabria 27 mayo 2005 (rec. 46/2005).

¹⁴ STS 25 marzo 2014 (rec. 140/2013).

en el bonus, tratándose de una condición *sine qua non* para que se devengue el bonus. Esta condición puede ser de diverso tipo en función de los objetivos que persiga la empresa con ella, de manera que, en algunos supuestos se establece la obligación de alcanzar un mínimo de cumplimiento global, en otros el alcanzar un mínimo en todos los parámetros en los que se dividen los objetivos, o el cumplimiento de un importe de EBITDA o de beneficios.

2.3 Primas o incentivos

Cuando se realiza una referencia a los conceptos de prima o incentivos, a diferencia de los supuestos de comisión o bonus, se está ante una cuestión de un carácter más heterogéneo, y ello dificulta el establecer una definición, o encontrar ejes vertebradores de dichos conceptos salariales o sistemas de retribución variable.

Así, mientras que la comisión, como se ha visto en los apartados anteriores, se encuentra prácticamente definida y regulada en el artículo 29.2 del ET, sin perjuicio del carácter dispositivo de dicha regulación, y el bonus, aunque no se regule de forma expresa en ninguna normativa legal, es tan extendida su aplicación que es relativamente sencillo identificar cuando se está ante un bonus, en el caso de las primas e incentivos se está ante conceptos que ni siquiera son los que se utiliza siempre y en todo caso, e incluso, es muy probable que no sean los conceptos más utilizados.

En este sentido, el concepto de prima o incentivo se podrían considerar equivalentes, ya que la realidad es que ninguno de los dos conceptos tiene una definición clara, ni una regulación mínima, por lo que, tanto su denominación, como su régimen depende del principio dispositivo, y de lo que, por acuerdo o unilateralmente, se instaura en cada empresa.

Es más, en muchas ocasiones se regulan conceptos retributivos vinculados a resultados individuales, departamentales o colectivos que no son ni comisiones ni bonus, pero que tampoco se identifican como incentivos o primas, de manera que se utilizan denominaciones diversas como podrían ser pluses o complementos.

Como consecuencia de ello, y dada la heterogeneidad de conceptos que existen, se utilizarán los conceptos de primas o incentivos para analizar en este apartado aquellos conceptos salariales que no son ni comisión ni bonus, ni tampoco sistemas retributivos vinculados a participaciones o acciones de la empresa.

Dicho lo anterior, se debe destacar que, mientras que las comisiones son una modalidad de retribución variable que habitualmente está vinculada a la actuación individual de la persona trabajadora en la realización de operaciones mercantiles, hay otros sistemas de retribución variable, como sucede en el caso de las primas o de los incentivos, que se vinculan a otras cuestiones como podrían ser el rendimiento, la productividad u otros parámetros empresariales que no tienen que referirse a una venta concreta, y que no siempre dependen de la actuación de la persona trabajadora individualmente considerada, como sucede habitualmente con las comisiones, sino de los de un área o departamento concreto, de la empresa en sentido general o de forma mixta.

En este caso, por tanto, la retribución variable no estaría tan vinculada a los productos vendidos, el beneficio obtenido y el porcentaje a aplicarle, sino que se puede referir a cuestiones vinculadas a la productividad en sentido amplio, como puede ser el supuesto del índice de cifra de ventas, el EBITDA, índice de calidad del producto, ausencia de productos defectuosos en una línea de montaje, ausencia de averías de una máquina por su adecuado uso y mantenimiento, la reducción del absentismo, número de actuaciones judiciales realizadas, número de cajas fabricadas, palets descargados, paquetes repartidos, llamadas gestionadas, incidencias atendidas, vehículos reparados, etc. Tal y como se puede comprobar, se estaría ante conceptos retributivos variables muy diversos, cuya regulación puede variar mucho en función del sector, empresa, departamento y/o puesto de trabajo analizado, de manera que sería imposible tratar toda la casuística en la extensión prevista para el presente capítulo.

Respecto a esta modalidad de retribución variable relativa a primas o incentivos, aunque es aplicable a cualquier relación laboral en general, su aplicación se encuentra muy extendida, por ejemplo, en el caso de los deportistas profesionales, de manera que se les abona una prima por ganar un título, ganar un partido, ganar una carrera, ganar una medalla, permanecer en primera división, no descender de categoría¹⁵, etc., siendo la casuística inmensa, dada la diversidad de modalidades deportivas, tipos de competición, etc.

Es cierto que, normalmente, se identifica como un sistema de retribución variable específico el de participación en beneficios o resultados, pero la realidad es que, si se tiene en cuenta la diversidad de supuestos de primas y/o incentivos mencionados con anterioridad, así como, la introducción realizada sobre el concepto sería difícilmente justificable dicho tratamiento diverso, ya

¹⁵ STS 9 diciembre 2010 (rec. 600/2010)

que la obtención de determinados beneficios o resultados por parte de la empresa no deja de ser un parámetro vinculado de forma directa a la productividad, por lo que podemos incluirlo dentro del concepto de prima.

En este sentido, en el caso de la participación en beneficios se trata de un sistema de primas o incentivos cuya extensión ya no es de un carácter individualizado o departamental, sino que se utiliza a nivel empresarial, aplicándose a toda la plantilla, y consistiendo en el reparto de un porcentaje de los beneficios o resultados obtenidos sobre las personas trabajadoras que forman parte de la empresa, y pudiendo tener una aplicación de reparto equitativo entre todas las personas que forman parte de la empresa o que se aplique de forma diversa en función de la retribución que percibe o del grupo profesional en el que se encuentra adscrita cada persona trabajadora. Respecto al concepto de beneficio, aunque no hay una definición legal de dicho sistema retributivo, de manera que se puede establecer el régimen que las partes decidan o la parte decida¹⁶, la realidad es que, en ausencia de definición expresa y *ad hoc* para la regulación de dicho sistema retributivo, se entenderá por beneficio el resultado positivo de la cuenta de pérdidas y ganancias y no otros conceptos como el resultado favorable de la actividad ordinaria de explotación o cualquier otro concepto¹⁷.

En algún supuesto, en lugar de utilizar el concepto de beneficio se ha utilizado el de resultados, y eso ha llevado a que se plantee el conflicto sobre qué quiere decir dicho concepto, así como si se refiere a resultados personales, departamentales o empresariales, y la doctrina judicial ha interpretado que resultado, cuando se está utilizando el concepto para determinar si se devenga o no una prima o unos incentivos, se debe referir a resultado positivo, y si no se especifica de quién es el resultado, se debe tener en cuenta el resultado empresarial¹⁸.

Además, se debe considerar que, tanto las comisiones, como el bonus, las primas, los incentivos u otros conceptos salariales variables vinculados a resultados son compatibles entre sí, de manera que en una empresa puede haber diferentes tipos de retribución variable, e incluso una misma persona trabajadora puede estar sujeta a diversos sistemas de retribución variable.

Así, a modo de ejemplo, una persona trabajadora que tiene el puesto de comercial podría cobrar comisiones por los productos vendidos durante el

¹⁶ A modo de ejemplo, en la STS 17 diciembre 2009 (rec. 120/2008), se validó que se hubiera establecido que por beneficio debía entenderse los que resultasen después de deducir o restar de los beneficios brutos las amortizaciones.

¹⁷ STS 24 septiembre 1996 (rec. 3576/1995) y STSJ Cataluña 29 julio 2011 (rec. 7051/2009).

¹⁸ STSJ Madrid 29 noviembre 2024 (rec. 707/2024).

año, cobrar una prima porque en uno o varios meses del año ha sido el mejor vendedor del mes, y cobrar el bonus anual porque se han alcanzado los objetivos personales, departamentales y empresariales para el devengo del bonus, de manera que los sistemas de retribución variable vinculados a resultados no son excluyentes.

3. DINÁMICA DE LA RETRIBUCIÓN VARIABLE

Tras haberse analizado el concepto de retribución variable, así como, los sistemas más habituales de dicha modalidad de retribución, es importante desarrollar los diferentes momentos o fases que forman parte de la dinámica ordinaria o habitual de un sistema de retribución variable, como consecuencia de los efectos que estas tienen sobre el devenir de este.

3.1 Implantación de sistema de retribución variable

En primer lugar, en lo relativo a la implantación del sistema de retribución variable, se debe tener en cuenta que la misma puede derivar de fuentes de diferente naturaleza, y que, como consecuencia de ello se pueden plantear diversas situaciones.

Así, tal y como establece el artículo 26.3 del ET, la regulación de los conceptos de retribución variable, entre los que se encuentran los vinculados a resultados, que son los analizados en el presente capítulo, se puede acordar a través de la negociación colectiva¹⁹, o en su defecto, a través del contrato de trabajo²⁰. Además, aunque no se reconozca de forma expresa, también es posible el establecimiento de sistemas de retribución variable de carácter unilateral por parte de la empresa, siendo esta fuente, seguramente, la que en la práctica tenga un mayor alcance en la actualidad.

Es importante destacar que la participación de la representación legal de las personas trabajadoras no es la misma en todas las fuentes anteriormente mencionadas, por lo que, a continuación, se desarrollarán las particularidades

¹⁹ El legislador utiliza el término de negociación colectiva, de manera que no es necesario que se trate de un convenio colectivo estatutario, sino que se puede regular a través de un convenio colectivo extraestatutario, así como, en acuerdos colectivos, al ser todos ellos productos de la negociación colectiva.

²⁰ A diferencia de otros pactos como el período de prueba, el pacto sobre un concepto salarial de naturaleza variable vinculada a resultados no es necesario que se produzca al inicio de la relación laboral, sino que puede realizarse en cualquier momento posterior.

de las diferentes fuentes, comenzando el análisis por aquellas fuentes en las que la representación legal de las personas trabajadoras tiene una mayor intensidad y finalizando por aquellas en las que la participación tiene un carácter más residual.

En el caso de que se establezca un sistema de retribución variable en un convenio colectivo, el mismo puede ser sectorial, empresarial, de centro de trabajo o de franja, ya que, a diferencia de otras instituciones que se regulan en el ET, en el caso de la retribución variable no se exige que el convenio colectivo sea de ámbito sectorial.

Sin embargo, la realidad es que los convenios colectivos sectoriales no suelen establecer sistemas de retribución variable, sino que, en su mayoría, se limitan a regular la estructura salarial, y en algunos casos regulan pagas en beneficios, que realmente no tienen carácter de retribución variable, o simplemente hacen un llamamiento a las empresas para que establezcan sistemas de incentivos con la participación de la representación legal de las personas trabajadoras y establecen algunas reglas para el caso de que se implante dicho sistema ²¹.

De esta forma, son los convenios o acuerdos colectivos de empresa los que, en su caso, establecen sistemas de retribución variable, siendo ello razonable ya que, estos sistemas vinculan la retribución a las necesidades de la empresa, siendo éstas de carácter muy diverso. Así, la regla general es la huida del convenio colectivo sectorial en el establecimiento de sistemas de retribución variable como consecuencia de que las necesidades en un sector no son siempre homogéneas para todas las empresas que forman parte de este, y porque la retribución variable vinculada a resultados es utilizada por la empresa para la captación de talento en el momento inicial, y posteriormente para controlar el cumplimiento de los objetivos previstos.

Además, se debe tener en cuenta que hay una cantidad importante de empresas que, aun teniendo convenio colectivo de empresa, regulan el sistema de retribución variable en políticas empresariales, al no ser necesario alcanzar un acuerdo en el momento inicial para su implantación, y ser más flexibles, como se verá posteriormente al tratar la realización de cambios en la aplicación del sistema.

En el caso de la implantación de nuevos sistemas de retribución variable vinculados a resultados, aunque es una facultad de la empresa y tiene un carácter discrecional, no existiendo obligación de negociar colectivamente su im-

²¹ Así se establece, por ejemplo, en el artículo 9 del Convenio colectivo de la industria del calzado o en el artículo 41 del XXI Convenio colectivo general de la industria química.

plantación²², la realidad es que ello no significa que la representación legal de las personas trabajadoras no tenga ninguna participación, sino que, conforme a lo previsto en artículo 64.5.f) del ET, es necesario que de forma previa a su implantación se realice un trámite de audiencia con la representación legal de las personas trabajadoras y se les permita la emisión de un informe dentro del plazo de 15 días de audiencia. Dicha audiencia se debe producir de igual forma respecto de los delegados sindicales en el caso de que cumplan los requisitos previstos en el artículo 10 de la LOLS.

Por lo tanto, incluso cuando se implanta un sistema de forma unilateral, existe un derecho de participación de la representación legal de las personas trabajadoras, aunque en este caso su papel es muy residual ya que el informe no es vinculante para la empresa.

A diferencia de las otras fuentes, en el caso del contrato de trabajo, a priori, se está ante pactos individuales, de manera que la autonomía de las partes es mayor, al no tener la empresa que tratar de igual forma a todas las personas que componen un mismo colectivo, sino que tiene mayor libertad para pactar con personas concretas el establecimiento de una retribución variable vinculada a resultados. Además, se debe considerar que el pacto sobre una retribución variable con personas concretas sin demasiada vinculación entre sí supondría que no se cumple con la definición de implantación de sistema, por lo que no sería necesario realizar el trámite de audiencia previo a su implantación. En cualquier caso, la representación legal de las personas trabajadoras tiene derecho a recibir copias de los contratos, por lo que también ejercen su derecho de participación, aunque de la forma menos intensa a través del derecho de información.

No obstante, en el caso de que se establezcan pactos individuales de retribución variable vinculada a resultados en colectivos de personas trabajadoras concretos, o en un número relevante de personas trabajadoras que sin poder agruparse como colectivo superen los umbrales relativos a la calificación de una medida como colectiva conforme a lo previsto en el artículo 41 del ET²³, se debería realizar el trámite de audiencia, ya que, en caso contrario se estaría incumpliendo un requisito previo a la implantación del sistema, y ello podría conllevar que se declare el mismo nulo.

²² STS 15 septiembre 2016 (rec. 196/2015).

²³ Se considera medida colectiva cuando afecte al menos, a 10 personas trabajadoras en empresas de hasta 100 personas trabajadoras, a un 10% de la plantilla en empresas de entre 100 y 300 personas trabajadoras y 30 personas trabajadoras en empresas de 300 personas trabajadoras o más.

En cualquier caso, pese a la libertad de los pactos individuales, las empresas suelen huir de ellos por la rigidez que comporta el pactar el sistema, ya que el mismo se contractualiza y se considera un derecho a todos los efectos.

Sin perjuicio de lo anterior, la discrecionalidad y la libertad en el establecimiento de sistemas y pactos de retribución variable no es absoluta, sino que debe respetar determinados requisitos, entre el que se encuentra el derecho a la igualdad y a la no discriminación, de manera que, se ha considerado nulo por discriminatorio el establecer un régimen diferente de retribución variable en función de la fecha de ingreso en la empresa²⁴. Igualmente, se ha considerado discriminatorio, por considerarse artificiosa, arbitraria e injustificada el establecimiento de incentivos diversos a colectivos de personas trabajadoras que realizan las mismas funciones y que cuya única diferencia es la prestación de servicios en las oficinas centrales de la empresa o en otro lugar²⁵.

No obstante, dicho principio no excluye la posibilidad de establecer diferenciaciones en el establecimiento de un sistema de retribución variable, pudiendo preverse diferentes parámetros y la exclusión en la aplicación del mismo a determinados colectivos, siempre que exista una justificación objetiva para ello y la medida sea proporcional al objetivo perseguido.

Finalmente, pese a que sea posible establecer un sistema de retribución variable a través de diversas vías, la realidad es que no se puede obviar que las diferentes fuentes están sujetas a un orden de prelación, de manera que, ni por política empresarial, ni por contrato de trabajo, se podrá establecer un sistema de retribución variable que empeore el previsto en el convenio colectivo de aplicación, y tampoco se puede mediante política empresarial afectar a sistemas de retribución variable pactado en contrato de trabajo, sin recurrir al procedimiento previsto para modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

3.2 Fijación de objetivos

En segundo lugar, es importante tener en cuenta que, una vez que se ha implantado un sistema de retribución variable, ya sea de forma unilateral o mediante acuerdo, la carga de fijar los objetivos corresponde a la empresa, y el no fijarlos o fijarlos de forma extemporánea podría tener efectos directos sobre el devengo de la retribución variable.

²⁴ STS 24 junio 2019 (rec. 10/2018).

²⁵ STSJ Madrid 11 enero 2013 (rec. 5482/2012).

3.2.1 AUSENCIA DE FIJACIÓN DE OBJETIVOS

En el caso de que directamente no se fijen los objetivos, o los mismos sean poco claros u oscuros, ello conllevaría que se devengue la máxima retribución variable posible a favor de la persona trabajadora como consecuencia de la aplicación de los principios generales de la contratación previstos en el Código Civil, tal y como ha establecido la jurisprudencia²⁶.

Así, en el caso de que la empresa no los fije, se aplicaría lo previsto en el artículo 1256 del Código Civil que establece que los contratos no pueden quedar al arbitrio de una de las partes, de manera que, el devengo o no de la retribución variable no puede depender de la voluntad de la empresa de fijar los objetivos, mientras que, en el caso de que los objetivos no sean claros, se aplicaría lo previsto en los artículos 1284 y 1288 del Código Civil, de manera que deben interpretarse las cláusulas en el sentido más favorable a su devengo, y la oscuridad no puede favorecer a la empresa, que es quien la genera.

Además, se debe tener en cuenta que, la fijación de objetivos y su comunicación por parte de la empresa es obligatoria, aunque no se haya previsto de forma expresa en el sistema de retribución variable, ya que ello deriva de forma directa del principio de buena fe contractual que debe regir cualquier relación laboral²⁷.

No obstante, la no fijación de objetivos no va a conllevar en todo caso y sin excepción el devengo de la retribución variable en aquellos supuestos en los que se establece como requisito el cumplimiento de alguna condición, y la misma no se cumple, tal y como ha previsto la jurisprudencia²⁸. Así, en el caso de que, por ejemplo, el abono de la retribución variable se condicione a que exista equilibrio financiero y presupuestario, si dicha condición no se cumple, aunque no se hayan fijado los objetivos, no se devengará retribución variable.

En el mismo sentido, si la ausencia de fijación de objetivos no es imputable a la empresa, tampoco se devengaría automáticamente la retribución variable. Así, se devengaría si no se fijan los objetivos por la mera pasividad empresarial²⁹, pero no se devengaría, pese a que la empresa no pueda acreditar que la persona trabajadora ha tenido conocimiento expreso de los objetivos, si la empresa acredita que le comunicó los objetivos a la persona trabajadora por las

²⁶ STS 9 julio 2013 (rec. 1219/2012).

²⁷ SAN 14 octubre 2021 (rec. 162/2021).

²⁸ STS 5 marzo 2024 (rec. 256/2021).

²⁹ STS 18 febrero 2014 (rec. 228/2013).

vías habituales, y que éste no accedió a la información que se le comunicaba, no puede ser ello imputable a la empresa³⁰.

3.2.2 FIJACIÓN EXTEMPORÁNEA DE OBJETIVOS

Se debe tener en cuenta que la empresa no solo tiene la obligación de fijar los objetivos para el devengo del bonus, sino que debe fijarlos al inicio del período del devengo, que se correspondería con el primer día hábil de dicho período, ya que, es muy difícil conseguir unos resultados respecto de los que se desconoce su intensidad, grado o cantidad durante una parte del período en el que se miden. Por lo tanto, la fijación de objetivos extemporánea se equipara a la ausencia de fijación³¹.

Sin embargo, pese a que se pueda establecer como regla general dicha automaticidad, ello no debería evitar que en determinados casos, si se acredita que la fijación se produce con carácter posterior por motivos ajenos a la simple pasividad empresarial, como puede ser la necesidad de realizar determinados trámites (p. ej., comprobación de datos del año fiscal previo), y ello no supone que la comunicación se realice en un momento muy avanzado del período de devengo, sino que el plazo de comunicación ha sido razonable, se admita dicha fijación de objetivos y no se produzca directamente el devengo automático de la retribución variable.

3.3 Cumplimiento de los objetivos

En tercer lugar, mientras que la fijación de los objetivos es una obligación de la empresa, tal y como se ha analizado con anterioridad, el cumplimiento de estos es una obligación de la parte trabajadora. Dicha obligación lo es de forma directa en el caso de objetivos de carácter personal o individual, y en el caso de los objetivos departamentales o de empresa, la persona trabajadora está obligada a colaborar en que se cumplan, aunque en la práctica el cumplimiento del objetivo por parte de un área o departamento de la empresa beneficiará a la persona trabajadora sin necesidad de acreditar su efectiva participación en su consecución.

³⁰ STSJ Madrid 12 julio 2005 (rec. 2211/2005).

³¹ STS 19 marzo 2019 (rec. 30/2018).

No obstante, el hecho de que el objetivo se incumpla no siempre supone la ausencia de devengo de la retribución variable pactada, sino que la conducta de la empresa puede tener impacto en el incumplimiento de los objetivos, y ello puede ocasionar que se devengue la retribución variable pactada, aunque no se haya cumplido el objetivo.

Respecto a esta cuestión, no cualquier acción por parte de la empresa se puede considerar a efectos de declarar su culpabilidad de la misma y el derecho al cobro de la retribución variable, de manera que, en el caso de que por ejemplo existan discrepancias entre la empleadora y la empresa cliente sobre el contenido del contrato que formaliza la operación que ha conseguido la persona trabajadora y que origina el derecho al devengo de una comisión, ello no puede considerarse culpa de la empresa a efectos del devengo de la retribución variable³², salvo que se acredite la existencia de mala fe por no ser razonable la discrepancia planteada.

No obstante, sí se ha considerado que se devenga la retribución variable cuando una empresa se ha escindido durante el período de devengo, y de las dos sociedades, es la que se queda sin personas trabajadoras la que tiene un resultado más positivo, imputándose el resultado negativo a la otra sociedad, ya que la decisión de escindirse, así como de realizar el reparto siguiendo dicho procedimiento, es única y exclusivamente de la empleadora³³.

Teniendo en cuenta lo anterior, en el caso de que sea necesario que la persona trabajadora acceda a la vía judicial porque la empleadora no le reconozca el cumplimiento de los objetivos, y sin perjuicio de que en la presente obra ya existe un capítulo dedicado de forma expresa al ámbito procesal, es importante destacar alguna cuestión procesal de relevancia respecto de la retribución variable vinculada a resultados, como sucede con el caso de la carga de la prueba en el proceso laboral para la reclamación del reconocimiento y abono de la retribución variable.

En relación con esta cuestión, en principio, dado que la reclamación se debe producir en un procedimiento ordinario de reclamación de derechos y/o cantidad, será el demandante, y por lo tanto, la persona trabajadora quien tendrá, conforme a lo previsto en el artículo 217 de la LEC³⁴, la carga de probar la existencia del pacto relativo a una retribución variable (p. ej., porcentaje o

³² STSJ Cataluña 1 septiembre 2004 (rec. 4285/2003).

³³ SAN 15 octubre 2024 (rec. 220/2024).

³⁴ La LEC es aplicable de forma supletoria a la LRJS en aquello que esta última no regule de forma expresa, tal y como se establece en la Disposición Final 4.^a de la LRJS, y en materia de carga de la prueba, la LRJS solo establecen reglas específicas para los supuestos de accidente de trabajo y discriminación, de manera que se aplican en toda su extensión las reglas previstas con carácter general en el artículo 217 de la LEC.

tipo aplicable para calcular la comisión, el bonus, la prima, etc.), operaciones llevadas a cabo, el valor de las mismas, así como la realización de las diferentes operaciones que se han producido, con su grado de ejecución, y que conlleven el devengo de las comisiones reclamadas³⁵.

Sin embargo, dicha regla general no tiene carácter absoluto, de manera que puede ocurrir que la persona trabajadora, en determinadas circunstancias tenga la capacidad de acreditar la existencia de un pacto de retribución variable (p. ej., pacto de comisiones y porcentaje de aplicación), así como que se han llevado a cabo operaciones de las que derivaría el derecho a percibir una comisión, y sin embargo, no tenga la información completa sobre si ya se ha producido el cobro por parte de la empresa, y por lo tanto ya se ha devengado o no, en cuyo caso, y sin perjuicio de los medios procesales que tiene a su disposición para requerir la aportación de información o documentación al proceso, por facilidad probatoria, una vez probados los aspectos anteriores, sería la empresa quien, por facilidad probatoria, debería probar la situación en la que se encuentra la operación y por qué no se habría devengado aún la retribución variable en favor de la persona trabajadora³⁶.

En el mismo sentido, aunque sería la persona trabajadora quien tendría la carga de acreditar la existencia de un pacto de bonus, así como el porcentaje del mismo, si se alega que los objetivos no han sido comunicados por la empresa, y que como consecuencia de ello se ha devengado el bonus en su totalidad, será la empresa quien tenga que probar que sí se comunicaron los objetivos, por facilidad probatoria, ya que, entender lo contrario sería tanto como admitir la existencia de la *probatio diabólica*, teniendo que probar la persona trabajadora hechos de carácter negativo. De igual forma, puede suceder, y es habitual, que la persona trabajadora tenga un conocimiento limitado sobre el cumplimiento de los diversos objetivos (p. ej., resultados empresariales, resultados del departamento, situación de operación concreta, etc.), de manera que, en el caso de que la persona trabajadora aporte al proceso indicios de que el objetivo se ha cumplido, será la empresa la que tenga, nuevamente por facilidad probatoria, acreditar que no se ha cumplido un determinado objetivo, y por lo tanto, que no se devenga la retribución variable pactada³⁷.

Como regla de cierre, se establece una garantía de la persona trabajadora a poder solicitar la exhibición de los libros de contabilidad de la empresa, ya sea de forma directa o a través de la representación legal de las personas traba-

³⁵ STSJ Andalucía (Sevilla) 18 septiembre 2012 (rec. 3758/2010).

³⁶ STSJ Asturias 30 abril 2015 (rec. 763/2015).

³⁷ SSTs 28 junio 2022 (rec. 610/2019) y 1 febrero 2023 (rec. 2908/2019).

jadoras, tratándose de una garantía que, en principio, debería ser aplicable a cualquier sistema retributivo de carácter variable que dependa de los resultados de la empresariales en general o de un área o departamento, no teniendo sentido que el hecho de tener uno u otro sistema de retribución variable vinculado a resultados haga que una persona trabajadora tenga mayores garantías informativas que otra. Así, la interpretación más razonable es entender que el salario a comisión era el sistema de retribución variable más habitual y por ello se menciona de forma expresa, pero que debe aplicarse dicha regla de transparencia informativa en lo relativo al resto de sistemas de retribución variable vinculados a los resultados de la empresa.

Pese a ello, lo cierto y verdad es que dicho derecho no se protege a través de garantías específicas, de manera que, en caso de incumplimiento, habría que recurrir al procedimiento de actos preparatorios o diligencias preliminares para obtener dicha información, y como se analizará en el apartado destinado a las cuestiones procesales en el presente capítulo, en muchas ocasiones puede resultar insuficiente.

3.4 Afectación de las diferentes vicisitudes de la relación laboral sobre el devengo de la retribución variable

En cuarto lugar, es importante tener en cuenta que la relación laboral durante el período de devengo de una determinada retribución variable puede estar sujeta a vicisitudes, de manera que, la persona trabajadora no siempre tiene un comportamiento impecable y como consecuencia de ello puede ser sancionado o sin ser sancionado se puede ausentar de su puesto de trabajo en un determinado período o puede disfrutar de determinados permisos, siendo habitual que los efectos de estas cuestiones se regulen en las diferentes fuentes en las que se regulan los sistemas de retribución variable vinculados a resultados.

Sin embargo, pese a que se regule en el sistema de retribución variable, y se comunique, ello no implica que los efectos sean los que ha pretendido la empresa dado que, en muchos supuestos, dichas condiciones, requisitos o efectos se califican como una medida nula.

A continuación, se tratarán de forma sistemática algunos de los supuestos más típicos que suelen incluirse en los sistemas de retribución variable como causas que afectan al devengo de la retribución variable por resultados.

3.4.1 EJERCICIO DEL PODER DISCIPLINARIO

El ejercicio del poder disciplinario puede tener efectos sobre la retribución que perciben las personas trabajadoras, tal y como sucede con el caso de las suspensiones de empleo y sueldo que se imponen como sanción a las personas trabajadora.

Sin embargo, no es lícito limitar o reducir el abono de la retribución variable a percibir por el hecho de que se haya impuesto una sanción disciplinaria o se haya avisado o advertido por parte de la empresa, dado que ello sería una multa de haber, estando prohibida en el artículo 58.3 del ET³⁸.

3.4.2 ABSENTISMO

Es evidente que el absentismo es una de las instituciones que genera mayores problemas a las empresas, y es lícito que las mismas establezcan medidas para combatir dicha problemática.

Sin embargo, no todo tipo de absentismo puede ser penalizado a efectos del devengo o no de la retribución variable, sino que se debe diferenciar entre el absentismo injustificado (i.e., ausencias o retrasos sin causa) y el justificado (i.e., disfrute de permisos retribuidos).

Así, se han considerado nulas las cláusulas que limitan el derecho a percibir retribución variable por haber disfrutado del permiso de acompañamiento a consultas médicas a menores y mayores de 65 años si se han alcanzado los objetivos al considerarse una discriminación a la persona trabajadora acompañante por asociación, tanto si el acompañamiento a consulta médica está relacionado con la existencia de alguna patología como si lo que se pretende es recibir una atención médica preventiva o prospectiva³⁹.

En el mismo sentido, y con carácter más general, se ha declarado contraria a derecho la práctica de penalizar el cobro de la retribución variable por el hecho de disfrutar de permisos, retribuidos o no, que sean reconocidos en la normativa legal o convencional⁴⁰.

Sin embargo, la limitación o reducción de la retribución variable no siempre se considera prohibida por el disfrute de determinados permisos, ya sean retribuidos o no, ya que sí podría tener efectos sobre permisos que se pueden

³⁸ SSAN 19 junio 2023 (rec. 114/2023) y 10 junio 2024 (rec. 78/2024).

³⁹ SAN 19 junio 2023 (rec. 114/2023).

⁴⁰ SAN 8 junio 2016 (rec. 131/2016).

calificar como neutros como serían los permisos para asistir a examen o para realizar una mudanza⁴¹.

3.4.3 SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

El artículo 45 del ET regula las causas de suspensión del contrato de trabajo, que tal y como se puede comprobar son de naturaleza y duración diversa, por lo que, el hecho de que se suspenda el contrato de trabajo durante el período de devengo podría conllevar, a priori, que se aminore la retribución variable a la que la persona trabajadora tenga derecho.

Respecto a esta cuestión, es fundamental comprobar si efectivamente se ha establecido en los sistemas de retribución variable algún tipo de efecto sobre la retribución variable para los supuestos de suspensión del contrato de trabajo o si no se hace ninguna mención.

Así, en el caso de que la retribución variable esté vinculada a los objetivos empresariales o de un departamento concreto, si no se ha establecido ninguna regla específica relativa a la necesidad de haber prestado servicios durante un período mínimo dentro del período del devengo, las personas trabajadoras tienen derecho al cobro en su integridad, con independencia del tiempo que se hayan encontrado en situación de incapacidad temporal⁴².

Sin embargo, en el caso de que sí se haya previsto que las suspensiones del contrato de trabajo tienen efectos sobre el devengo de la retribución variable vinculada a resultados, es necesario analizar si ello puede ser discriminatorio, y, por lo tanto, declarado nulo.

Así, es evidente que no habría objeción a que se computen como ausencias los supuestos de suspensión del contrato por mutuo acuerdo, salvo que se haya pactado lo contrario.

En este sentido, se ha declarado nulo por tratarse de una discriminación por razón de sexo el computar como ausencias el período de suspensión del contrato de trabajo por baja por nacimiento, así como, no ajustar los objetivos al tiempo efectivamente de alta dado que, admitir dicha posibilidad supondría exigir que la persona trabajadora haga un sobreesfuerzo derivado del ejercicio de un derecho⁴³.

⁴¹ STS 20 enero 2025 (rec. 99/2024).

⁴² STS 6 noviembre 2012 (rec. 3940/2011).

⁴³ STS 27 mayo 2015 (rec. 103/2014).

De igual forma, se ha considerado ilícito que se computen como ausencias a efectos del devengo de la retribución variable el ejercicio del resto de los permisos parentales en general, entre los que se encuentran, las ausencias por nacimiento, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia, adopción o acogimiento⁴⁴.

En el mismo sentido, se considera discriminatorio, el cómputo a efectos de devengo de las situaciones de ausencia por enfermedad o incapacidad temporal⁴⁵. Además, dicha cuestión ha adquirido una especial relevancia como consecuencia de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, en cuyo artículo 2 se ha incluido la enfermedad de forma específica, y sin matices relativos a su duración o gravedad, como criterio de discriminación. Modificar esta para por el siguiente párrafo «Sobre esta cuestión, el Tribunal Supremo, que ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse, ha establecido que se considera una cláusula nula la que condicione el derecho al acceso a la retribución variable por haberse encontrado la persona trabajadora en situación de suspensión del contrato de trabajo por incapacidad temporal durante un determinado período, pero se considera válido que se reduzca proporcionalmente la retribución variable a percibir en función del tiempo que se ha encontrado en dicha situación siempre y cuando también se reduzca el objetivo personal a cumplir de manera proporcional». De igual forma, añadir al final del párrafo una nota al pie de página con los siguiente «STS 12 febrero 2026 (rec. 264/2024)».

3.4.4 EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Sin perjuicio de lo anterior, se debe tener en cuenta que la vicisitud contractual que mayores conflictos provoca en la práctica respecto a si se devenga o no la retribución variable es la extinción del contrato de trabajo.

Así, ha sido una práctica empresarial habitual el excluir el devengo de la retribución variable en aquellos supuestos en los que se había extinguido el contrato de trabajo antes de la finalización del período de devengo, o antes de la fecha de pago de este.

Por lo tanto, para analizar esta cuestión se debe tener en cuenta que hay dos momentos de especial relevancia, y en función de cuándo se produzca la

⁴⁴ STS 16 julio 2019 (rec. 69/2018).

⁴⁵ STS 25 enero 2023 (rec. 4265/2019).

extinción del contrato de trabajo, los efectos sobre el devengo de la retribución variable pueden ser diversos.

Así, la retribución variable, con carácter general, está sujeta a un período de devengo (p. ej., año natural, año fiscal, semestre, trimestre, mes, etc.) y tras la finalización de este, se establece un período para la realización del pago, de manera que, por ejemplo, en el caso de que el período de devengo se corresponda con el año natural, la fecha de pago puede ser en los meses de marzo o abril del año siguiente al de devengo.

Teniendo en cuenta dicha diferenciación, si la persona trabajadora ha estado de alta en la empresa durante todo el período de devengo de la retribución variable, no se puede exigir para el pago que continúe de alta hasta la fecha en la que se produce el mismo, ya que, tal y como ha establecido la jurisprudencia, se estaría ante una condición abusiva, que dejaría al arbitrio de la empresa el cumplimiento de la obligación, al poder extinguir el contrato de trabajo siempre antes del pago, y se estaría produciendo un enriquecimiento injusto para la empresa, dado que, pese a que la persona trabajadora haya cumplido todos los objetivos previstos, con el correspondiente beneficio para la empresa, no recibiría la contraprestación correspondiente porque su contrato de trabajo se extinguiera antes del momento previsto para el pago, y además, se estaría condicionando el pago de una retribución ya devengada, lo que sería contrario a los derechos y obligaciones básicas derivadas del contrato de trabajo⁴⁶.

Sin embargo, en el caso de que el contrato se extinga durante el período de devengo, la solución ya no es unívoca como respecto al supuesto de extinción antes del momento del pago, sino que depende de varios factores, entre los que se encuentra la causa de la extinción del contrato de trabajo, si al momento de la extinción del contrato de trabajo ya se han cumplido o no los requisitos para devengar la retribución variable, así como, si la empresa ha tenido voluntad de evitar el devengo de la retribución del variable con la extinción del contrato de trabajo llevada a cabo.

Así, con carácter general, la jurisprudencia ha interpretado que se considera una condición abusiva exigir que la persona trabajadora esté de alta hasta el último día del período de devengo para el abono de la retribución variable, porque dicha condición deja el cumplimiento de la obligación al arbitrio de una de las partes, ya que si la empresa despide a la persona trabajadora antes de esa fecha, aunque hubiera cumplido todos los requisitos, el trabajo ya se

⁴⁶ STS 2 diciembre 2015 (rec. 326/2014).

habría realizado, y los objetivos cumplidos, y pese a ello, la persona trabajadora no percibiría ninguna contraprestación por ello ⁴⁷.

Dicha regla general ha sido la mantenida por la jurisprudencia cuando se han resuelto supuestos concretos en los que se analizaban si existía el derecho o no a percibir la retribución variable en aquellos casos en los que la extinción del contrato de trabajo se producía por una u otra causa específica.

En este sentido, a modo de ejemplo, la jurisprudencia ha sostenido que no puede alegarse para negar el abono de la retribución variable el hecho de que la persona trabajadora no haya permanecido en la empresa durante todo el período de devengo en aquellos supuestos en los que la causa de la extinción del contrato de trabajo es un despido por causas objetivas, cuando al momento del despido ya se habían cumplido los requisitos para el devengo de dicha retribución variable ⁴⁸.

En el mismo sentido, se ha entendido que no puede negarse el abono de la retribución variable en el caso de que se produzca un despido colectivo, o incluso un despido disciplinario ⁴⁹. Además, en el caso del despido colectivo, no se deniega la retribución variable ni siquiera en el supuesto de que sea la persona trabajadora quien voluntariamente se adscriba al mismo, ya que la adscripción voluntaria no convierte a la extinción del contrato de trabajo en voluntaria ⁵⁰.

Es cierto que en el supuesto de despido disciplinario debería ser más discutible dicha solución, ya que, mientras que, en el caso de declaración o reconocimiento de improcedencia, se debería poder devengar la retribución variable, al no tener causa el despido, en el caso de despido disciplinario procedente, declarado formalmente o de forma tácita por inacción, sería la persona trabajadora quien ha causado el despido, por lo que debería ser penalizable. Además, con ese criterio, la persona trabajadora, sabedora de que, si causa baja voluntaria, tal y como se analizará a continuación, no cobraría la retribución variable, y con un despido disciplinario, aunque procedente, sí lo percibiría, podría provocar el despido en un claro fraude de ley para mantener su derecho al cobro. Pese a ello, no es este el criterio sostenido por la doctrina judicial ⁵¹.

No obstante, la jurisprudencia ha admitido que se establezca como condición para el abono de la retribución variable la permanencia en la empresa de

⁴⁷ STS 11 febrero 2020 (rec. 3624/2017).

⁴⁸ STS 27 marzo 2019 (rec. 1196/2017).

⁴⁹ STS 5 abril 2022 (rec. 151/2021).

⁵⁰ STSJ Madrid 20 junio 2024 (rec. 152/2024).

⁵¹ STSJ Cataluña 10 julio 2023 (rec. 7539/2022).

la persona trabajadora durante todo el período de devengo, siempre y cuando se excluya ese requisito para los supuestos de extinción del contrato de trabajo por cuestiones ajenas a la voluntad de la persona trabajadora. Por lo tanto, no se devengaría la retribución variable si la persona trabajadora causa baja voluntaria antes de la finalización del período de devengo. Pese a ello, es importante destacar que en dicho supuesto se trataba de un caso en el que la condición de permanencia durante el período de devengo se habría pactado con las secciones sindicales, y ello se reitera de forma sistemática durante todo el razonamiento del pronunciamiento judicial, de manera que, cabría cuanto menos cuestionarse si también fuera válido el establecimiento de dicha condición en supuestos en los que se trata de una política unilateral de la empresa o en un contrato de trabajo. En principio, dado que se trataría de una mejora retributiva, no debería haber obstáculo para ello, pero la realidad es que podrían existir pronunciamientos judiciales diversos.

En el mismo sentido, se ha considerado que es causa justificativa del no abono de la retribución variable por su voluntariedad el ejercicio del derecho de excedencia voluntaria⁵².

En sentido contrario, no se podría negar el derecho a cobrar la retribución variable en los casos de jubilación voluntaria, ya que, a diferencia de la dimisión, en este caso estaríamos ante una extinción del contrato de trabajo de carácter *ad nutum*, sino ante una causa de extinción del contrato de trabajo que está vinculada al cumplimiento de una edad avanzada, así como, al derecho a percibir una pensión de jubilación. Tampoco se podría negar el derecho al abono de la retribución por haber causado baja durante el período de devengo por incapacidad permanente o fallecimiento⁵³.

De igual forma, no se podría negar el derecho a cobrar la retribución variable en el supuesto de que el contrato de trabajo se haya extinguido a instancias de la persona trabajadora en virtud del artículo 41 del ET, ya que no se trata de una extinción del contrato de trabajo con carácter acausal, sino derivada de la adopción de una medida empresarial previa⁵⁴, siendo dicha regla aplicable por analogía a los supuestos de extinción del contrato de la persona trabajadora en casos de movilidad geográfica (artículo 40 del ET) y en supuestos de incumplimientos graves y culpables por parte de la empresa (artículo 50 del ET).

⁵² STSJ Cataluña 25 julio 2011 (rec. 3675/2010).

⁵³ STS 22 octubre 2020 (rec. 285/2018).

⁵⁴ STS 13 marzo 2025 (rec. 2128/2023).

3.4.5 ¿EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR IMPAGO DE RETRIBUCIÓN VARIABLE?

Además de las cuestiones relativas a si existe el derecho o no al cobro de la retribución variable en el supuesto de extinción del contrato de trabajo, así como la relevancia de la retribución variable a efectos del cálculo de la indemnización por despido que se analizará posteriormente, existe otro posible punto de fricción entre la retribución variable y la extinción del contrato de trabajo que se produce en aquellos supuestos en los que la empresa no abona la retribución variable y la persona trabajadora solicita la extinción del contrato de trabajo por impago de salarios o retrasos en el abono de los mismos, que es una causa de extinción del contrato de trabajo a instancias de la persona trabajadora que se regula en el artículo 50.1.b) del ET.

Sobre esta cuestión, se debe tener en cuenta que la regla general es que cuando exista un conflicto sobre el abono de la retribución variable, ello no habilitará a la persona trabajadora a solicitar la extinción del contrato de trabajo con derecho al abono de la indemnización por despido improcedente, que es lo que prevé el artículo 50.2 del ET, ya que, tal y como ha sostenido la jurisprudencia, para que una deuda laboral habilite al ejercicio del derecho de extinción indemnizada debe ser de carácter real y no controvertida, de manera que no exista ninguna discrepancia sobre la misma, ya sea sobre su existencia, su cuantía, su vencimiento o su exigibilidad⁵⁵, siendo dichas cuestiones las que se discuten habitualmente en relación con la retribución variable⁵⁶.

Sin embargo, pese a dicha regla general, en el caso de que se pueda acreditar que no existe controversia posible (p. ej., supuesto de no fijación continuada de objetivos), se debería admitir la posibilidad de extinguir el contrato de trabajo de forma indemnizada a instancias de la persona trabajadora, al no tener sentido que se haga de peor condición a la retribución variable que a la fija para la extinción indemnizada del contrato de trabajo, más allá de lo necesario por la propia naturaleza del mismo.

4. MODIFICACIÓN DE SISTEMA DE RETRIBUCIÓN VARIABLE

Los sistemas de retribución variable, como el resto de las condiciones laborales, pueden estar sujetos a modificaciones o incluso a su supresión, aun-

⁵⁵ STS 5 marzo 2012 (rec. 1311/2011).

⁵⁶ STSJ Andalucía (Málaga) 5 marzo 2015 (rec. 125/2015).

que el régimen para llevar a cabo dicha medida puede ser diverso en función de la fuente reguladora de dichos sistemas.

4.1 Relevancia de las cláusulas de variabilidad del sistema

El régimen previsto en los sistemas de retribución variable es fundamental ya que, en función del contenido de este, así como, la dinámica que haya seguido la aplicación del sistema puede conllevar que, en el caso de que se produzca el cambio del sistema no suponga una modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

Así, en el caso de que se establezca en los contratos de trabajo que es la empresa la que fijará los objetivos trimestralmente, sin que se prevean unos objetivos contractuales, ni tampoco unos criterios que se deben tener en cuenta para fijar los objetivos, la realización recurrente de modificaciones de los objetivos en cada período de devengo, sin permitir su consolidación hace que no sea necesario recurrir al procedimiento de modificación sustancial de las condiciones de trabajo⁵⁷.

Ello no obsta a que sea necesario realizar el trámite de audiencia respecto de la representación legal de las personas trabajadoras, así como de los delegados sindicales, conforme a lo previsto en el artículo 64.5.f) del ET y en el artículo 10 de la LOLS en el caso de que se trate de un sistema de retribución variable implantado de forma colectiva o generalizadas, ya que se trataría de una modificación del sistema de retribución variable, con independencia de que se pueda calificar o no como sustancial.

Sin embargo, no son válidas las cláusulas contractuales que permiten suprimir o modificar unilateralmente la retribución variable en función de las necesidades del servicio, ya que ello supondría una renuncia de derechos por parte de las personas trabajadoras⁵⁸.

4.2 Modificación sustancial de las condiciones de trabajo

En el caso de que se haya pactado en contrato de trabajo, se haya concedido como condición más beneficiosa o se haya acordado en un convenio colectivo extraestatutario la retribución variable, la modificación de dicho siste-

⁵⁷ STS 7 junio 2023 (rec. 201/2021).

⁵⁸ STS 7 noviembre 2008 (rec. 37/2008).

ma se debe realizar a través de los cauces previstos para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo regulados en el artículo 41 del ET.

Por lo tanto, se debe alegar y justificar la existencia de una causa económica, técnica, organizativa y/o productiva, así como cumplir los requisitos formales para la implantación de la medida, siendo los mismos diversos en función de si la medida aplicada es de carácter individual o colectivo conforme a los umbrales anteriormente mencionados.

En este sentido se ha declarado que existe modificación sustancial de las condiciones de trabajo la reducción de la retribución variable del 10% al 4%⁵⁹.

No obstante, en el caso de que el propio sistema de retribución variable establezca que se trata de un sistema de carácter temporal, su supresión una vez que ha finalizado el período previsto no supone una modificación sustancial de las condiciones de trabajo al no haberse consolidado dicho sistema como una condición contractual.

Igualmente, tampoco se considera modificación sustancial de las condiciones de trabajo en el caso de que se cambie cada año el sistema cuando no se ha declarado que el mismo sea inmodificable, al tratarse del ejercicio del *ius variandi*⁶⁰, y no se acredite que se ocasiona un perjuicio a las personas trabajadoras.

Sin embargo, en el caso de que el cambio produzca una merma del derecho a obtener retribución variable de las personas trabajadoras como consecuencia de que implica un mayor esfuerzo para ellas sí será necesario recurrir al procedimiento previsto para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo⁶¹.

4.3 Descuelgue de convenio colectivo en materia salarial

En el caso de que el sistema de retribución variable se regule en un convenio colectivo estatutario, entendido como aquel que cumple los requisitos previstos en el Título III del ET, no se podría modificar dicho sistema a través del cauce de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, sino que, conforme a lo previsto en el artículo 82.3 del ET, se debe seguir el procedimiento previsto para descuelgue o inaplicación de convenio colectivo, de manera que, se deberá alegar y justificar la existencia de causas económicas, técnicas, organizativas y/o productivas, y alcanzar un acuerdo con la representación legal

⁵⁹ STS 23 noviembre 2016 (rec. 285/2015).

⁶⁰ STS 26 marzo 2021 (rec. 3037/2018).

⁶¹ SAN 28 marzo 2022 (rec. 18/2022).

de las personas trabajadoras, ya sea de carácter estable o *ad hoc* para la negociación de la medida, no pudiendo adoptarse de forma unilateral por parte de la empresa, ni siquiera tras una negociación que finalice sin acuerdo posible⁶².

Además, no se puede obviar que el acuerdo que se adopte sobre el descuelgue tendrá carácter temporal, siendo el período de inaplicación que pacten las partes o en su defecto hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo que sea de aplicación.

5. EFECTOS DE LA RETRIBUCIÓN VARIABLE VINCULADA A RESULTADOS SOBRE OTRAS INSTITUCIONES JURÍDICO-LABORALES

En cuarto lugar y último lugar, se debe tener en cuenta que la retribución actúa como elemento base de diversas instituciones jurídico-laborales entre las que podríamos destacar la indemnización por despido, los salarios de tramitación, la indemnización por incumplimiento de preaviso, indemnización por daños morales, vacaciones, pacto de no competencia, cotización a la Seguridad Social, prestaciones de Seguridad Social o la aportación a fondo de pensiones, de manera que, además de los aspectos relativos al concepto y dinámica de la retribución, es muy relevante analizar los puntos de intersección entre la retribución variable y dichas instituciones.

Como consecuencia de ello, a continuación se analizarán aquellos aspectos que puede considerarse más conflictivos respecto de los efectos de la retribución sobre algunas de las instituciones anteriormente mencionadas, ya que el análisis de todas y cada una de ellas excedería de la extensión y finalidad pretendida por el presente capítulo, siendo el criterio de selección de las mismas la mayor conflictividad práctica que genera la retribución variable por resultados en particular sobre dichas instituciones.

5.1 Indemnización por despido

Sin lugar a duda, el cálculo de la indemnización por despido es una de las cuestiones que más problemas generan en la casuística laboral, siendo muchas las derivadas que surgen a raíz de esta.

Así, como cuestión principal, se debe tener en cuenta que, conforme a lo previsto en el artículo 56 del ET, la indemnización por despido se calcula utili-

⁶² SAN 11 diciembre 2023 (rec. 258/2023).

zando como referencia la retribución y evidentemente, dentro de esta se encuentran los conceptos retributivos de carácter variable, de manera que, la retribución variable se debe computar a efectos del cálculo de la indemnización por despido.

Sin embargo, la retribución variable, a diferencia de los conceptos retributivos fijos, genera una mayor conflictividad, que deriva precisamente de su variabilidad. Así, con carácter general, respecto de los conceptos retributivos fijos se utiliza la retribución percibida en el último mes, pero dicha regla general no se adecua al concepto de retribución variable dado que puede ocurrir que en el último mes se haya pagado la retribución variable de un año completo o de varios años, que no se haya pagado nada, etc.

Es por ello por lo que, a diferencia de los conceptos retributivos fijos, en el caso de la retribución variable por resultados se toma como referencia la retribución percibida durante los doce meses previos a los que se realiza el despido, incluyendo el importe anual completo recibido si se utiliza como base de cálculo la anualidad, o el importe prorrateado si se utilizan como bases de cálculo la mensual o la diaria.

No obstante, sobre dicha regla, a priori simple, se plantean diversos problemas, entre los que podemos destacar la determinación de la retribución variable a incluir ya que, como se ha analizado en los apartados anteriores, no es lo mismo el período de devengo que el momento del pago, de manera que puede ocurrir que el período de devengo finalice en diciembre, pero los pagos se realicen en abril, de manera que, si el despido se produce en enero, en las doce últimas nóminas aparecerá el bonus pagado en abril del año anterior, que no será el devengado durante dicho año, sino el devengado en el año previo, por lo que, habría dos posibles conceptos de retribución variable que podrían ser incluidos en el cálculo de la indemnización por despido.

Respecto a esta cuestión, la regla general es que se deben incluir en el cálculo de la indemnización por despido los conceptos retributivos percibidos en los doce meses previos al despido, y no los devengados durante los doce meses previos ⁶³.

Sin embargo, dicha regla general podría tener excepciones, como podría ser el supuesto en el que, conociendo la retribución variable devengada en los doce meses previos al momento de realizar el despido, se lleva a cabo el mismo de forma previa al pago para evitar que la indemnización por despido resultante sea mayor, encontrándonos ante un supuesto de evidente fraude de ley, aunque sobre el que la carga de la prueba recae sobre quien lo alega.

⁶³ STS 30 junio 2016 (rec. 2990/2014).

De igual forma, pueden existir supuestos en los que, pese a haber percibido un importe de retribución variable en los doce meses previos al despido, dicho importe no deba incluirse en su integridad en el cálculo de la indemnización por despido, como puede ser el caso de que la retribución variable tenga un período de devengo superior al año. Esto ocurre por ejemplo en el caso de las *stock options* que serán tratadas en el siguiente capítulo, y que suelen tener períodos de devengo (se utiliza el término de maduración en los planes que regulan dicha modalidad de retribución variable) de cuatro o cinco años, o en el caso de los bonus retención, que tienen períodos de devengo plurianuales. En estos casos, si en los doce meses previos al despido se ha recibido un pago en concepto de dicha retribución, y el pago no se corresponde con la parte proporcional a la anualidad concreta, sino que son pagos que se corresponden con períodos superiores a la anualidad, se debe prorratear el importe entre los períodos de generación, dado que, de lo contrario, el incluir el importe relativo a varias anualidades sería un enriquecimiento injusto.

Además, en el caso de la retribución variable se plantea una problemática adicional que no se cuestiona en el caso de la retribución fija, y es que, puede ocurrir que, aunque se haya abonado un concepto de naturaleza salarial en los doce meses previos al despido, dicho concepto, pese a su naturaleza salarial no se compute a efectos de la indemnización por despido. Así, se ha declarado que no se debe incluir en el cálculo de la indemnización por despido el importe de un premio que se abona a la persona trabajadora de forma única, irrepetible, excepcional y extraordinaria por la colaboración en la venta de la empresa para la que trabaja, ya que durante su relación laboral no percibió ninguna retribución variable similar, y habiendo percibido dicho importe por labores que nada tenían que ver con su puesto de trabajo, dado que ocupaba la dirección de recursos humanos⁶⁴. Dicha doctrina se ha aplicado a otros supuestos que no son de un carácter tan extraordinario, como pueden ser los premios de fidelidad por mantenimiento en la plantilla durante un período determinado⁶⁵.

Sin embargo, se ha estimado que la inclusión de la retribución variable devengada, pero no pagada, en lugar de la pagada en los doce meses previos al momento de la realización del despido sería un error excusable como consecuencia de la complejidad que conlleva dicha situación, de manera que, por ejemplo, en el caso de un despido objetivo, el hecho de haber puesto a disposición de la persona trabajadora la indemnización por despido de forma inco-

⁶⁴ STSJ Navarra 22 junio 2018 (rec. 171/2018).

⁶⁵ STSJ Madrid 11 marzo 2003 (rec. 3044/2002).

recta no supondría que se califique el despido como improcedente por incumplimiento de un requisito formal, sino que se mantendría la calificación del mismo, con el reconocimiento al abono de la diferencia indemnizatoria por tratarse de un error excusable⁶⁶.

5.2 Retribución durante el período de vacaciones

No cabe ninguna duda que las vacaciones de las personas trabajadoras son un derecho, que además se reconoce de forma expresa en el artículo 40.2 de la CE, y que tiene carácter retribuido, tal y como establece el artículo 38 del ET. Como consecuencia de ello, durante el período de vacaciones la persona trabajadora cobra su retribución, y ello no plantea demasiados problemas sobre los conceptos fijos, ya que es evidente que estos se incluyen dentro de la retribución percibida durante dicho período.

No obstante, en el caso de la inclusión de la retribución variable sí se generan determinados problemas, sobre todo cuando no se trata de conceptos de devengo anual, en cuyo caso las vacaciones no tendrían impacto, sino cuando se perciben retribuciones variables de devengo mensual o trimestral, ya que, a priori, durante las vacaciones no se devengaría dicho concepto, de manera que habría que determinar si se debe incluir algún importe.

Sobre esta cuestión, la jurisprudencia ha sostenido que se deben incluir a efectos de la retribución durante las vacaciones aquellas retribuciones variables que no sean ocasionales, permitiendo que sea la negociación colectiva la que establezca qué se debe entender por ocasional, y si nada se establece, se referirá a que su devengo se haya producido en menos de seis meses de entre los once meses anteriores a las vacaciones⁶⁷.

5.3 Preaviso

Otro de los supuestos sobre los que se puede plantear conflictos es el incumplimiento por parte de la empresa del plazo de preaviso en los despidos previsto en el artículo 53 del ET o en los contratos de trabajo, en cuyo caso se debe indemnizar por el equivalente a los días de incumplimiento de dicho plazo.

⁶⁶ STS 30 junio 2016 (rec. 2990/2014).

⁶⁷ SSTs 23 abril 2019 (rec. 62/2018) y 8 septiembre 2020 (rec. 32/2019).

Ante dicha situación, se plantea si en el concepto de la indemnización por incumplimiento del preaviso se debe abonar teniendo en cuenta o no los importes abonados en concepto de retribución variable, habiendo resuelto la jurisprudencia en sentido afirmativo⁶⁸.

5.4 Pacto de no competencia post-contractual

Igualmente, en lo relativo a la compensación adecuada a abonar en el caso de pacto de no competencia, es en el propio contenido del pacto de no competencia en el que se puede pactar el importe a abonar, pudiendo referirse al abono de un importe equivalente al porcentaje aplicable sobre la retribución salarial total, o la retribución se aplicaría sobre los conceptos fijos únicamente.

Si no se dice nada al respecto, lo lógico y razonable sería aplicarlo sobre la retribución global, ya que, dónde la norma no hace distinción, no tiene sentido que se haga por la propia parte.

5.5 Salarios de tramitación

Respecto a los salarios de tramitación, que se devengarían en el supuesto de que se declare el despido nulo con la correspondiente readmisión a su puesto de trabajo, no existe una regla general sobre la inclusión de la retribución variable para el cálculo de los salarios de tramitación, sino que dependerá del tipo de retribución variable.

Así, en el caso de que se trate, por ejemplo, de una retribución variable de devengo mensual, se incluiría en el cálculo de los salarios de tramitación, al igual que ocurre en el caso de la indemnización por despido.

Sin embargo, en el caso de que se trate de una retribución variable de devengo anual, para que no se produzca un enriquecimiento injusto, no se debería incluir la retribución variable en el cálculo de los salarios de tramitación ya que, superado el período de devengo, podría reclamar la retribución variable en su integridad.

⁶⁸ STS 30 junio 2016 (rec. 2990/2014).

CAPÍTULO VII

ASPECTOS CRUCIALES EN LA REGULACIÓN DE LA RETRIBUCIÓN VARIABLE: CONTROVERSIAS ACTUALES

ALFREDO ASPRA RODRÍGUEZ

Abogado laboralista. Labormatters Abogados

1. INTRODUCCIÓN

La retribución variable (RV) o por incentivos pretende constituir, en la práctica empresarial española, un instrumento de alineación de intereses que permita vincular parte del salario a la consecución de objetivos individuales, de unidad o corporativos. No obstante, por unas u otras razones como posteriormente se analizarán, no siempre este objetivo acaba cumpliéndose.

Su tratamiento jurídico ha experimentado una intensa depuración jurisprudencial en la última década, con un foco especial en (i) su naturaleza de complemento salarial del artículo 26.3 del Estatuto de los Trabajadores (ET), (ii) los márgenes del *ius variandi* frente a la condición más beneficiosa (CMB) o el derecho adquirido, (iii) los requisitos de permanencia, (iv) la determinación y comunicación de objetivos, (v) la prohibición de la multa de haber, y (vi) la interrelación entre retribución variable y absentismo tras la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación.

Este trabajo, basado en una sistematización de la jurisprudencia más relevante, ofrece claves operativas y prácticas de máxima actualidad para el diseño eficaz y revisión de políticas de retribución variable.

2. NATURALEZA Y REGULACIÓN LEGAL DE LA RETRIBUCIÓN VARIABLE

La retribución variable es un complemento salarial que viene definido en el artículo 26.3 ET cuyo devengo se sujeta a criterios pactados o fijados por la empresa, con carácter general no consolidable, esto es, salvo pacto en contrario, especialmente cuando se vincula al puesto, resultados empresariales o productividad.

En efecto, dicho precepto dispone que:

«3. Mediante la negociación colectiva o, en su defecto, el contrato individual, se determinará la estructura del salario, que deberá comprender el salario base, como retribución fijada por unidad de tiempo o de obra y, en su caso, complementos salariales fijados en función de circunstancias relativas a las condiciones personales del trabajador, al trabajo realizado o a la situación y resultados de la empresa, que se calcularán conforme a los criterios que a tal efecto se pacten. Igualmente se pactará el carácter consolidable o no de dichos complementos salariales, no teniendo el carácter de consolidables, salvo acuerdo en contrario, los que estén vinculados al puesto de trabajo o a la situación y resultados de la empresa.»

La retribución variable, bonus o incentivo (la nomenclatura es ilimitada en su heterogeneidad) es generalmente definido como aquel complemento salarial cuya percepción por la persona trabajadora está vinculado al logro de determinados objetivos fijados con anterioridad –bien de forma unilateral por el empleador o de forma colectiva por consenso entre la representación sindical y la empresa– tales como: el propio desempeño individual del trabajador, el de la unidad de la empresa a la que se encuentra adscrito o, el de la empresa o grupo de empresas en la que esta se integre en su conjunto.

Es una tipología de retribución ligada a la productividad, beneficios o cumplimiento de objetivos de la empresa (departamento o área) así como a la cantidad y/o calidad del trabajo de la propia persona trabajadora.

Salvo que se haya comprometido –en contrato de trabajo, pacto de empresa o convenio colectivo– es un complemento retributivo fijado unilateralmente por la empresa de manera que será la compañía quien decida –con arreglo a los límites legales y jurisprudenciales– cuáles serán los requisitos y objetivos para el devengo y abono de la retribución variable.

Se pactará el carácter consolidable o no de dichos complementos salariales, no teniendo el carácter de consolidables, salvo acuerdo en contrario, los que estén vinculados al puesto de trabajo o a la situación y resultados de la empresa.

La doctrina de la Sala IV ha precisado que su configuración exige reglas claras de cálculo y, cuando proceda, la previsión de su consolidación o no (STS 11 de junio de 2020 (rec. 168/2019)).

En términos organizativos, la retribución variable se inserta en el poder de dirección del artículo 20 ET y en la libertad de empresa del artículo 38 CE. No obstante, su alteración puede alcanzar el ámbito del artículo 41 ET (modificación sustancial de condiciones de trabajo) cuando incide en el sistema de remuneración o en el sistema de trabajo y rendimiento; o del artículo 82.3 ET, cuando la revisión pretenda inaplicar lo pactado en convenio colectivo (descuelgue).

Por otro lado, el artículo 64.5 f) ET señala que el Comité de Empresa (lo que debe hacerse extensivo a los Delegados de Personal y a los Delegados Sindicales del art. 10 LOLS) tiene derecho a emitir informe, con carácter previo a la ejecución por parte del empresario de las decisiones adoptadas por éste, sobre el establecimiento de primas e incentivos.

La obligación de abonar una retribución variable o por objetivos es una obligación condicional de forma que su nacimiento e intensidad depende de que acontezca un suceso futuro e incierto, por lo que le resulta de aplicación el régimen de dichas obligaciones previsto en los arts. 1113 y ss CC.

Asimismo, la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio 2019 relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea también puede incidir en el régimen aplicable a la remuneración variable.

La retribución por incentivos ha dado lugar a abundante doctrina judicial y jurisprudencial en relación con distintas problemáticas respecto a la misma que han ido delimitando sus contornos y estableciendo determinados límites en relación con su configuración. Es por ello que el objetivo fundamental de este trabajo es hacer un repaso con un contenido sumamente práctico de las principales problemáticas que actualmente están suscitándose en relación con el devengo y, en su caso, el reconocimiento y abono de la retribución variable y/o incentivos.

3. *IUS VARIANDI*, CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA Y/O DERECHO ADQUIRIDO

La fuente reguladora del incentivo resulta determinante para su modificación. Si la retribución variable está prevista en convenio colectivo, la modificación de elementos esenciales exige acudir al artículo 82.3 ET (inaplicación) con las mayorías y causas legalmente tasadas (Por todas, SAN 11 de diciembre de 2023 (proc. 258/2023)).

Cuando la retribución variable, por el contrario, descansa en acuerdo colectivo, contrato individual o decisión empresarial con efectos colectivos, las alteraciones que afecten al sistema de remuneración o al sistema de trabajo y rendimiento deben encauzarse por el artículo 41 ET (STS 7 de marzo de 2024 (rec. 347/2021)).

Además, no toda variación, modificación y/o adaptación de una política anual de incentivos constituye per se una modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Así, nuestro Alto Tribunal ha distinguido los supuestos en que, pactado que la compañía fijará anualmente criterios u objetivos, los cambios de devengo que no dificultan materialmente la percepción no alcanzan la sustancialidad (STS 7 de junio de 2023 (rec. 201/2021)).

Por contra, la supresión del sistema de incentivos implantado durante largos periodos sí se ha reputado nula si no se atienden las garantías del artículo 41 ET o si se incurre en fraude (STSJ de las Islas Canarias (Tenerife) 4 de octubre de 2024 (rec. 275/2024)); STS 23 de enero de 2014 (rec. 18/2013); STS 4 de diciembre de 2018 (rec. 245/2017).

Asimismo, cuando el convenio reconoce a la empresa la facultad anual de fijar objetivos y pesos en su política de incentivos, no concurre MSCT si la práctica se limita a ejercitar esas potestades en los términos convencionales pactados (STS 11 de junio de 2020 (rec. 168/2019)).

4. REQUISITO DE PERMANENCIA

El requisito de permanecer en alta para devengar la retribución variable hasta el final del periodo de referencia puede ser válido pero su eficacia exige ponderar la causa de extinción. Si la salida obedece a decisión empresarial unilateral –incluida la opción por la extinción del artículo 41.3 ET ante una MSCT–, procede el devengo proporcional (por todas STSS 22 de octubre de 2020 (Rec. 185/2018) y 13 de marzo de 2025 (rec. 2128/2023)).

En cambio, el requisito consistente en condicionar el pago de la remuneración variable a estar de alta en la fecha de su abono o liquidación, generalmente aquella de carácter anual, cuando ya se ha devengado la misma, se ha declarado abusivo por contrariar el artículo 1256 CC y vaciar de contenido la contraprestación debida (STS 2 de diciembre de 2015 (rec. 326/2014); STSJ Madrid 22 de diciembre de 2014 (rec. 568/2014); STSJ Madrid 19 de diciembre de 2016 (rec. 266/2016)).

Especialmente significativa es la declaración de ilicitud de requisitos de permanencia cuando el trabajador es despedido o causa baja en circunstancias

que revelan que el cumplimiento queda al arbitrio de una única parte (STS 11 de febrero de 2020 (rec. 3624/2017) o 27 de marzo de 2019 (rec. 1196/2017)).

Para los planes vinculados a acciones o *stock options*, la nulidad de condiciones de permanencia en supuestos de despido improcedente se ha afirmado con base en el artículo 1256 CC (STS 9 de abril de 2025 (rec. 3654/2022)).

5. FIJACIÓN, COMUNICACIÓN Y CONTROL DE OBJETIVOS

La claridad en la determinación e información previa de los objetivos y métricas necesarias para poder devengarse la retribución variable se reputa esencial.

Así las cosas, la ausencia de su fijación previa o la remisión a la exclusiva voluntad empresarial vulneraría el artículo 1256 CC y obliga a interpretaciones *contra proferentem* (arts. 1284 y 1288 CC), pudiendo llegar a considerarse debido el incentivo por referencia al ejercicio anterior (STS 9 de julio de 2013 (rec. 1219/2012); STS 19 de noviembre de 2001 (rec. 3083/2000); STS 14 de noviembre de 2007 (rec. 616/2007); STS 15 de diciembre de 2011 (rec. 1203/2011); STS 16 de mayo de 2012 (rec. 168/2011)).

En efecto, cuando se establece un sistema de incentivos condicionado a la fijación en cualquier momento durante su devengo o, incluso a su modificación unilateral en dicho lapso temporal, cabe interpretar que se trata de un pacto sujeto a la exclusiva voluntad de una de las partes que contraría lo prohibido por el artículo 1256 del CC.

Acudiendo a las reglas de interpretación de las obligaciones y contratos fijadas por nuestro Código Civil, comúnmente referidas por el orden jurisdiccional social, resulta que la ausencia de claridad y desarrollo posterior en este tipo de cláusulas debe interpretarse en el sentido más adecuado para que las mismas puedan causar efecto (art. 1284 CC) y en contra de quien las incluyó en el contrato (art. 1288 CC).

Por consiguiente, si el régimen donde se estipule los requisitos para causar derecho a la retribución variable fuera susceptible de adolecer de oscuridad obligaría a acudir a las reglas de interpretación previstas en los artículos 3 y 1281 y siguientes del Código Civil.

Por otro lado, la omisión previa de las reglas y requisitos exigidos (plan de retribución variable, actualización de los indicadores o factores para causar derecho, etc.) para generar derecho a la retribución variable también ha sido una cuestión largamente debatida por nuestra judicial y que ha dado lugar a numerosas resoluciones en la materia.

Así las cosas y aun cuando la doctrina judicial o decisiones en esta cuestión están sujetas a continuadas matizaciones e incluso cambios unido a la inmensa casuística que en materia de retribución variable existe y de ahí la dificultad de proyectar conclusiones generales, a fecha actual, podría decirse que la persona trabajadora debe conocer los objetivos al inicio del periodo de su devengo (STS 19 de marzo de 2019 (rec. 30/2018)).

Continuando con esta cuestión, existen resoluciones incluso que vienen a determinar que la no información de los objetivos corporativos o de grupo, invocando su carácter sensible, no excusa su notificación cuando condicionan una parte del salario como es el incentivo corporativo o retribución anual. (STS 2 de febrero de 2021 (rec. 127/2019)).

Asimismo y como se ha dicho previamente, podrían igualmente declararse ineficaces aquellas cláusulas de planes que facultan a una parte a alterar discrecionalmente parámetros o interrumpir «en cualquier momento» los esquemas de incentivos, por dejar el salario al arbitrio de una de las partes soslayando lo previsto en el artículo 41 ET (SAN 30 de mayo de 2022 (rec. 113/2022); STS 5 de abril de 2022 (rec. 151/2021)).

6. RETRIBUCIÓN VARIABLE Y MULTA DE HABER

Estamos ante una cuestión recientemente revisitada por varios de nuestros tribunales. Con carácter general puede decir que privar del incentivo ya devengado por la imposición de sanciones disciplinarias constituiría una multa de haber proscrita por el artículo 58.3 ET y que vulnera el principio *non bis in idem*.

Así, la jurisprudencia y doctrina judicial ha venido declarando nulas cláusulas que regulan la retribución variable y que, aun estando devengada la misma, supeditaban su cobro a la ausencia de sanciones previas sin límite alguno. Por todas, STS 19 de junio de 2009 (rec. 145/2007); SAN 8 de junio de 2016 (proc. 131/2016); SAN 20 de junio de 2019 (proc. 115/2019); SAN 10 de junio de 2024 (proc. 78/2024); SAN 28 de octubre de 2024 (proc. 277/2024) y SAN 3 de marzo de 2025 (proc. 1/2025).

Ello se expresa con meridiana claridad, en síntesis del resto de pronunciamientos aludidos, por la SAN 19 de junio de 2023 (proc. 114/2023):

«El art. 58.3 ET introduce con carácter imperativo la prohibición, respetada por el art. 75 del convenio, de sancionar con multas de haber, limitación que para su efectividad debe interpretarse en un sentido amplio.

Serían contrarias a la legalidad no sólo aquellas sanciones que de forma directa supusieran una detracción del salario debido al trabajador por su trabajo realizado y del que ha dispuesto el empresario, sino también otras consecuencias derivadas de la sanción impuesta cuyo resultado supusieran merma salarial.

Tratándose de planes de incentivos por la consecución de objetivos de venta, los trabajadores que los alcanzasen no podrían ver reducidas las retribuciones establecidas en dichos planes por el incumplimiento de otros posibles deberes laborales, incluso si se hubieran incumplido deberes vinculados con la exigencia empresarial de alcanzar los estándares de calidad exigidos. Si así fuera, el incumplimiento de esos deberes laborales arrastraría la consecuencia de mermar la retribución ya devengada por el trabajo realizado y por tanto se estaría imponiendo de facto al trabajador una multa de haber.»

La fundamentación jurídica que principalmente se viene utilizando para vedar al posibilidad puede resumirse en que, por un lado, no es posible articular un régimen disciplinario unilateral y ajeno al fijado en el ET y el Convenio colectivo (STS 8 de febrero de 2.021 (rec. 84/2019) y, por otro, que el concepto de multa de haber (proscrita por el art. 58.3 ET) se corresponde con aquella sanción que se impone a la persona trabajadora que incurre en un incumplimiento contractual que implica la pérdida de un determinado concepto salarial que ha sido efectivamente devengado.

No obstante todo lo anterior, resulta obligado hacerse la siguiente pregunta, dado que desde una óptica práctica, la mayor parte de las ocasiones que pretende privarse a la persona trabajadora del incentivo o retribución variable por haber sido sancionado de forma muy grave (mayoritariamente estaríamos hablando de despidos). Ergo:

¿Qué ocurre cuando el sistema de retribución variable está vinculado con el buen hacer/desempeño de la persona trabajadora constituyendo este buen hacer un requisito para su devengo y resulta que el trabajador ha devengado la retribución variable mediante la comisión de hechos muy graves y culpables que han incidido directamente en su presunto devengo (engaño/uso mala praxis, etc.)?

Pues bien, en estos casos donde los hechos investigados y/o que han dado origen al despido disciplinario inciden directamente en la obtención artificial del incentivo, se ha avalado la pérdida del bonus por inexistencia del presupuesto de hecho del devengo (por todas, TSJ La Rioja 24 de febrero de 2016 (rec. 40/2016); TSJ Extremadura 29 de abril de 2019 (rec. 175/2019).

7. INCAPACIDAD TEMPORAL Y RETRIBUCIÓN VARIABLE

La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, en cierto modo, ha reconfigurado el análisis antidiscriminatorio en planes de retribución variable que ponderan ausencias.

Y decimos en cierto modo porque con carácter previo a la promulgación de la Ley 15/2022, nuestro Tribunal Supremo ya había corregido la doctrina que permitía descontar determinados permisos y, tras un análisis pormenorizado del artículo 37.3 ET, delimitó cuándo la penalización es admisible y cuándo entraña discriminación indirecta (STS 3 de diciembre de 2019 (rec. 141/2018)).

En cualquier caso, parece claro que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su resolución de fecha 18-1-2018; asunto C-270/2016 declaró que:

«combatir el absentismo laboral constituye una finalidad legítima a efectos del artículo 2.2 b), inciso i), de la Directiva 2000/78, dado que se trata de una medida de política de empleo. Combatir el absentismo es una causa lícita que pretende afrontar un grave problema.»

Si bien recientemente nuestro Alto Tribunal ha declarado que ello es así pero:

«sin vulnerar la CE; ni la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación; ni la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.»

En efecto, en reciente STS 20 de enero de 2025 (rec. 99/2024), nuestro Alto Tribunal ha dicho dispuesto que:

– El artículo 2.3 de la Ley 15/2022 dispone que la enfermedad no puede amparar diferencias de trato, excepto las derivadas de su tratamiento, las limitaciones objetivas para el ejercicio de actividades o por razones de salud pública (discriminación por razón de enfermedad).

– Por otro lado, que el artículo 6.2 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres regula que: «Se considera discriminación indirecta por razón de sexo la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados» (discriminación por razón de sexo).

– Y, por último, que el artículo 6.2.a) de la citada Ley 15/2022 considera que existe discriminación por asociación cuando una persona o grupo en que se integra, debido a su relación con otra sobre la que concurra alguna de las causas

previstas en el apartado primero del artículo 2 de esta ley, es objeto de un trato discriminatorio (discriminación por razón de asociación).

A modo de conclusión podría decirse que todos aquellos sistemas de retribución variable por incentivos vinculados exclusivamente a la consecución de objetivos colectivos y/o grupales donde los factores individuales no tengan incidencia directa en el resultado de la cuantía, la penalización en su cobro basado en ausencias por incapacidad temporal y/o todo tipo de permisos vinculados a factores discriminatorios computarán como tiempo de trabajo efectivo a todos los efectos y, por ende, penalizar a las personas trabajadoras de su derecho a la retribución variable por el mero hecho de estar en dichas situación sería considerado como una decisión nula.

No obstante lo anterior, la doctrina judicial reciente (por todas, SAN 25 junio 2025 (proc. 112/25; SAN 3 junio 2025 (proc. 127/25) y SAN 16 septiembre 2024 (proc. 199/24), recientemente confirmada por nuestro Alto Tribunal en STS de 12 de febrero de 2026 (rec. 264/24) viene admitiendo que cuando los planes de retribución variable y/o incentivos están vinculados tanto a resultado individuales como colectivos ligados al desempeño efectivo de las personas trabajadoras las ausencias derivadas de incapacidad temporal puedan modularse proporcionalmente e incluso cuando superan un determinado periodo de ausencia del trabajador invalidar el derecho percepción alguna a la remuneración variable.

En esta última SAN se refiere, añadiendo un relevante matiz a la controversia respecto a los planes de incentivos y su virtualidad para penalizar el absentismo, lo sigientemente referido:

«Es ante un periodo de IT superior a treinta días cuando el convenio prevé que dicho periodo no debe computarse como de trabajo efectivo. Ello no comporta que el trabajador que incurra en dicha situación no perciba el incentivo, sino que el mismo se percibirá proporcionalmente, excluyendo del periodo trabajado el transcurrido en situación de IT por más de treinta días. Además de lo anterior, si se observan los parámetros de medición del objetivo, contenidos en los documentos obrantes a los descriptores 42 y 43, se comprueba que todos ellos están ligados al desempeño efectivo de las funciones encomendadas, por lo que resulta justificado que el convenio no compute periodos de tiempo elevados en situación de IT, en los que el trabajador no puede llevar a cabo cometido alguno ni cumplir los estándares de comportamiento fijados por la empresa.»

Para continuar expresándose, en lo que afecta a su compatibilidad y vinculación con la Ley 15/2022, lo aludido a continuación:

«Ninguna discriminación sufre el trabajador, al amparo de la Ley 15/2022 desde el momento en que, ante una situación suspensiva, únicamente no computa

como periodo trabajado aquél en el que proceso de IT por enfermedad común exceda de treinta días, estableciendo en favor del trabajador una cuantificación amplia, incluyendo en el cómputo de tiempo trabajado ausencias menores, y excluyendo únicamente aquéllas que por su elevada duración, inciden de forma evidente en el desempeño, vinculado de forma expresa a la prestación de servicios en un periodo temporal específico. En consecuencia, esta última pretensión también ha de ser desestimada.»

Es preciso, pues, reseñar los diferentes supuestos que se pueden presentar en esta tipología de planes de incentivos, pues como puede advertirse no toda limitación se encuentra proscrita por la jurisprudencia menor.

8. ALGUNAS CUESTIONES PROCESALES RELEVANTES

8.1 Modalidad procesal y reclamación de la retribución variable

Como es sabido, y salvo supuestos de acumulación con otras acciones (fundamentalmente, la de despido y/o extinción ex art. 50 ET), la reclamación de la retribución variable habrá de encauzarse por medio de la modalidad procesal del procedimiento ordinario.

Por tanto, habrán de seguirse las formas rituarial previstas en los artículos 80 y siguientes de la LRJS. Más allá de otras singularidades de esta tipología de proceso, de carácter más bien baladí a los efectos del presente trabajo monográfico, es conveniente poner el acento en las reglas de la carta de la prueba y su configuración práctica en esta clase de litigios, según se explicitará a continuación.

Si bien rigen, sin mayor diferenciación, las premisas sobre la distribución de la carga de la prueba previstas en el art. 217.2 LEC, lo cierto es que en esta tipología de controversias se ha venido dotando de una importancia relevante, acaso de una forma recurrente y cualitativamente más relevante que en otros procesos, al concepto de «disponibilidad y facilidad probatoria», dispuesto en el apartado 7 del mismo art. 217 LEC.

En efecto, y sin perjuicio de las lógicas particularidades de cada litis, existe una relación de documentos probatorios presentes habitualmente en este tipo de procesos, como son –entre otros– las políticas empresariales de retribución variable, el *bonus target*, el grado de cumplimiento de objetivos y la acreditación del período de devengo –especialmente en aquellos casos en los que se discute la baja del empleado antes de culminar dicho lapso temporal de generación–.

Pues bien, si bien una parte de esta documental es por lo general fácilmente accesible y susceptible de resultar recabada por el trabajador demandante, dependiendo de la metodología y sistema implantada en la Empresa para el seguimiento de los objetivos alcanzados, ello podría resultar un dato desconocido por el trabajador en el momento de interposición de la demanda, y que como decimos, por facilidad probatoria la Empresa generalmente ha de aportar al plenario –cabe citar, respecto a dicha circunstancia, la STSJ de Castilla y León (Valladolid) 22 noviembre 2021 (rec. 1158/2021), en que se indica a tal efecto:

«Se produce, en suma, una quiebra en la sentencia de instancia de la regla prevista en el apartado 7 del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, correspondiendo la disponibilidad y facilidad probatoria a la empresa, que no ha aportado la prueba solicitada y que se revela fundamental en orden a verificar el cumplimiento o no de los objetivos de los que se hace depender el cobro de la prima.»

Como es lógico, con anticipación a la presentación de la demanda rectora cabría la incoación de actos preparatorios y diligencias preliminares (art. 76 y siguientes de la LRJS), lo cual podría resultar una opción plausible e incluso aconsejable en determinados supuestos, en la medida en que posibilitaría un planteamiento del escrito de demanda más certero. Evitando, a la postre, acudir a toros mecanismos con derivadas más imprevisibles para la prosperabilidad de la acción y el devenir del propio proceso, como son las aclaraciones y ampliaciones de la demanda.

8.2 Efecto de cosa juzgada en pleitos sucesivos y procedimiento testigo

Con anterioridad a otras medidas de gran impacto en el ámbito procesal laboral introducidas por la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, como la aportación anticipada de la prueba, el Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo (RD-L 6/2023) ya había venido a incluir en el orden social un instrumento hasta entonces novedoso en la jurisdicción: el procedimiento testigo.

En efecto, el actual art. 86 bis) de la LRJS prevé el mandato de que, cuando concurren ante un mismo Tribunal una pluralidad de procesos con idéntico objeto y misma parte demandada, el órgano jurisdiccional deba tramitar pre-

ceptivamente uno o varios con carácter preferente, atendiendo al orden de presentación de las respectivas demandas. Una vez firme el primer pronunciamiento, se podrá interesar su extensión de efectos al resto de litigios pendientes.

Como resulta manifiesto constatar, se trata de una medida tendente a la agilidad procesal, que busca sortear la celebración del conocido como «pleito-masa», llamando la atención –por su carácter inhabitual en la Ley Procesal Laboral– el carácter imperativo que se confiere a la declaración del procedimiento testigo, socavando con ello, al menos parcialmente, el margen de maniobra del órgano judicial (recordemos que el mentado art. 86 bis) LRJS alude que se tramitará «preceptivamente», no que el Tribunal «podrá» o semejante).

En el caso de procedimientos judiciales en que se venga a reclamar por múltiples trabajadores el abono del bonus/retribución variable por una misma causa –por ejemplo, no haber permanecido durante todo el período de generación–, aun cuando las cuantías a reclamar y ciertas circunstancias casuísticas pudieran resultar diferentes, a priori no existiría impedimento a que se tramitase como un procedimiento testigo. De este modo, se evitaría la proliferación de precedentes judiciales eventualmente contradictorios en pos de la seguridad jurídica.

Debe acentuarse que el procedimiento testigo opera precisamente donde la cosa juzgada negativa, por mor de la ausencia de la triple identidad, no alcanzaba a producir efectos, y derivaba a los operadores jurídicos a una «prejudicialidad suspensiva» o «litispendencia impropia» que el corpus normativo laboral no preveía ni desarrollaba de modo expreso. Ello venía a conducir, en numerosas ocasiones, a que pleitos con una semejanza notoria hubieran de celebrarse de forma sucesiva, dado el trabajador reclamante era distinto y no se había formulado una demanda plural o instado debidamente la acumulación de tales procesos.

8.3 Salario regulador del despido: inclusión del bonus devengado

En la medida en que el devengo de un bonus/otro instrumento de retribución variable puede albergar incidencia sobre el salario regulador a efectos indemnizatorios derivado de un despido, dada su incontrovertida naturaleza salarial, los escenarios de actuación procesal derivados de dicha vinculación son múltiples.

Debe tomarse en consideración, a tal efecto, la relevante modificación operada por el ya mentado RD-L 6/2023 respecto a la acumulación a la acción de despido de otras reclamaciones de cantidad ya exigibles en dicho momento.

Antes de la entrada en vigor de dicha normativa, el art. 26.3 de la LRJS expresaba a dicho respecto:

«El trabajador podrá acumular a la acción de despido la reclamación de la liquidación de las cantidades adeudadas hasta esa fecha conforme al apartado 2 del artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores, sin que por ello se altere el orden de intervención del apartado 1 del artículo 105 de esta Ley. No obstante, si por la especial complejidad de los conceptos reclamados se pudiesen derivar demoras excesivas al proceso por despido, el juzgado podrá disponer, acto seguido de la celebración del juicio, que se tramiten en procesos separados las pretensiones de despido y cantidad, para lo que dispondrá la deducción de testimonio o copia de las actuaciones y elementos de prueba que estime necesarios a fin de poder dictar sentencia sobre las pretensiones de cantidad en el nuevo proceso resultante».

Sin embargo, dicho precepto procesal ha resultado aligerado en cuanto a los requisitos para acumulación, en el ánimo de favorecer la resolución de ambas reclamaciones (despido y cantidad), bajo los mismos autos. Es por ello que el actual art. 26.3 elimina la mención a la complejidad como vía de salida para el enjuiciamiento de ambas pretensiones de forma acumulada, quedando la revisión procesal como sigue:

«El trabajador podrá acumular a la acción de despido la reclamación de las cantidades vencidas, exigibles y de cuantía determinada adeudadas hasta esa fecha, sin que por ello se altere el orden de intervención del apartado 1 del artículo 105 de esta ley.»

Por tanto, y si bien a diferencia del procedimiento testigo no parece estipularse un mandato imperativo al órgano judicial para que decrete la acumulación de ambas pretensiones (pues en este punto sí se contiene la alocución «podrá»), no es menos cierto que se suprime la aludida mención a la complejidad como motivo para resolver de forma independiente ambas controversias.

Con todo y con ello, lo cierto es que, no obstante el obvio interés del legislador por facilitar la acumulación, en este caso resulta discrecional al órgano judicial la tramitación separada de los asuntos –lo cual resulta razonable especialmente en el caso de que la gestión conjunta derivase un acto de juicio excesivamente prolongado y heterogéneo en cuanto a las materias a tratar–.

Por ello, en aquellos escenarios en los que el Tribunal opte por tramitar de modo independiente ambos procesos, se plantea una problemática cronológica y finalística: qué reclamación dirimir primeramente.

La lógica jurídica conduciría a sentenciar con anterioridad el procedimiento judicial en que se discuta el bonus/retribución variable, dado en caso de resolver antes el despido cabría la posibilidad de que el salario regulador determinado a dichos efectos fuese incompleto y erróneo por razones patentes –no inclusión de un concepto *sub iudice*–.

Sin embargo, como es conocido, la reclamación independiente del bonus se tramitará por la modalidad procesal ordinaria, mientras que la de despido supone una cause procesal privilegiado.

En la práctica procesal, las diferencias en los señalamientos de vistas judiciales entre ambas modalidades procesales son a menudo extraordinarias y del todo acentuadas. Por ello, no deja de resultar paradójico que previéndose la celebración del procedimiento ordinario, póngase por caso, a años vista, el más urgente juicio de despido haya de suspenderse entretanto no se dirima el primero –dado se encuentra supeditado en cuanto al salario regulador, como ya ha resultado enunciado en líneas precedentes–.

Para más inri, y partiendo de la premisa de que la Ley Adjetiva Laboral no establece una solución unívoca –dado no existe una previsión que mandate obligatoriamente la suspensión de unos autos en beneficio de otros–, lo cierto es que la solución puede derivar, incluso, en un escenario más intrincado y complejo.

Y ello es así en la medida en que, si así se establece en la política de retribución variable o norma empresarial/convencional al efecto, el derecho a la percepción del bonus podrá estar, a su vez, supeditado a la calificación del despido. Es decir: si el despido es procedente, no se generará dicho derecho (y como es lógico, ello no pasará a insertarse en el salario regulador).

La problemática reside, pues, en aquellos supuestos en que se declara la improcedencia de la extinción y el proceso de reclamación de cantidad se encuentra *sub iudice*. Debe subrayarse en este caso la difícil solución, en la medida en que la reclamación de cantidad condiciona el salario regulador del despido, y en contrasentido, la calificación de la extinción determinará el éxito del salario variable reclamado.

En dichos casos, ciertamente y pese a la previsible extensión del acto de juicio –y su mayor complejización–, parecería presentarse como alternativa más viable y plausible la tramitación acumulada de ambas pretensiones. Dicha simultaneidad en la tramitación permitiría soslayar las problemáticas enunciadas anteriormente, y la suerte de obstáculo insalvable que desde una óptica de lógica jurídica constituye; ya que, en definitiva, una resolución se

supedita a la otra, y no es claro qué procedimiento habría de resolverse en primer término.

8.4 Valor liberatorio del finiquito respecto de variables no liquidadas

Una última problemática de índole procesal a solventar, o al menos formular escuetamente, es la relativa a las reclamaciones de retribución variable que, en el momento de la extinción, todavía no habrían devenido en exigibles, líquidas y vencibles.

Póngase por caso el escenario en que un empleado contase con un plan de retribución variable que tuviese como requisito único e ineludible para su devengo el cumplimiento de un objetivo vinculado a los resultados empresariales anuales, sin contar con ninguna cláusula de permanencia.

Si la extinción se produjese antes de la finalización del año de devengo, resulta plausible que las partes alcanzase un acuerdo transaccional –homologado judicialmente o no– en que se pactase abonar un *quantum* indemnizatorio determinado. Cabe la posibilidad, a la sazón, de que se incluya una cláusula global y sin excepción alguna de liquidación, saldo y finiquito (por ejemplo, en que se renuncia a reclamar «cualesquiera concepto derivado de la relación laboral»).

Pues bien, incluso ante una cláusula de renuncia de tan amplio alcance, podría resultar cuestionable/controvertida la virtualidad liberatoria de dicho compromiso, en la medida en que en dicho momento ni la Empresa ni el trabajador se encontraban en disposición de conocer si la retribución variable en cuestión habría sido o no objeto de devengo.

Ello no habría de obstar, en principio y dado la relación laboral ya se encuentra extinta, que las partes transen una compensación por el riesgo de que, en el futuro, dicha obligación salarial llegue a perfeccionarse. Por ejemplo: abonar una parte de dicho potencial riesgo económico (*bonus target*), o incluso incluir una mejora indemnizatoria por dicha posibilidad.

Con todo y con ello, se muestra evidente la necesidad de articularlo de tal forma que se identifique sin dificultad y sin género de dudas qué compensación económica corresponde a la desvinculación contractual en sentido estricto, y cuál a retribuir la posibilidad de que la Empresa sea condenada algunos meses más tarde. Incluso en este último supuesto, es preciso reseñar que, al día de la fecha y bajo los precedentes judiciales disponibles, la seguridad jurídica no es total.

9. ALGUNAS RECOMENDACIONES

La retribución variable, como herramienta de gestión del rendimiento y de la productividad, exige un diseño jurídico preciso que permita compatibilizar la flexibilidad empresarial con las garantías salariales y antidiscriminatorias previstas en nuestro ordenamiento actual.

La jurisprudencia reciente consolida: (i) la consideración de la remuneración variable como un complemento salarial no consolidable salvo pacto en contrario, (ii) la obligación de definir y comunicar objetivos al inicio del periodo, (iii) la invalidez de condiciones de permanencia que impiden el cobro del incentivo ya devengado, (iv) la proscripción de la multa de haber no obstante los matices referidos y la necesidad de encauzar cualquier restricción por las vías legales de modificación, y (v) la relectura antidiscriminatoria de los planes que ponderan ausencias tras la Ley 15/2022.

En paralelo, la Sala IV admite como causa organizativa la adaptación a exigencias legales cuando ello conlleva reconfigurar sistemas y métodos de trabajo.

En suma, unos planes de incentivos válidos y sostenibles deben asentarse en reglas verificables, previsibles y neutrales, con una gobernanza que resista el escrutinio judicial.

La experiencia comparada y la práctica reciente invitan a cimentar los esquemas de retribución variable en principios de transparencia, razonabilidad y control de riesgos, garantizando la tutela de los derechos de las personas trabajadoras y la seguridad jurídica de las empresas.

Finalmente y como principales pautas de actuación cabría acudir a, i) la definición *ex ante* y por escrito de objetivos, métricas y escalas, con comunicación del periodo de devengo y trazabilidad de cambios; ii) evitar cláusulas que puedan dejar al arbitrio de las partes la modificación o interrupción en cualquier momento de la retribución variable salvo existencia de causas excepcionales que puedan provocar dicha conclusión; iii) fijar adecuadamente el periodo de devengo y prever soluciones pro rata en extinciones no imputables a la voluntad del trabajador; iv) excluir del cómputo ausencias protegidas (IT, permisos de conciliación, violencia de género, etc.) o prever tratamientos neutrales compatibles con Ley 15/2022 y LO 3/2007 y, por último, v) realizar periódicos controles internos de impacto (género, discapacidad, salud) y test de proporcionalidad de cláusulas de exclusión.

CAPÍTULO VIII

LA RETRIBUCIÓN DEL TRABAJO EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

CARLOTA M.^a RUIZ GONZÁLEZ

Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la SS
Universidad de Extremadura

1. INTRODUCCIÓN

El mundo del trabajo en los últimos años viene afrontando importantes y profundos cambios tanto por el impacto que ha tenido la pandemia por la Covid-19, como por los interrogantes que suscita el actual modelo económico y productivo sobre todas las esferas de la vida económica, laboral y social.

En este escenario, la negociación colectiva se configura como un instrumento esencial en el ámbito laboral. En España, desde su reconocimiento como derecho constitucional (art. 37.1) y su regulación en el Estatuto de los Trabajadores (Título III), es una pieza clave para equilibrar las posiciones de las partes sociales, generar dinámicas económico-empresariales eficientes y productivas, disminuir la conflictividad laboral y contribuir, con todo ello, al avance del Estado social y democrático de derecho ¹. Así, la proximidad de los

¹ LÓPEZ ANIORTE, M. Carmen: *El papel de la negociación colectiva en la reforma laboral*, Briefs AEDTSS, 28 de febrero de 2023, p. 1. Consulta web: <https://www.aedtss.com/el-papel-de-la-negociacion-colectiva-en-la-reforma-laboral/>

interlocutores sociales, y su conocimiento de primera mano de la realidad existente en cada ámbito de negociación, ha permitido la adaptación continua de las previsiones estatutarias a las necesidades imperantes en cada momento, convirtiéndose el convenio colectivo en una herramienta de reparto de rentas, con gran capacidad de actuación en la delimitación de los conceptos retributivos, y siendo fácilmente adaptable a las realidades de la productividad y del empleo de los diversos sectores de actividad y empresas.

No obstante, y pese a este importante papel atribuido a la negociación colectiva, su regulación no ha quedado a salvo de los efectos de las sucesivas crisis económicas que se han ido sucediendo desde hace décadas, donde las modificaciones operadas en esta materia responden al objetivo de procurar que la negociación colectiva sea «un instrumento, y no un obstáculo», para adaptar las condiciones laborales a las concretas circunstancias de la actividad productiva, todo ello con la intención de «contribuir de manera simultánea a la reactivación económica, creación de empleo y a la mejora de la competitividad de las empresas españolas»².

Es por ello, que el principal reto que afronta la negociación colectiva, ante las transformaciones operadas en las formas de gestión de los salarios, pasa por lograr una regulación convencional capaz de retener el tratamiento de esta materia en plano colectivo. Pero que, a su vez, no se convierta en una tentativa de actuar como un instrumento de gestión flexible de esas retribuciones, que legitime diferencias de trato y el incremento de la discrecionalidad empresarial, sin introducir las debidas cautelas, garantías y controles de carácter colectivo que aseguren la transparencia, objetividad e imparcialidad en su aplicación³.

Afortunadamente, hoy en día la tasa de cobertura que presenta la negociación colectiva en España, es bastante aceptable, alcanzando un total de 92,1% (95% hombres y 88,8% mujeres)⁴, lo que expresa su capacidad e incidencia notoria en la regulación de las condiciones salariales y, en general, de las relaciones laborales⁵. Particularmente, en cuanto a condiciones salaria-

² V Acuerdo Interconfederal para el Empleo y la Negociación Colectiva (V AENC), para los años 2023, 2024 y 2025, suscrito el 10 de mayo de 2023, p. 27. Consulta web: <https://www.ccoo.es/d44899d601a725e92eca4a892f7094ce000001.pdf>

³ SANGUINETTI RAYMOND, Wilfredo: «Salarios y negociación colectiva en España: Un panorama lleno de interrogantes», *Temas Laborales*, núm. 98, 2009, p. 61.

⁴ Por sectores: agrario 95,3% (94,9% hombres y 96,6% mujeres), industria 97,5% (97,7% hombres y 97,2% mujeres), construcción 98,5% (98,69% hombres y 97,3% mujeres) y servicios 90,4% (93,7% hombres y 87,8% mujeres). *Estadística de Convenios Colectivos de Trabajo*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Avance mensual – enero 2025. Acceso web: https://www.mites.gob.es/estadisticas/cct/cct25eneav/Resumen_resultados_CCT_enero-25.pdf

⁵ MERINO SEGOVIA, Amparo, BOGONU Milena, CASTELLI Nuncia, CONTRERAS HERNÁNDEZ, Oscar, GIL PÉREZ, María Encarnación, MORARU Gratiela, RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Emma, ROMERO RODENAS,

les se refiere, es frecuente encontrar en los convenios colectivos cláusulas referidas a incrementos salariales, salario base, complementos salariales o cláusulas de salvaguarda frente a la inflación⁶, reflejo de la influencia que reciben por parte de los Acuerdos Interconfederales sobre Negociación Colectiva, que se vienen sucediendo desde principios de siglo, y en los que se recomienda a las partes negociadoras de los convenios la introducción de subidas salariales para así aumentar el poder adquisitivo de las personas trabajadoras, mejorar la competitividad y con ello crear y preservar empleo.

Pese a la variedad de fórmulas de retribución del trabajo que pueden ser susceptibles de análisis en este capítulo (por citar algunas, salario por comisión, en especie, *stock options*...) y la existencia de aspectos de relevante influencia en su determinación, como son el principio de igualdad retributiva, la cláusula de revisión salarial o la absorción y compensación salarial. Este estudio, sin intención de restarles importancia, centra la atención en las dos fuentes de retribución contenidas el art. 26.3 ET, en cuanto que se remite a la negociación colectiva como instrumento jurídico para determinar la estructura del salario, que necesariamente deberá comprender el salario base, como retribución fijada por unidad de tiempo o de obra y, en su caso, complementos salariales. Identificar y comentar las respuestas que la negociación colectiva ofrece a este mandato es el principal objetivo de este capítulo.

2. EL PAPEL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA REGULACIÓN DE LA RETRIBUCIÓN

En el sistema español de relaciones laborales la negociación colectiva, y en particular el convenio colectivo, goza de reconocimiento constitucional⁷.

María José, SMINTINICA, Catalina: «Parte 1. La estructura de la negociación colectiva y la inaplicación del convenio colectivo en materia salarial», en VV.AA.: *La regulación de las retribuciones en la negociación colectiva, Observatorio de la negociación colectiva*, Cinca, Madrid, 2024, p. 18. Concluyen, en base a determinadas estimaciones realizadas, que alrededor del 80% de las personas asalariadas en el sector privado tiene reguladas sus condiciones laborales y salariales en la negociación colectiva, siendo esta tasa una de las más superiores de la UE.

⁶ Así a diciembre de 2021, de los 908 convenios colectivos firmados y registrados en ese año, 857 incluían cláusulas sobre estructura salarial, 822 cláusulas sobre complementos salariales, 598 cláusulas sobre complementos o retribuciones específicas por trabajo nocturno, 127 cláusulas de inaplicación del régimen salarial y 53 cláusulas sobre salario mínimo de convenio en el sector. *Estadística de Convenios Colectivos de Trabajo*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Avance mensual – diciembre 2021. Acceso web: https://www.mites.gob.es/estadisticas/cct/cct21dicav/Resumen_resultados_CCT_diciembre-21.pdf

⁷ Sobre el reconocimiento constitucional del derecho a la negociación colectiva y la fuerza vinculante de los convenios colectivos puede consultarse, entre muchos, ALONSO OLEA, MANUEL.: *Las fuentes del Derecho. En especial del derecho del trabajo según la constitución*, Real Academia de Jurisprudencia y

En concreto, el art. 37.1 CE establece que la «ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios» y el ET, en el Título III, dedica parte de su articulado a dicha regulación.

La consideración constitucional a la fuerza vinculante de los convenios colectivos, como expresión del acuerdo libremente adoptado por los representantes de los trabajadores y de los empresarios, le otorga la condición de pacto de naturaleza normativa (art. 82.3 ET)⁸, situándolos en una posición superior a la de carácter contractual, en el sentido que las condiciones pactadas colectivamente serán obligatorias de manera automática, sin necesidad de un acto o acuerdo de incorporación individualizada a los contratos de trabajo⁹.

En cuanto al contenido, la negociación colectiva tiene la capacidad de regular no solo las condiciones de trabajo, sino también las materias de índole económica, laboral y sindical y, en general, cualquier otra que afecten a las condiciones de empleo y las relaciones de los trabajadores con el empresario. En concreto, la importancia del convenio colectivo como instrumento regulador del salario es incuestionable¹⁰. Como afirmaba Montoya Melgar, el salario se configura como la contraprestación que asume el empleador a cambio de la prestación de servicios de sus trabajadores en el marco del contrato de trabajo, al tiempo que se erige como el principal medio de subsistencia de éste último¹¹. De ahí que el ordenamiento jurídico-laboral le haya prestado una particular atención, evolucionando desde una configuración ubicada esencialmente en el plano legal a una mayor participación de la negociación colectiva, como consecuencia de un proceso de reforma flexibilizadora iniciado a finales del siglo pasado¹².

En la actual configuración del salario, contenida en el art. 26 y ss. ET, la negociación colectiva tiene un papel central, pues a ella le encomienda de forma expresa y primigenia el establecimiento de la estructura salarial, de manera que si ésta no lo fija se le permitirá a la autonomía individual precisar dicha

Legislación, Madrid, 1981, pp. 111 y ss.; CORREA CARRASCO, Manuel: *La negociación colectiva como fuente del Derecho del Trabajo*, BOE, Madrid, 1997; GOERLICH PESET, Jose Maria: «Concepto y eficacia del convenio colectivo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100, tomo II, 2000.

⁸ Art. 82.3 ET: Los convenios colectivos regulados por esta ley obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia.

⁹ STC 58/1985, de 30 de abril (ECLI: ES: TC:1985:58).

¹⁰ La importancia de la negociación colectiva en la regulación de los salarios está anclada en varias normas internacionales de trabajo, entre ellas, el Convenio núm. 48, sobre libertad sindical y la protección del derecho de sindicalización (1945); Convenio núm. 98, sobre el derecho de sindicalización y de negociación colectiva (1949); Convenio núm. 100, sobre igualdad en la remuneración (1951); Convenio núm. 154, sobre negociación colectiva (1981); y el Convenio núm. 131, sobre la fijación de salarios mínimos (1970).

¹¹ MONTOYA MELGAR, Alfredo: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2017, p. 375.

¹² MARTÍN VALVERDE, Antonio y GARCÍA MURCIA, Joaquín: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2017, p. 643.

estructura¹³. Por tanto, la negociación colectiva no tendrá absoluta libertad en la configuración de la retribución, debiendo comprender como determina la norma, en todo caso, el salario base (como retribución fijada por unidad de tiempo o de obra), pudiendo además establecer una serie de complementos salariales. Pese a ello, la jurisprudencia del TS desde hace años ya avaló la posibilidad de establecer salarios globales, sin sujeción a dicha estructura, lo que ha otorgado a la negociación colectiva un amplio margen de discrecionalidad para fijar o no fijar estructura salarial alguna y permitiendo la fijación única de una cantidad anual como concepto de retribución por categoría o grupo profesional.

Ahora bien, y retomando esa doble opción de regulación de la retribución en cuanto negociación colectiva y autonomía individual. En el plano práctico los interlocutores sociales asumen siempre esta materia como objeto de negociación fijando la estructura y las cuantías por cualquier convenio colectivo suscrito para todas las relaciones incluidas en su ámbito de aplicación. No obstante, el salario tanto en su estructura como en su cuantía dependerá mucho del tipo de actividad y de las características del proceso productivo, de manera que cualquier tipo de convenio colectivo (de empresa o sector) se presenta como un instrumento jurídico apropiado para determinar el salario y, no sólo eso, sino de cualquier ámbito funcional o territorial ya que es posible legalmente todo tipo de ámbitos de convenios colectivos¹⁴.

3. EXTENSIÓN Y CARACTERÍSTICAS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA ESPAÑOLA

La negociación colectiva se ha caracterizado en la última fase expansiva de la economía española por un lento, pero constante, incremento tanto del número de convenios colectivos firmados y registrados, como de empresas y trabajadores afectados. Este avance se produce desde el año 2014¹⁵, que tras una pequeña regresión en el año 2020 como consecuencia de la crisis sanitaria por la Covid-19, se mantiene en crecimiento hasta la actualidad, alcanzado en el año 2024 el número de 1146 convenios colectivos firmados y registrados (278 de ámbito superior a la empresa y 868 de

¹³ GIL PLANA, Juan: «Autonomía colectiva y compensación salarial», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 213, 2018, p. 2.

¹⁴ CASTRO CONDE, Macarena: «Convenio colectivo» en *El sistema normativo del salario: ley, convenio colectivo, contrato de trabajo y poder del empresario*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 295.

¹⁵ Un análisis de ese periodo, puede verse en GÓMEZ RUFÍAN, LUIS: «La situación del sistema de negociación colectiva en España a tenor de los datos definitivos de 2017 y provisionales de 2018», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9, 2019.

empresa)¹⁶. Estos datos, no obstante, se sitúan aún muy lejos de los alcanzados, por ejemplo, en el año 2007, donde se lograban cifras aproximadas de 6.000 convenios colectivos firmados y registrados, once millones de trabajadores incluidos y un millón de empresas afectadas¹⁷. Evidentemente, la causa principal de esta dinámica radica tanto en la fuerte destrucción de empresas en los periodos de recesión sufridos y, con ello, la desaparición de multitud de convenios colectivos de empresa, como en la indudable reducción de firma de nuevos convenios colectivos, lógica consecuencia de la menor creación de empresas en esos contextos económicos negativos.

Atendiendo al ámbito funcional, es constante el predominio de convenios colectivos de ámbito empresarial¹⁸, frente a los de ámbito superior a la empresa¹⁹. Esta delimitación temporal, que incluye el periodo previo y posterior a la reforma laboral de 2011, permite observar los efectos en la negociación colectiva de los cambios que incorporaba aquella importante reforma legislativa, y que resultan influyentes en las conclusiones de este estudio, esto es, la eliminación de la prioridad aplicativa de los convenios de empresa o de grupo de empresas en relación a los salarios, el establecimiento de la ultraactividad indefinida en defecto de pacto distinto, o la aplicación del convenio colectivo sectorial a la cadena de subcontratación.

En cuanto a los trabajadores afectados, se observa una media de aplicación, en los últimos diez años, de cuatro millones y medio de trabajadores²⁰. Dato muy inferior, también, al obtenido en años precedentes, como 2009 (10.305.100) o 2011 (9.241.000). Este desfase en las cifras, opina, Pérez Infante, puede deber-

¹⁶ Según datos de la Estadística de Convenios Colectivos del Ministerio de Trabajo y Economía Social, los convenios colectivos firmados y registrados hasta enero de 2025, considerando como provisionales los relativos a los años 2023,2024 y 2025, son: Año 2021 - 1496 convenios colectivos; 2022 - 1584 convenios colectivos; 2023 - 1829 convenios colectivos; y, 2024 - 1146 convenios colectivos. Acceso web: https://www.mites.gob.es/es/estadisticas/condiciones_trabajo_relac_laborales/CCT/welcome.htm#

¹⁷ Téngase en cuenta que los datos definitivos de la situación del sistema de la negociación colectiva no se cierran hasta, aproximadamente, año y medio después del año del que se trate, en tanto que durante ese periodo se siguen recibiendo de los organismos competentes registros estadísticos de convenios colectivos firmados durante el año de referencia o que despliega sus efectos económicos durante el mismo, esto es, sobrepasando éste.

¹⁸ Convenios colectivos de empresa, firmados y registrados, en 2012 (1241), 2015 (1277), 2019 (1355), 2021 (1160), 2023 (1377). Datos obtenidos de las *Estadísticas de convenios colectivos de trabajo*, Ministerio de Trabajo y Economía Social. Acceso web: https://www.mites.gob.es/es/estadisticas/condiciones_trabajo_relac_laborales/CCT/welcome.htm#

¹⁹ Convenios colectivos de ámbito superior a la empresa, firmados y registrados, en 2012 (341), 2015 (329), 2019 (370), 2021 (336), 2023 (452). Datos obtenidos de las *Estadísticas de convenios colectivos de trabajo*, Ministerio de Trabajo y Economía Social. Acceso web: https://www.mites.gob.es/es/estadisticas/condiciones_trabajo_relac_laborales/CCT/welcome.htm#

²⁰ Desde el punto de vista de las relaciones laborales con convenio colectivo, y con predominio de hombres sobre mujeres, el mayor valor se alcanza en el sector servicios (10.846.208) y el menor en el sector agrario (563.755). Datos a 31 de diciembre de 2024.

se a dos motivos, el primero, la repercusión del descenso del empleo consecuencia de las crisis económicas y, el segundo, al carácter plurianual que pueden presentar ciertos convenios colectivos, firmados en años anteriores, lo que justifica que todavía no se han incluido en la estadística de convenios colectivos²¹.

A pesar de lo anterior, los datos revelan una elevada tasa de cobertura de la negociación colectiva española, este indicador, recuérdese, hace referencia al conjunto de trabajadores asalariados que, sobre el total de los existentes, se ven afectados por la regulación establecida en esa norma colectiva. Así, el porcentaje de trabajadores potencialmente cubiertos se sitúa, en enero de 2025, en torno al 90%, cifra más elevada en hombres (95%) que en mujeres (88,8%). Por sectores, construcción alcanza la cifra de 97,5% (97,7% hombres y 97,2% mujeres) y la más inferior se obtiene en el sector servicios con un 90,4% (93,7% hombres y 87,8% mujeres). A nivel autonómico, la CC. AA. de Murcia alcanza una media de 95,25% de tasa de cobertura (98,1% hombres y 92,4% mujeres) y en la última posición se sitúa Ceuta y Melilla con un 79,85% de cobertura (87,9% hombres y 71,8% mujeres).

Es importante, por la temática de esta obra, prestar atención a los datos relativos a la variación salarial. Así, del total de 2067 convenios con efectos económicos conocidos y registrados hasta enero de 2025, que afectan a 664.884 empresas y 5.938.991 trabajadores, un 32,90% de esos trabajadores se verán afectados, durante el año 2025, por un variación salarial superior al 3,00%, cifra más elevada respecto a la registrada de media desde 2018 (1,72%). Por sector de actividad, la variación salarial más alta se produce en las actividades del hogar (7,50%) y la más inferior en las actividades de informática y comunicaciones (2,01%). Finalmente, por CC. AA, Madrid registra el mayor incremento salarial (3,73%) y Canarias el más bajo (2,42%).

En cuanto a los datos registrados sobre inaplicaciones de convenios colectivos, se observa un descenso en su depósito, que comienza ininterrumpidamente en el año 2020, y que afecta mayoritariamente a PYMES de tamaño entre 1 y 49 trabajadores, afectando en su mayor parte a cuantía salarial y sistema de remuneración, por delante de jornada, horario, distribución del tiempo de trabajo, etc.

Además, entre las características principales de la negociación colectiva española destaca el bajo tamaño medio de las empresas con convenio colectivo. Ocho trabajadores por empresa, tamaño que es más elevado en los convenios de empresa (casi trescientos) que en los convenios de ámbito superior al de empresa (siete). Este pequeño tamaño de las empresas con convenio, re-

²¹ PÉREZ INFANTE, José Ignacio: «La negociación colectiva y los salarios en España», *Cuadernos de Relaciones Laborales*, núm. 2, 2011, p. 263.

flexiona Pérez Infante, es lógico, teniendo en cuenta el tejido productivo español, en el que, conforme al número de empresas inscritas en la Seguridad Social, más del 75% del total de las empresas tienen menos de seis trabajadores y más del 85% menos de diez trabajadores²².

Por último, hay que tener en cuenta el predominio de convenios colectivos plurianuales. Así, en los últimos años más del 60% de los convenios, han sido convenios firmados en años anteriores, siendo su vigencia media de cuatro años.

A efectos metodológicos, para comprobar el desarrollo de la materia y los posibles efectos de las crisis y reformas producidas en los últimos años, se han tenido en cuenta los convenios publicados en el arco temporal que comprende 2006 a 2025. Desde un punto de vista cuantitativo, se ha utilizado una extensa muestra de convenios de empresa y de ámbito superior, que se circunscriben, desde un punto de vista funcional, a diversidad de actividades, entre ellas, sanitarias, alimentación, hostelería, servicios o industria.

4. LA DETERMINACIÓN DE LA RETRIBUCIÓN DE LA PERSONA TRABAJADORA Y SU ESTRUCTURA EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

La configuración constitucional y legal del convenio colectivo se traduce en que éste posee la condición de piedra angular en el desarrollo de las relaciones laborales, dado que el convenio tiene la capacidad legal de regular no sólo las condiciones de trabajo, sino también las materias de índole económica, laboral y sindical y, en general, cuantas otras afecten a las condiciones de empleo y al ámbito de las relaciones de los trabajadores, y sus organizaciones representativas, con el empresario y las asociaciones empresariales²³.

En relación con el sistema de retribución, la importancia del convenio colectivo como instrumento regulador de esta condición laboral, es indiscutible²⁴, pues asume por excelencia la ordenación de la estructura salarial y del importe de los diferentes conceptos que la componen, de forma tal que las previsiones sobre la materia quedan incorporadas a la norma paccionada adquiriendo el carácter de mínimos para la autonomía individual, que no podrá contradecir ni re-

²² *Ibidem*, p. 264.

²³ FINA SANGLAS, Luis, GONZÁLEZ DE LENA, Francisco, PÉREZ INFANTE, José Ignacio: *Negociación colectiva y salarios en España*, CES, Madrid, 2001, p. 21.

²⁴ CASTRO CONDE, Macarena: «Convenio colectivo» en *El sistema normativo del salario: ley, convenio colectivo, contrato de trabajo y poder del empresario*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 295, citando a MARTÍN VALVERDE, Antonio, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Carlos Miguel: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, 12.ª edic., Madrid, 2003, p. 585.

gular a la baja, sino tan solo superar las condiciones legal y convencionalmente establecidas²⁵. Y es que, como afirma Mercader Uguina, la negociación colectiva es el mecanismo más apropiado para facilitar «la uniformidad del tratamiento mínimo retributivo» del sector y la empresa, y aportar una regulación periódicamente revisable conforme a cada empresa o sector de actividad²⁶.

Así las cosas, en los últimos años, la práctica desarrollada permite concluir que se dispone de un elevado porcentaje de convenios colectivos, de todos los niveles de contratación, pero principalmente los de ámbito empresarial, que precisan la estructura salarial diferenciando entre salario base y complementos salariales, e introducen definiciones de estos últimos y sus criterios de cálculo²⁷. También, se observa como la negociación colectiva ha ido incorporando incrementos salariales moderados, en buena parte de esos convenios, por la influencia de los Acuerdos Interconfederales sobre Negociación Colectiva, que se han ido sucediendo en el tiempo, y en los que se recomienda a las partes negociadoras de los convenios colectivos tomar como referencia la inflación prevista por el Gobierno, con posibilidad de acometer incrementos superiores dentro de los límites que marca el aumento de la productividad. Otra pauta de actuación ha sido la incorporación de cláusulas de salvaguarda, garantía o de revisión salarial a partir de la inflación prevista, el IPC real y el incremento salarial pactado²⁸.

A todos estos aspectos, y sus modelos de regulación, se dedican las páginas que siguen.

4.1 Salario base

El salario base constituye el punto de partida sobre el que se asienta la estructura de la remuneración de la persona trabajadora²⁹. Así, de conformidad

²⁵ MERINO SEGOVIA, Amparo: «Puntos críticos de la ordenación salarial en la negociación colectiva. Propuestas de mejora», *Revista de Derecho Social*, núm. 43, 2008, p. 214.

²⁶ MERCADER UGUINA, Jesús Ramón: «Salario y negociación colectiva. Premisas de la investigación», en VV. AA. (coord. Escudero, Rodríguez, Ricardo), *Observatorio de la negociación colectiva. La negociación colectiva en España: una mirada crítica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 350.

²⁷ Con este esquema la regulación del salario pretende evitar, entre otras cosas, que la escasa función otorgada a la norma estatal signifique la aparición de procesos de individualización de salarios, no deseados. Al respecto CASTRO CONDE, Macarena: «El salario» en *El sistema normativo del salario: ley, convenio colectivo, contrato de trabajo y poder del empresario...*, op. cit., p. 22.

²⁸ SERRANO OLIVARES, Raquel: «El papel de la regulación convencional en la caracterización sectorialmente específica de la brecha salarial de género», *Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales*, vol. 6, 2019, p. 55.

²⁹ ÁLVAREZ CUESTA, Henar, LANTARÓN BARQUÍN, David, MAGINO FERNÁNDEZ, Diego, MORATO GARCÍA, Rosa María, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana: «Parte 2. La determinación del salario y la estructura salarial», en VV.AA.: *La regulación de las retribuciones en la negociación colectiva*, *Observatorio de la negociación colectiva*, Cinca, Madrid, 2024, p. 65.

con lo previsto en el ET, se alza como un componente necesario de toda estructura salarial, constituye una contraprestación por los servicios prestados y se devenga de forma automática por el mero desempeño de la función laboral asignada, quedando al margen de las eventuales circunstancias que puedan concurrir en esa prestación de servicios que, en su caso, sí tendrán influencia y efectos sobre los complementos salariales³⁰.

La intervención del ET en la regulación de los conceptos retributivos es muy reducida y todo el protagonismo es cedido a otras fuentes reguladoras de la relación laboral, en concreto, la negociación colectiva y el contrato individual. De manera, que será el convenio colectivo, cualquiera que sea su ámbito, la fuente jurídica preferente para la regulación de estas cuestiones, manteniéndose el contrato de trabajo en una posición subsidiaria³¹.

Asimismo, y aunque de una lectura sosegada del art. 26.3 ET pueda extraerse la importancia y la condición central del salario base dentro de la estructura remuneratoria de la persona trabajadora, resulta común en la práctica convencional que la organización salarial, tal y como viene delimitada en ese apartado, no tenga fiel reflejo en la generalidad de los convenios. Sí se hace una diferenciación entre salario base y complementos salariales, pero no suele ser habitual una distribución coherente de las distintas partidas atendiendo a la distinción que acomete el ET entre complementos relativos a las condiciones personales del trabajador, al trabajo realizado y a los resultados económicos de la empresa³². Una excepción es, por ejemplo, el Convenio colectivo estatal del sector de fabricantes de yesos, escayolas, cales y sus prefabricados, donde no sólo se procede a referenciar dicha estructura retributiva sino que además se delimita, conforme establece el art. 26 ET, los complementos salariales y su inclusión en las tres categorías que menciona ese artículo³³.

³⁰ Dicha regulación posee una parte absolutamente imperativa (la necesaria existencia de un salario base) y una parte deslegalizada (la posible existencia de complementos salariales) siendo factible, así, que todas las cantidades percibidas por los trabajadores se imputen, en exclusividad, al salario base. Al respecto SALA FRANCO, Tomás en VV.AA.: *Los límites legales al contenido de la Negociación Colectiva. El alcance imperativo o dispositivo de las normas del Estatuto de los Trabajadores el precepto legal*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Subdirección General de Publicaciones, Madrid, 2001, p. 77.

³¹ Sobre los elementos que deben tenerse en cuenta para determinar si la retribución pactada supera o no alcanza la retribución mínima legal, la jurisprudencia interpreta que deben incluirse todos los complementos de naturaleza salarial, incluso los de carácter variable y, por el contrario, deben excluirse los complementos extrasalariales. En este sentido, véase la SSTS 74/2022, de 26 de enero (rec. 89/2020) y, de 29 de marzo (rec. 162/2019).

³² Art. 30 Convenio colectivo de restauración colectiva (Resolución de 10 de noviembre de 2022). Art. 34 Convenio colectivo de Hermandad Farmacéutica del Mediterráneo, SCL (Resolución de 13 de junio de 2024).

³³ BOE, de 28 de febrero de 2024.

Es común, también, que los convenios contengan tablas salariales³⁴ elaboradas a partir de cuadros que relacionan el elemento clasificatorio y el elemento salarial correspondiente, habitualmente recogido en forma de Anexo³⁵. Un ejemplo, de muchos, lo constituye el Convenio colectivo estatal del sector de fabricantes de yesos, escayolas, cales y sus prefabricados, que en su art. 41 establece: «Se entiende por salario base la retribución por unidad de tiempo correspondiente a la persona contratada en función de las tareas desarrolladas y consiguiente integración en la estructura de grupos y subgrupos profesionales y niveles retributivos regulados en el presente Convenio»³⁶.

Pero además, esta partida suele depender de la jornada ordinaria, posibilita que implica que los trabajadores puedan ver modificada su cuantía en atención al montante de días trabajados, y ello por lo señalado en la norma estatutaria, en cuanto que establece que el valor del salario base podrá fijarse por unidad de tiempo o de obra³⁷.

En el primer caso, el salario base se concreta en una determinada cantidad en función del módulo temporal que el convenio determine, con independencia del resultado³⁸. En este sentido resulta muy frecuente el criterio mensual y más residual el diario, aunque tampoco faltan los convenios que determinan la cuantía anual del salario base o combinan estas opciones.

Al respecto concluye la doctrina científica, que esta percepción salarial, que integra también la retribución correspondiente a los periodos de descanso, puede verse alterada en función de las horas trabajadas. La diferencia de días naturales de un mes y otro, y el porcentaje de la jornada de trabajo, pueden hacer variar proporcionalmente su importe.

Por el contrario cuando la referencia en el establecimiento del salario base se realiza atendiendo al resultado, la remuneración de la persona traba-

³⁴ ALMENDROS GONZÁLEZ, Miguel Ángel: «Estructura salarial y clasificación profesional», en ESCUDERO RODRÍGUEZ R. (coord.), *Observatorio de la negociación colectiva. La negociación colectiva en España: una mirada crítica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 460.

³⁵ Un ejemplo de muchos, Convenio colectivo para las empresas de exhibición cinematográfica de la provincia de Valencia (BOP de Valencia, de 5 de octubre de 2022).

³⁶ Convenio colectivo estatal del sector de fabricantes de yesos, escayolas, cales y sus prefabricados (BOE núm. 52, de 28 de febrero de 2024); Convenio colectivo del sector de comercio al por mayor e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos (BOE de 11 de marzo de 2025).

³⁷ ÁLVAREZ CUESTA, Henar, LANTARÓN BARQUÍN, David, MAGINO FERNÁNDEZ, Diego, MORATO GARCÍA, Rosa María, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana: «Parte 2. La determinación del salario y la estructura salarial», ... *op. cit.*, p. 68. Sobre esta forma de identificación, multitud de convenios colectivos transcriben literalmente la norma estatutaria en este punto. Por citar algunos, art. 49 VII Convenio colectivo general del sector de la construcción (BOE, de 23 de septiembre de 2023); art. 42 VII Convenio colectivo de industrias de ferralla 2023-2024 (BOE, de 16 de febrero de 2024).

³⁸ Convenio colectivo de la empresa Nissan Motor Ibérica S. A. centro de trabajo de Ávila (BOJCL de 28 de septiembre de 2022).

jadora no consistirá en una cuantía fija a percibir cada cierto tiempo. En estos casos, considera la literatura científica, el importe variará en función de si los servicios prestados se acercan o alejan del resultado esperado. Así, en estos casos, podría determinarse una retribución mínima garantizada que se completaría de manera subsidiaria. Además cabe la posibilidad de estipular una mayor retribución ante la superación de ciertos umbrales de rendimiento o productividad.

No obstante, se observa de los convenios analizados la infrecuencia de esta forma de remuneración, siendo ampliamente predominante la retribución por unidad de tiempo, sistema establecido así desde el Decreto 2380/1973, de 17 de agosto, sobre ordenación del salario ³⁹.

Ello confronta con la reiterada petición que, desde hace años, vienen realizando las empresas en cuanto a la posibilidad declaran de recurrir a sistemas de retribución variable y el limitado reflejo de éstos dentro de la negociación colectiva. Así, mientras el número de empresas españolas que afirman haber optado por introducir complementos salariales ligados a los resultados del trabajo o de su actividad económica supera el 70%, las cláusulas convencionales que incluyen incentivos ligados a la productividad tienen una incidencia bastante más reducida y registran una tendencia decreciente, al haber pasado de incidir sobre el 22.6% de los trabajadores en 2005, cuando en 1998 hacían sobre el 29.5% ⁴⁰.

4.2 Complementos salariales

El mundo del trabajo en los últimos años viene afrontando importantes y profundos cambios (estructuras y coyunturales, fruto de la digitalización, globalización, incorporación masiva de la mujer al trabajo, etc.) que ponen de manifiesto nuevos retos y desafíos para la negociación colectiva, y en lo que aquí interesa, la regulación de la figura de la retribución de la persona trabajadora, se torna necesario el establecimiento de escalas de incrementos y revisiones periódicas de los salarios ante el aumento de los precios, tan radicales e imprevisibles, acaecidos a raíz de la Covid-19.

En esta línea el V AENC incluye «incrementos salariales a lo largo de los tres años de vigencia, cuyo objetivo es favorecer la recuperación de los salarios

³⁹ BOE, de 4 de octubre de 1973.

⁴⁰ SANGUINETTI RAYMOND, Wilfredo: «Salarios y negociación colectiva en España: Un panorama lleno de interrogantes», *Temas Laborales*, núm. 98, 2009, p. 63.

con incrementos importantes de salida y una cláusula de revisión salarial referenciada al IPC, que pueda corregir los desvíos ante situaciones inciertas sobre la evolución de la inflación». Es por ello, continúa añadiendo, que las Organizaciones firmantes declaran la intención de llevar a cabo, durante su vigencia, «una política salarial que contribuya de manera simultánea a la reactivación económica, a la creación de empleo y a la mejora de la competitividad y crear empleo». Para lograrlo, coinciden en que un avance en el crecimiento de los salarios, donde la realidad económica de los sectores y/o empresas lo permita, contribuirá a aumentar el poder adquisitivo de las personas trabajadoras y a seguir mejorando nuestra competitividad y con ello crear y preservar empleo.

Respecto a la estructura salarial establece el V AENC que los convenios colectivos deberán promover la racionalización de las estructuras salariales, integrando los principios de transparencia retributiva y de igual retribución por trabajos de igual valor. Con tal fin, continúa añadiendo «sería deseable ordenar y simplificar los complementos salariales teniendo en cuenta la perspectiva de género». Las tablas salariales deberán ser coherentes con la clasificación profesional establecida en el convenio. Asimismo, los sistemas de retribución variable deberán estar fijados con claridad, contar con criterios objetivos y ser neutros desde una perspectiva de género. De la misma forma, deberá establecerse su peso en el conjunto de la retribución y se podrán tener en cuenta fórmulas de retribución flexible⁴¹.

Este esquema conduce a la necesidad de realizar un análisis de los complemento salariales, entendidos como las partidas económicas que pueden adicionarse al salario base atendiendo a distintas circunstancias cualificables. La formulación legal contempla tres grupos, únicos que pueden aparecer en la correspondiente estructura salarial de la empresa o sector. No obstante, los términos en que se redactan gozan de suma flexibilidad, siendo muy diversa la tipología existente. Veamos, algunos ejemplos más frecuentes.

4.2.1 COMPLEMENTOS PERSONALES

Son fijados atendiendo a las circunstancias personales o profesionales de la persona trabajadora, valorando y retribuyendo aquellas condiciones subjetivas que inciden en la prestación de servicios y que no han sido tomadas en

⁴¹ ÁLVAREZ CUESTA, Henar, LANTARÓN BARQUÍN, David, MAGINO FERNÁNDEZ, Diego, MORATO GARCÍA, Rosa María, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana: «Parte 2. La determinación del salario y la estructura salarial»..., *op. cit.*, p. 145.

consideración a la hora de fijar el salario base correspondiente al grupo profesional (o categoría) en la que se encuadra el trabajador.

Dentro de esta categoría, el complemento salarial más relevante es el que tiene en cuenta el tiempo de prestación de los servicios en la empresa, esto es, la antigüedad del trabajador⁴². Así, se considera que a mayor tiempo de prestación de servicios se corresponde una mayor experiencia laboral, un mayor grado de perfección en el desempeño del puesto de trabajo, y, por tanto, la realización de un trabajo de mayor valor, que debe también ser compensado⁴³. Al respecto, son diversas las denominaciones que pueden encontrarse en la negociación colectiva⁴⁴. Por poner un ejemplo, el Convenio Colectivo Medina Global S. L., recoge por un lado el complemento de antigüedad (art. 23) y, adicionalmente, un «premio de fidelidad» que asciende a 200 euros cuando cumple quince años en la empresa y de 500 euros a los veinticinco años⁴⁵.

Este ejemplo, sirve para traer a colación una idea ya advertida por la doctrina científica en cuanto a la progresiva pérdida de relevancia que viene sufriendo, desde hace un tiempo, este complemento salarial, el cual paulatinamente va cediendo protagonismo otros complementos como, en ese caso, fidelidad⁴⁶.

⁴² Entre otros, Convenio colectivo de la empresa DHL Parcel Iberia S. L. U. (BOCM de 7 de enero de 2023); Convenio colectivo de lo Bueno Servicio de Ventas S. L. U. (BOE de 17 de octubre de 2022); Convenio colectivo de Cegelec S. A. (BOE de 19 de mayo de 2022); Convenio colectivo de la empresa Gibarfred S. L. (BOP de Girona de 2 de enero de 2023); Convenio colectivo de la empresa Nissan Motor Ibérica S. A. centro de trabajo de Ávila (BOJCL de 28 de septiembre de 2022); Convenio colectivo Autónomo de Vehículos de Alquiler sin Conductor de Baleares (BOIB de 27 de agosto de 2022); Convenio colectivo estatal para las industrias de curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería (BOE de 22 de marzo de 2023).

⁴³ ALMENDROS GONZÁLEZ, Miguel Ángel, ÁLVAREZ CORTES, Juan Carlos, FERNÁNDEZ LÓPEZ, Yolanda, GARCÍA TRIGUEROS, Isabel, LOZANO LARES, Francisco, ORDÓÑEZ CASADO, Iluminada, RUEDA MONROY, Juan Antonio y VALLECILLO GÁMEZ, Rosa María: «Parte 4. Complementos salariales en función de circunstancias personales del trabajador», en VV. AA.: *La regulación de las retribuciones en la negociación colectiva*, Observatorio de la negociación colectiva, Cinca, Madrid, 2024, p. 209.

⁴⁴ Entre ellas, por ejemplo, «Plus por tiempo de servicios en la empresa» [Arts. 3 y 6 del Convenio colectivo de Terminal de Contenedores de Tenerife S. A. U. (BOP de Santa Cruz de Tenerife de 12 de agosto de 2022)]; «Aumentos periódicos por tiempo de servicios» [Art. 15 del Convenio colectivo de la empresa Grupo Celulosas Moldeadas S. A. (BOP de Bizkaia de 19 de septiembre de 2022)]; «Plus de vinculación» [Art. 34 del Convenio colectivo de trabajo de la empresa el Consorcio Sociosanitario de Santa Coloma de Queralt (BOP de Tarragona de 23 de septiembre de 2022).]; «Plus por tiempo en la empresa» [Art. 10 del Convenio colectivo de la empresa Japan Car S. A. (BOP de Bizkaia de 24 de octubre de 2022)].

⁴⁵ BOP de Cádiz, de 26 de julio de 2022.

⁴⁶ Tal es el caso del Convenio colectivo estatal del sector de fabricantes de yesos, escayolas, cales y sus prefabricados (BOE núm. 52, de 28 de febrero de 2024), donde en su artículo 42 se precede a la supresión de dicho complemento y lo mantiene como garantía *ad personam* para aquellos trabajadores que lo tuvieran reconocido en la fecha de supresión. Misma situación se produce, a título de ejemplo, art. 17 del Convenio colectivo de Accepta Servicios Integrales, SLU (BOE de 30 de julio de 2020); art. 24 del Convenio Colectivo de la empresa Oilogist H&B S. L. (BOJA de 20 de diciembre de 2022); art. 20 del Convenio colectivo para el sector de Embotellado y Comercio de Vinos, Licores, Cervezas y bebidas de todo tipo de la Comunidad Autónoma de Cantabria (BOC de 5 de octubre de 2022).

En cuanto a la forma de su retribución tampoco existe un criterio homogéneo, habiendo convenios que retribuyen un determinado porcentaje o cantidad económica por este concepto en función de la acumulación de bienios⁴⁷, cuatrienios⁴⁸, quinquenios⁴⁹, etc. Más habitual es la aplicación de un determinado porcentaje sobre el salario base establecido para cada categoría profesional, oscilando entre un 1% y un 8%⁵⁰. Un ejemplo de este último caso, es el Convenio colectivo sectorial para las Empresas Transitorias de la provincia de Valencia 2022-2024, donde el complemento personal por antigüedad se delimita en este sentido, «La cuantía del complemento de antigüedad será del 4% por cada dos años de servicios prestados a la misma empresa. La acumulación de los incrementos por antigüedad no podrá, en ningún caso, suponer más del 10% a los cinco años; el 25% a los quince años, del 40% a los veinte años y del 60%, como máximo, a los veinticinco o más años»⁵¹.

Por último, en cuanto a la actualización de las cuantías del complemento de antigüedad, los convenios colectivos optan por la actualización a través de la vía indirecta de las revisiones salariales, de tal forma que al incrementarse el salario base y en su caso, el resto de conceptos salariales tenidos en consideración, el complemento por antigüedad también se ve incrementado.

Es frecuente también encontrar entre los convenios colectivos la concesión a los trabajadores afectados de un complemento salarial por idiomas, aunque en bastante menor medida que en antigüedad. Su delimitación jurídica es variada tanto desde los requisitos para su concesión, como en la forma

⁴⁷ Art. 33 del Convenio colectivo sectorial para las Empresas Transitorias de la Provincia de Valencia (BOP de Valencia de 17 de abril de 2025).

⁴⁸ Anexo I XIX Convenio colectivo de Ferrocarriles de Vía Estrecha (BOE 4 de mayo de 2013); Art. 35 Convenio colectivo estatal de estaciones de servicio (BOE de 10 de marzo 2023); Art. 31 Convenio colectivo de empresas vinculadas Bolsas y Mercados Españoles (BOE de 27 de agosto de 2024).

⁴⁹ Anexo I Convenio colectivo del Servicio de Recogida y Transporte de Residuos Urbanos y Limpieza Viaria del municipio de Calatayud (BOPZ de 15 de octubre de 2024); art. 13 del Convenio colectivo de la empresa Lácteos Castellano Leonesas S. A. (BOP de Zamora de 5 de agosto de 2022); art. 13 del Convenio colectivo de la empresa Adisseo España S. A. (BOP de Burgos de 18 de abril de 2022); art. 14 del Convenio colectivo de la empresa Seguros Lagun Aro S. A., Seguros Lagun Aro Vida S. A. y Seguros Lagun Aro 2003 A. I. E. (BO de Bizkaia de 15 de noviembre de 2022); art. 56 Convenio colectivo de Ilunion CEE Outsourcing SA. (BOE de 1 de noviembre de 2022); Art. 16 del Convenio colectivo del sector del comercio de metal en Cantabria 2020-2025 (BOC de 11 de noviembre de 2022).

⁵⁰ Tal es el caso, por ejemplo, Convenio colectivo del sector de mataderos de aves y conejos (BOE de 12 de enero de 2022); Convenio colectivo para las cajas y entidades financieras de ahorro para el periodo 2024-2026 (BOE de 6 de junio de 2024); IV Convenio colectivo estatal de comercio minorista de droguerías y perfumerías (BOE de 20 de diciembre de 2024); Convenio colectivo estatal de empresas de seguridad para el periodo 2023-2026 (BOE de 14 de diciembre de 2022); Convenio colectivo relativo al Servicio de Limpieza, Conservación y Mantenimiento de Playas y Pinares Públicos del Puerto de Santa María (BOP de Cádiz de 4 de enero de 2023); Convenio colectivo para la empresa Megatech Industries Amurrio S. L. U. (BOE de 19 de diciembre de 2022).

⁵¹ BOP de Valencia, de 5 octubre de 2022.

de cálculo o cuantía. En relación a los requisitos, se establece, por ejemplo, la necesidad de acreditar los trabajadores el dominio de «un mínimo de tres idiomas extranjeros aprovechables en su puesto de trabajo»⁵², el idioma concreto que la empresa «considere necesario para el desarrollo de su trabajo, a criterio de la empresa»⁵³, o un perfecto conocimiento «de idioma/s escrito/s o hablado/s»⁵⁴.

En cuanto a la acreditación, tampoco existe una definición uniforme entre los convenios colectivos que recogen dicho complemento salarial, así en algunos casos se exige la presentación del correspondiente certificado de escuelas oficiales de idiomas⁵⁵, otras la superación de examen de acreditación de idiomas llevado a cabo por la empresa⁵⁶.

Por lo que respecta a la cuantía del complemento salarial, se fija comúnmente en los Anexos que contienen las tablas salariales y suele consistir en una cuantía fija. Un ejemplo de regulación, muy completa y precisa, es el art. 35 del Convenio colectivo sectorial para las Empresas Transitarias de la provincia de Valencia 2022-2024⁵⁷, donde se define el complemento y los requisitos de acceso, en concreto, «La persona trabajadora, cualquiera que sea su ocupación, que lean y escriban con suficiencia un idioma extranjero y que sus conocimientos sean utilizados por la empresa, percibirán como complemento personal la cantidad fijada en la tabla salarial anexa al presente convenio por cada idioma extranjero cuyo conocimiento del empleado/a sea utilizado por la empresa» y, seguidamente, en el Anexo se incluye la cantidad a percibir: «Complementos anuales artículo 35 = 699.41 euros»⁵⁸.

⁵² Art. 5.5 del X Convenio colectivo de la empresa Lufthansa Cargo (BOE de 5 de noviembre de 2022).

⁵³ Art. 13 del Convenio Colectivo de la Empresa Marbella Club Hotel S. A. (BOP de Málaga de 7 de noviembre de 2022).

⁵⁴ Art. 10.b Convenio colectivo de ámbito estatal de jardinería 2021-2024 (BOE de 13 de julio de 2022); art. 12 XXII Convenio colectivo de ámbito estatal para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales 2021-2024 (BOE de 24 de junio de 2022); art. 46 III Convenio colectivo de ámbito estatal del sector de contact center (BOE de 9 de junio de 2023).

⁵⁵ Art. 24 c.9 del Convenio Colectivo de la empresa Metro Málaga S. A. (BOP de Málaga de 10 de octubre de 2022); art. 13 del Convenio Colectivo de la Empresa Marbella Club Hotel S. A. (BOP de Málaga de 7 de noviembre de 2022).

⁵⁶ Art. 5.5 del X Convenio colectivo de la empresa Lufthansa Cargo AG (BOE de 5 de noviembre de 2022); art. 13 del Convenio Colectivo de la Empresa Marbella Club Hotel S. A. (BOP de Málaga de 7 de noviembre de 2022), con presencia de miembros del Comité de Empresa.

⁵⁷ BOPVAL de 5 octubre 2022.

⁵⁸ Es el caso también del Convenio colectivo de Ilunion CEE Outsourcing SA. (BOE de 1 de noviembre de 2022); Convenio Colectivo para el sector del Comercio de la Piel, Cuero y Calzado de la Comunidad Autónoma de Cantabria (BOC de 5 de octubre de 2022); Convenio colectivo de trabajo para el comercio textil de la Comunidad Autónoma de Cantabria, correspondiente a los años 2021-2024 (BOC 9 de noviembre de 2022).

En último lugar, advierte la doctrina que aún no tratándose de percepciones de naturaleza salarial⁵⁹, algún convenio, más que un auténtico complemento salarial de idiomas reconoce un beneficio social, consistente en la concesión de becas para estudiar. Un ejemplo, se contiene en el Convenio Colectivo de la empresa Cementos Lemona S. A, cuyo art. 51 establece: «A petición de los trabajadores, la empresa concederá hasta 5 becas/año. La subvención será del 60% del costo de matrícula, con un máximo de 330,68 euros/persona. La formación becada deberá ser oficial y se realizará fuera de la jornada de trabajo. Para que una misma persona sea becada en años sucesivos deberá acreditar haber aprobado los cursos becados anteriormente»⁶⁰.

Algo similar ocurre con las circunstancias referidas a la titulación, reconocimientos especiales, discapacidad, hijos a cargo, etc., donde los convenios colectivos tienen previstas la concesión de gratificaciones, premios o ayudas⁶¹. Salvo algún caso particular donde se configura expresamente como complemento salarial, como sucede en el sector de la construcción⁶², en la mayoría de

⁵⁹ ALMENDROS GONZÁLEZ, Miguel Ángel, ÁLVAREZ CORTES, Juan Carlos, FERNÁNDEZ LÓPEZ, Yolanda, GARCÍA TRIGUEROS, Isabel, LOZANO LARES, Francisco, ORDÓÑEZ CASADO, Iluminada, RUEDA MONROY, Juan Antonio y VALLECILLO GÁMEZ, Rosa María: «Parte 4. Complementos salariales en función de circunstancias personales del trabajador»..., *op. cit.*, p. 253.

⁶⁰ BO de Bizkaia de 8 de noviembre de 2022.

⁶¹ Convenio Colectivo de construcción y obras públicas de la provincia de Burgos para los años 2022 a 2026 (BOP de Burgos de 4 de enero de 2023); Convenio Colectivo Provincial de Córdoba para las Industrias de la Construcción y Obras Públicas; Convenio Colectivo del Sector de Construcción y Obras Públicas de la Comunidad de Madrid (BOCM 17 de diciembre de 2022); Convenio colectivo de trabajo para el sector de limpieza de edificios y locales de Palencia y Provincia (BOP de Palencia de 9 de noviembre de 2022); Convenio Colectivo de Terminal de Contenedores de Tenerife, S. A. U. (BOP de Santa Cruz de Tenerife de 12 de agosto de 2022); IV Convenio colectivo de trabajo del ciclo integral del agua (DOCG de 14 de julio de 2022); Convenio colectivo de la empresa Deoleo Global, S. A. U. (BOCM de 7 de enero de 2023); Convenio colectivo de industrias lácteas de Granada, S. L. U. (BOP de Granada de 8 de julio de 2022); Convenio Colectivo de la empresa Gran Casino del Sardinero, S. A. (BOC Cantabria de 5 de octubre de 2022); Convenio colectivo de Galicia Editorial S. L. (BOP de A Coruña de 28 de diciembre de 2022); Convenio Colectivo del sector de confitería, pastelería, bollería, repostería, churrería, fábrica de chocolate y turrones de Sevilla y provincia. (BOP de Sevilla de 29 de octubre de 2022); XI Convenio colectivo de trabajo de establecimientos sanitarios de hospitalización, asistencia, consulta y laboratorios de análisis clínicos de Cataluña (DOGC de 1 de junio de 2022); Convenio colectivo de recuperación y reciclado de residuos y materias primas secundarias (BOE de 25 de julio de 2022); Convenio Colectivo L. N. P. L. R. Guadalajara, S. L. (BOP de Guadalajara de 5 de diciembre de 2022); Convenio Colectivo de la empresa Aguas de Cabreiró, S. A. (BOP de Ourense de 23 de septiembre de 2022); Convenio Colectivo de trabajo de la empresa Metalcolor, SA (BOE de 22 de abril de 2022); y, Convenio Colectivo de PQS Piscinas y Consumo S. A. (BOE de 11 de octubre de 2022).

⁶² El art. 59 establece que las personas trabajadoras que, reconocidos por el organismo oficial correspondiente, acrediten los grados de discapacidad que se recogen a continuación, percibirán como complemento personal las cantidades que se detallan: 17 €/mes cuando el grado de discapacidad reconocido se encuentra entre el 13 y el 22 por 100; 24 €/mes, entre el 23 y 32 por 100; y 34 €/mes, cuando se trate de 33 por 100 o superior. VII Convenio colectivo general del sector de la construcción (BOE de 23 de septiembre de 2023). En relación con la discapacidad, establece un complemento personal el Convenio Colectivo de Terminal de Contenedores de Tenerife, S. A. U. (BOP de Santa Cruz de Tenerife de 12 de agosto de 2022).

los casos se trata de meros beneficios sociales de naturaleza extrasalarial, desvinculados absolutamente del trabajo realizado por la persona trabajadora⁶³.

4.2.2 COMPLEMENTOS SALARIALES FIJADOS POR RAZÓN DEL TRABAJO REALIZADO

Continuando con el análisis de los distintos tipos de complementos salariales establecidos en el ET, corresponde ahora detenerse en la segunda categoría establecida por esa norma, los complementos salariales fijados por razón del trabajo realizado, que como se ha indicado ya, responden a las características del propio puesto de trabajo o la forma en la que se desempeña la labor productiva⁶⁴. Su amplia formulación permite, al igual que en el resto de complementos, acoger dentro del mismo cualquier partida que pueda pensarse y que responda a una circunstancia que no haya sido tomada en consideración a la hora de fijar el salario base. Asimismo, y como determina la norma, estos complementos no tendrán en principio carácter consolidable, salvo que en el convenio colectivo se pacte lo contrario. Veamos, a continuación, algunos de los más relevantes.

Uno de los pluses más frecuentes dentro de esta segunda categoría de complementos salariales es el vinculado al trabajo nocturno que, según el art. 36.2 ET, se define como el realizado entre las diez de la noche y las seis de la mañana⁶⁵, delimitación que algunos convenios reproducen⁶⁶ y otros amplían o reducen⁶⁷. En cuanto a sus principales rasgos delimitadores, recogidos por los convenios colectivos, cabe destacar que la mayoría de ellos optan por la retribución del trabajo nocturno mediante el pago de una prima económi-

⁶³ Art. 38 del Convenio colectivo de la empresa Cervezas Alhambra, S. L. U. (BOP de Granada de 9 de mayo de 2022).

⁶⁴ GARCÍA NINET, José Ignacio: «El salario (art. 26 ET)», en VV. AA., GARCÍA NINET, J. I. (dir.), VICENTE PALACIO, M. A. (coord.): *Salario y tiempo de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores (de 1980 a 2005)* (Homenaje al profesor doctor Luis Enrique de la Villa Gil), Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2005, p. 103.

⁶⁵ Su retribución específica responde al interés de compensar las mayores molestias o trastornos que para la persona trabajadora y su entorno familiar puede suponer una prestación de servicios en dicho periodo de tiempo, es la opinión, de ALBIOL MONTESINOS, Ignacio: *El salario. Aspectos legales y jurisprudenciales*, Deusto, Vizcaya, 1992, p. 94.

⁶⁶ II Convenio Colectivo de Elis Manomatic, S. A (BO. de Vizcaya, de 24 de octubre de 2023).

⁶⁷ 22:00h y las 8:00h (IV Convenio Colectivo de la empresa Centro Gerontológico de Burgos, S. L., BO. de Burgos, 12 de marzo de 2024); 23:00h y las 8:00h (II Convenio Colectivo grupo de empresa «La Pedresina», BOP de Salamanca, de 28 de abril de 2022); 22:00h y las 7:00h (Convenio Colectivo de la Residencia municipal de ancianos San Gregorio de Buñuel, BOP de Navarra, de 28 de octubre de 2022).

ca⁶⁸. No obstante, pueden encontrarse algunos ejemplos en los que se prevé su abono mediante tiempo de descanso. Así se recoge en el art. 52 del Convenio Colectivo estatal de acción e intervención social⁶⁹ o en el art. 22 del Convenio Colectivo de Gureak Marketing S. L. U⁷⁰.

Dentro de esta categoría también se incluyen los complementos salariales que toman en consideración características particulares del puesto de trabajo y que exigen, de manera inexcusable, el cumplimiento específico de la normativa de seguridad e higiene por resultar tóxicos, peligrosos o insalubres⁷¹. Su inclusión es sumamente frecuente entre los convenios, sin embargo, su tratamiento difiere de unos a otros. Así, por ejemplo, el Convenio colectivo de la empresa Hospital de Día Quironsalud Donostia⁷² exige para la percepción de este complemento que la dedicación al puesto de trabajo considerado como peligroso sea de «carácter exclusivo o preferente y en forma habitual o continuada», otros exigen que al menos media jornada se preste en dicha actividad⁷³ y, finalmente, otros prorratean el complemento a percibir en función del número de horas prestadas realizando la actividad considerada como penosa o peligrosa⁷⁴.

Es igualmente frecuente la referencia a los complementos salariales por trabajo a turnos, días festivos, sábados y domingos. En cuanto a su retribución, para el trabajo a turnos es habitual, entre los convenios, la compensación en forma de prima económica, tal es el caso, por ejemplo, del Convenio colectivo para las industrias siderometalúrgicas de Álava, que reconoce el abono de un incremento del salario base del 4 % por trabajo a turnos⁷⁵. Sin embargo, no ocurre lo mismo con el segundo complemento, respecto del que se viene op-

⁶⁸ A título ejemplificativo destaca el art. 35 del Convenio Colectivo de Trabajo del Campo de Extremadura que reconoce un incremento salarial del 15% para el personal contratado específicamente para efectuar el trabajo nocturno.

⁶⁹ BOE de 28 de octubre de 2022.

⁷⁰ BO de Guipúzcoa, de 12 de mayo de 2022.

⁷¹ MONEREO PÉREZ, José Luis: «La estructura del salario. Comentario al art. 26.3 y disposiciones concordantes del Estatuto de los Trabajadores, modificado por la Ley 11/1994 de 19 de mayo», en VV. AA., BORRAJO DACRUZ, E. (dir.): *La reforma del estatuto de los trabajadores (Ley 11/1994, de 19 de mayo y normas concordantes)*. *El nuevo régimen jurídico del salario*, Editoriales de Derechos Reunidas, Madrid, 1994, p. 113.

⁷² BO de Guipúzcoa, de 30 de diciembre de 2019.

⁷³ Convenio Colectivo para la empresa Megatech Industries Amurrio, S. L. U (BO de Álava, de 1 de enero de 2017).

⁷⁴ Convenio colectivo de la empresa Rodicut Industry S. A. U. (BO de Pontevedra, de 19 de abril de 2018).

⁷⁵ En otros casos, a título ejemplificativo, 20 % en el Convenio Colectivo de sector de carpintería y ebanistería de la provincia Coruña. De igual manera, se concreta el abono de una determinada cantidad económica, que varía de un convenio a otro, estableciéndose en algunos 1,51 € la hora (Convenio Colectivo de la empresa Cervezas Reina 2000, S. A. U.); 4,38 € (VI Convenio Colectivo estatal del ciclo integral del agua), 680 € al mes (Convenio Colectivo del grupo de empresas Redexis Gas-Redexis, SA, Redexis Infraestructuras, S. L., Redexis GLP, SL y Redexis Gas Servicios, S. L.), etc.

tando por su compensación mediante descanso⁷⁶ o pago de una cantidad económica, no existiendo tampoco aquí un criterio homogéneo⁷⁷.

Por otra parte, y dado la especial importancia y protagonismo que tiene el teletrabajo en los últimos años, consecuencia de la pandemia por Covid-19, es usual encontrar en los convenios colectivos, para aquellos trabajadores que desarrollan parte o toda su jornada de trabajo a distancia, un complemento salarial destinado a compensar los gastos que esta forma de prestación de servicios les plantea. Lo anterior en cumplimiento de lo establecido por la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, que impone ciertas «cargas al empresario para la dotación suficiente al trabajador de los medios, equipos y herramientas necesarias para el desarrollo de la actividad, así como su mantenimiento y el abono y compensación de los gastos derivados del teletrabajo».

Al respecto, como así concluye la doctrina⁷⁸, no será frecuente que la negociación colectiva establezca reglas específicas para el desempeño del trabajo a distancia, en sus diferentes modalidades, remitiéndose a lo dispuesto en la normativa de aplicación⁷⁹. Otros convenios, no obstante, entran a regular parte de esos contenidos básicos ya definidos normativamente, como es el carácter voluntario del trabajo a distancia, la obligatoriedad del mutuo acuerdo entre empresa y trabajador, etc. Alguno de estos, por ejemplo, llegan a incorporar alguna cláusula delimitadora en relación al material puesto a disposición del trabajador para el cumplimiento de la prestación. En este sentido, será común encontrar convenios que contienen listados de aquellos medios, equipos y herramientas necesarios, y que tendrán la consideración de mínimas, para el desarrollo de la actividad profesional (ordenador, Tablet, ratón, wifi, etc.)⁸⁰, o de forma más genérica, el reconocimiento al derecho a la dotación por parte de la empresa de los siguientes medios, equipos y herramientas, siempre que sean

⁷⁶ Convenio Colectivo de trabajo de las empresas de transportes mecánicos de viajeros de la provincia de Barcelona (BO de Barcelona, de 24 de mayo de 2022) y Convenio Colectivo de hostelería da Provincia de Lugo (BO de Lugo, de 20 de agosto de 2022).

⁷⁷ Así, algunos convenios fijan, por ejemplo, 18,5 €/día (IV Convenio Colectivo de la empresa Centro Gerontológico de Burgos, S. L., 2020-2023, BO de Bruggos, de 12 de marzo de 2024). Otros, concretan un incremento porcentual del salario, por ejemplo, un 40% (Convenio Colectivo del campo para la provincia de Toledo, BO. de Toledo, de 12 de julio de 2024).

⁷⁸ MONEREO PÉREZ, José Luis, VICENTE PALACIO, Arantzazu, LÓPEZ INSUA, Belén del Mar, PERÁN QUESADA, Salvador, y LÓPEZ VICO, Sheila: «Parte 3. Complementos salariales en función del trabajo realizado y vinculado a los beneficios de la empresa»..., *op. cit.*, p. 154.

⁷⁹ II Convenio Colectivo de Elis Manomatic, S. A. (BO de la Provincia de Pontevedra, de 3 de marzo de 2022).

⁸⁰ Convenio Colectivo de la empresa Agfa Offset BV sucursal en España (BOE de 7 de diciembre de 2022).

necesarios para el desarrollo de la actividad profesional: ordenador y teléfono móvil con línea ⁸¹.

En cuanto al sistema de compensación de ese gasto, se mantiene la tónica de falta de uniformidad, reconociéndose en algunos casos el carácter salarial de dicha compensación ⁸² y, en otros, la condición de extrasalarial ⁸³.

El complemento salarial por disponibilidad, constituye otra modalidad de plus reconocido entre los convenios colectivos, cuya finalidad es compensar el compromiso del trabajador a «ser o estar susceptible de localización, y en su caso, de disponibilidad para las necesidades perentorias de la empresa» ⁸⁴, pues ello no deja de suponer una carga para el trabajador tener que estar constantemente disponible y tener que ajustarse a las posibles exigencias de la empresa. En este punto es importante, como advierte la doctrina, no confundir esta disponibilidad con las guardias o disponibilidad presencial en el centro de trabajo, respeto de lo que existe consenso en que las guardias presenciales sean retribuidas no por un complemento salarial, sino como tiempo efectivo de trabajo ⁸⁵.

Resulta habitual en el plano convencional, igualmente, la introducción de otros pluses de carácter salarial destinados a compensar prestaciones de servicios especialmente particulares, como el complemento salarial por realización de la actividad productiva con pantallas/ordenadores. Un ejemplo de ello se contiene en el Convenio colectivo para el comercio textil de la provincia de Badajoz ⁸⁶, bajo la denominación de «operador de ordenadores» o el Convenio colectivo del sector de establecimientos sanitarios de hospitalización y asistencia privada de Aragón, que prevé el «plus pantalla» para el personal que realice trabajos con pantallas de ordenador o terminales ⁸⁷.

⁸¹ Convenio Colectivo da empresa Hermasa Canning Technology, S. A. (BO de la Provincia de Pontevedra, de 3 de marzo de 2022).

⁸² Como complemento salarial lo reconoce el Convenio colectivo de la empresa BP Oil España, S. A. U. (BOCM, de 28 de mayo de 2022).

⁸³ Como compensación extrasalarial lo reconoce el Convenio colectivo de la empresa DHL Parcel Iberia, S. L. U. (BOCM, de 7 de enero de 2023).

⁸⁴ GARCÍA NINET, José Ignacio: «El salario (art. 26 ET)», en VV. AA., GARCÍA NINET, J. I. (dir.), VICENTE PALACIO, M. A. (coord.): *Salario y tiempo de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores (de 1980 a 2005)*..., op. cit., p. 104.

⁸⁵ MONEREO PÉREZ, José Luis, VICENTE PALACIO, Arantza, LÓPEZ INSUA, Belén del Mar, PERÁN QUESADA, Salvador, y LÓPEZ VICO, Sheila: «Parte 3. Complementos salariales en función del trabajo realizado y vinculado a los beneficios de la empresa», en VV. AA.: *La regulación de las retribuciones en la negociación colectiva*, Observatorio de la negociación colectiva, Cinca, Madrid, 2024, p. 165, recordando a MONEREO PÉREZ, José Luis y MUROS POLO, Alejandro: «De nuevo sobre los criterios del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para calificar las guardias como tiempo de trabajo y su compatibilidad con la doctrina del Comité Europeo de Derechos Sociales de la Carta Social Europea», *La Ley Unión Europea*, núm. 98, 2021.

⁸⁶ DO de Extremadura, de 3 de marzo de 2025.

⁸⁷ BO de Aragón, de 10 de junio de 2025.

Otro supuesto lo constituye el plus de conducción donde, por ejemplo, el Convenio Colectivo del sector Comercio de equipos, recambios, componentes y accesorios del automóvil del Principado de Asturias⁸⁸, lo reconoce a todas aquellas personas trabajadoras que «utilicen vehículos para el reparto de mercancías», teniendo derecho al mismo si se realizan al menos dichos trabajos «diez días en el mes de devengo». Y, de igual modo, el plus por servicios especiales en quirófanos, radioterapia, medicina nuclear, etc., que reconoce, entre otros, el Convenio colectivo de la empresa Beanaca, SA⁸⁹.

Por último, cierran el listado ejemplificativo de complementos salariales vinculados al puesto de trabajo, aquellos pluses que vienen a tomar en consideración la cantidad o calidad en el trabajo, cuyo devengo dependerá del rendimiento adicional que consiga el trabajador. En esta categoría se puede enmarcar el Convenio Colectivo relativo a la empresa Sibelco Minerales S. A.⁹⁰, que reconoce el complemento de «incentivo a la producción» en función de las toneladas pesadas por báscula de expedición⁹¹. Y Otros, que valoran la actividad, presencia y puntualidad, en el objeto de luchar contra el absentismo laboral⁹², pudiéndose citar como ejemplo, el Convenio colectivo de la empresa agricultores de La Vega de Valencia, S. A.⁹³, en el que se fija el complemento por asistencia con periodicidad mensual y en función de la categoría profesional.

En relación al carácter consolidable estos complementos, en la mayor parte de convenios analizados no se rompe la presunción de no consolidación de este tipo de pluses, bien por omitirse toda referencia a esta cuestión o por reiterar su carácter no consolidable.

⁸⁸ BO del Principado de Asturias, de 9 de octubre de 2023.

⁸⁹ BO de Alicante, de 26 de septiembre de 2022.

⁹⁰ BO de Cádiz, de 27 de octubre de 2020.

⁹¹ También se retribuye mediante un «plus de dedicación», la productividad del personal el Convenio colectivo de Seguros Catalana Occidente, Sociedad Anónima Unipersonal de Seguros y Reaseguros; Bilbao Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros, Sociedad Anónima Unipersonal; Grupo Catalana Occidente Tecnología y Servicios, Agrupación de Interés Económico; Plus Ultra Seguros Generales y Vida, Sociedad Anónima Unipersonal de Seguros y Reaseguros, Sociedad Unipersonal; Grupo Catalana Occidente, Sociedad Anónima; Grupo Catalana Occidente Gestión de Activos, Sociedad Anónima Unipersonal SGIIC; Grupo Catalana Occidente Activos Inmobiliarios, Sociedad Limitada; Grupo Catalana Occidente Gestora de Pensiones EGFP, Sociedad Anónima Unipersonal; y Grupo Catalana Occidente Reaseguros, Sociedad Anónima Unipersonal (BOE de 25 de julio de 2022).

⁹² Al respecto véase ALBIOL MONTESINOS, Ignacio: *El salario. Aspectos legales y jurisprudenciales*, op.cit., p. 103. Del mismo modo, puede consultarse el Convenio colectivo para la empresa Mercedes Benz España, SAU (BO de Madrid, de 17 de agosto de 2024), en el cual, la obtención de la denominada «paga de resultados» se condiciona al cumplimiento de los objetivos establecidos por la empresa en materia de absentismo, calidad y cumplimiento del programa establecido por la empresa.

⁹³ BO de Valencia, de 28 de diciembre de 2020.

4.2.3 COMPLEMENTOS SALARIALES VINCULADOS A LOS RESULTADOS DE LA EMPRESA

El tercer, y último, bloque de complementos salariales reconocidos en el ET se vincula a la situación y particulares resultados de la empresa. Se considera este grupo el más innovador en la experiencia empresarial, ya que viene a suponer una vinculación del salario con la marcha de la empresa, fomentando así la implicación o compromiso de la persona trabajadora con el crecimiento de ésta.

De los convenios examinados, es la categoría que menor reconocimiento tiene en la negociación colectiva⁹⁴ y prácticamente todos los convenios recurren, en esta modalidad, a fijar pagas extraordinarias adicionales a las dos extraordinarias legales. Estas pagas, en muchos casos, mantendrán la denominación de paga adicional de «beneficios», pero su cuantía será idéntica al resto de pagas extraordinarias⁹⁵.

Por citar algunas de estas regulaciones, el Convenio colectivo de la empresa Beanaca, SA.⁹⁶, reconoce una «participación en los beneficios» pero, expresamente, su art. 28 lo desvincula de los resultados económicos de la empresa. En otros convenios, sólo se reconoce para determinadas categoría de trabajadores, este es el caso del Convenio colectivo de ámbito provincial para las industrias expendedoras y de fabricación de pan y sus trabajadores de Cuenca⁹⁷.

Otra denominación empleada es la de «pagas estatutarias» que se concreta, por ejemplo, en el Convenio colectivo de la empresa Cajasur Banco, SAU⁹⁸ y que comprende dos conceptos: primero, de estímulo a la producción que se «percibirá dos mensualidades, que se harán efectivas, como máximo, dentro del cuarto trimestre de cada año» y, segundo, de participación en los beneficios de los resultados administrativos que tomará «como base la mitad de la suma de los saldos de imponentes y reservas de los balances al 31 de diciembre del ejercicio anterior y del últimamente finalizado, Cajasur Banco concederá a su

⁹⁴ Al respecto ya se establecía desde el III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (2015-2017) la recomendación a la negociación colectiva de renovar los conceptos retributivos dando entrada a otros vinculados a la productividad y resultados de la empresa, más adecuados a la nueva realidad empresarial.

⁹⁵ MONEREO PÉREZ, José Luis, VICENTE PALACIO, Arantzazu, LÓPEZ INSUA, Belén del Mar, PERÁN QUESADA, Salvador, y LÓPEZ VICO, Sheila: «Parte 3. Complementos salariales en función del trabajo realizado y vinculado a los beneficios de la empresa», ... *op. cit.*, p. 177.

⁹⁶ BO de Alicante, de 26 de septiembre de 2022.

⁹⁷ BO de Cuenca, de 23 de septiembre de 2022.

⁹⁸ BO de la Junta de Andalucía, de 15 de diciembre de 2022.

personal una participación cuantificada según la escala siguiente: Una mensualidad si los resultados representan desde 0,50% al 2% de dicha base. Una mensualidad y media, si fueran iguales o superiores al 2%».

El Convenio colectivo Convenio colectivo para los establecimientos financieros de crédito⁹⁹, la denomina «paga de productividad» y se atribuye tomando en consideración el resultado final contable después de impuestos de la empresa. Abonándose, en su caso, una paga en el primer semestre de 2024, una vez verificado dicho resultado en el ejercicio fiscal de 2023 y atendiendo a % que varía en función de esos resultados.

Complemento salarial mensual de «beneficios», en cambio, es la denominación que emplea el Convenio colectivo de la empresa Sociedad General de Aguas de Barcelona, SAU¹⁰⁰, o participación de los/las trabajadores/as en los incrementos de facturación y beneficios¹⁰¹.

Salvo estos últimos ejemplos, que de manera precisa recogen retribuciones vinculadas a los resultados o beneficios de la empresa, las anteriores pagas adicionales no se determinan en función de ese aspecto, sino que habitualmente se utiliza el mismo sistema que para la determinación de la cuantía de las pagas extraordinarias obligatorias. Siendo la casuística muy variada, a título ilustrativo: una mensualidad¹⁰², 30 días¹⁰³, 15 días de salario base y antigüedad incrementadas con una bolsa en la cantidad correspondiente prevista en las tablas salariales¹⁰⁴, etc. Lo mismo puede afirmarse del devengo, siendo el criterio más utilizado la referencia al año anterior a su abono¹⁰⁵, aunque también se utiliza el trimestral¹⁰⁶ o mensual¹⁰⁷.

Por último, en cuanto al abono tampoco aquí existe homogeneidad en las regulaciones, estableciéndose una fecha concreta (por ejemplo, entre el 1 y 15

⁹⁹ BOE, de 13 de julio de 2023.

¹⁰⁰ DO de Cataluña, de 17 de noviembre de 2009.

¹⁰¹ Convenio colectivo de Finanzauto, S. A. (BOE, de 22 de abril de 2022).

¹⁰² Convenio Colectivo de Trabajo del Sector Comercio Textil (Mayor y Menor) de la provincia de Badajoz (DO de Extremadura, de 3 de marzo de 2025).

¹⁰³ Convenio colectivo de FCC Medio Ambiente, SAU (BOP de Zaragoza, 25 de marzo de 2023).

¹⁰⁴ Convenio colectivo de la empresa Servicios Municipales de Neteja de Girona, SA (BO de Girona, 6 de marzo de 2020); Convenio colectivo de Galicia Editorial SL (BO de A Coruña, de 17 de diciembre de 2019); Convenio Colectivo de la Empresa Marbella Club Hotel, SA (BOP de Málaga, de 7 de noviembre de 2022).

¹⁰⁵ Convenio Colectivo del personal de la empresa OHL Servicios Ingesan de Andalucía (BO. de la Junta de Andalucía, de 20 de diciembre de 2022).

¹⁰⁶ Convenio colectivo del Grupo Marítima Dávila (BOE, de 6 de mayo de 2022).

¹⁰⁷ Convenio colectivo de trabajo de la empresa Metalcolor, SA, de la Rioja (BO de La Rioja, de 22 de abril de 2022).

de marzo)¹⁰⁸, carácter mensual¹⁰⁹, anual¹¹⁰, etc., y en relación al carácter consolidable estos complementos, en la mayor parte de convenios analizados no se rompe la presunción de no consolidación de este tipo de pluses, bien por omitirse toda referencia a esta cuestión o por reiterar su carácter no consolidable.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ALMENDROS GONZÁLEZ, Miguel Ángel: «Estructura salarial y clasificación profesional», en ESCUDERO RODRÍGUEZ R. (coord.), *Observatorio de la negociación colectiva. La negociación colectiva en España: una mirada crítica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- ALMENDROS GONZÁLEZ, Miguel Ángel, ÁLVAREZ CORTES, Juan Carlos, FERNÁNDEZ LÓPEZ, Yolanda, GARCÍA TRIGUEROS, Isabel, LOZANO LARES, Francisco, ORDÓÑEZ CASADO, Iluminada, RUEDA MONROY, Juan Antonio y VALLECILLO GÁMEZ, Rosa María: «Parte 4. Complementos salariales en función de circunstancias personales del trabajador», en VV. AA.: *La regulación de las retribuciones en la negociación colectiva, Observatorio de la negociación colectiva*, Cinca, Madrid, 2024.
- ALONSO OLEA, Manuel.: *Las fuentes del Derecho. En especial del derecho del trabajo según la constitución*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1981.
- ÁLVAREZ CUESTA, Henar, LANTARÓN BARQUÍN, David, MAGINO FERNÁNDEZ, Diego, MORATO GARCÍA, Rosa María, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana: «Parte 2. La determinación del salario y la estructura salarial», en VV.AA.: *La regulación de las retribuciones en la negociación colectiva, Observatorio de la negociación colectiva*, Cinca, Madrid, 2024.
- CASTRO CONDE, Macarena: «Convenio colectivo» en *El sistema normativo del salario: ley, convenio colectivo, contrato de trabajo y poder del empresario*, Dykinson, Madrid, 2007.
- CORREA CARRASCO, Manuel: *La negociación colectiva como fuente del Derecho del Trabajo*, BOE, Madrid, 1997.
- FINA SANGLAS, Luis, GONZÁLEZ DE LENA, Francisco, PÉREZ INFANTE, José Ignacio: *Negociación colectiva y salarios en España*, CES, Madrid, 2001.

¹⁰⁸ Convenio Colectivo del Sector del Transporte de Mercancías por Carretera, Agencias de Transportes, Despachos Centrales y Auxiliares, Almacenistas, Distribuidores y Operadores Logísticos de la provincia de Málaga (BOP Málaga, de 27 de agosto de 2024).

¹⁰⁹ Convenio colectivo de trabajo de la empresa Metalcolor, SA, de la Rioja (BO de la Rioja, de 22 de abril de 2022).

¹¹⁰ Convenio colectivo de la empresa Edscha Burgos, S. A. (BOP de Burgos, de 24 de mayo de 2022).

- GARCÍA NINET, José Ignacio: «El salario (art. 26 ET)», GARCÍA NINET, J. I. (dir.), VICENTE PALACIO, M. A. (coord.): *Salario y tiempo de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores (de 1980 a 2005) (Homenaje al profesor doctor Luis Enrique de la Villa Gil)*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2005.
- GIL PLANA, Juan: «Autonomía colectiva y compensación salarial», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 213, 2018, p. 2.
- GOERLICH PESET, Jose Maria: «Concepto y eficacia del convenio colectivo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100, tomo II, 2000.
- GÓMEZ RUFÍAN, Luis: «La situación del sistema de negociación colectiva en España a tenor de los datos definitivos de 2017 y provisionales de 2018», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9, 2019.
- LÓPEZ ANIORTE, M. Carmen: *El papel de la negociación colectiva en la reforma laboral*, Briefs AEDTSS, 28 de febrero de 2023.
- MARTIN VALVERDE, Antonio y GARCÍA MURCIA, Joaquín: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2017.
- MARTÍN VALVERDE, Antonio, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Carlos Miguel: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, 12.^a ed., Madrid, 2003.
- MERINO SEGOVIA, Amparo: «Puntos críticos de la ordenación salarial en la negociación colectiva. Propuestas de mejora», *Revista de Derecho Social*, núm. 43, 2008.
- MERINO SEGOVIA, Amparo, BOGONU Milena, CASTELLI Nuncia, CONTRERAS HERNÁNDEZ, Óscar, GIL PÉREZ, María Encarnación, MORARU Gratiela, RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Emma, ROMERO RODENAS, María José, SMINTINICA, Catalina: «Parte 1. La estructura de la negociación colectiva y la inaplicación del convenio colectivo en materia salarial», en VV.AA.: *La regulación de las retribuciones en la negociación colectiva*, Observatorio de la negociación colectiva, Cinca, Madrid, 2024.
- MERCADER UGUINA, Jesús Ramón: «Salario y negociación colectiva. Premisas de la investigación», en (coord. ESCUDERO, RODRÍGUEZ, R.), *Observatorio de la negociación colectiva. La negociación colectiva en España: una mirada crítica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- MONEREO PÉREZ, José Luis: «La estructura del salario. Comentario al art. 26.3 y disposiciones concordantes del Estatuto de los Trabajadores, modificado por la Ley 11/1994 de 19 de mayo», en BORRAJO DACRUZ, E. (dir.): *La reforma del estatuto de los trabajadores (Ley 11/1994, de 19 de mayo y normas concordantes). El nuevo régimen jurídico del salario*, Editoriales de Derechos Reunidas, Madrid, 1994.
- MONEREO PÉREZ, José Luis y MUROS POLO, Alejandro: «De nuevo sobre los criterios del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para calificar las guardias como tiempo de trabajo y su compatibilidad con la doctrina del Comité Europeo de Derechos Sociales de la Carta Social Europea», *La Ley Unión Europea*, núm. 98, 2021.

- MONEREO PÉREZ, José Luis, VICENTE PALACIO, Arantzazu, LÓPEZ INSUA, Belén del Mar, PERÁN QUESADA, Salvador, y LÓPEZ VICO, Sheila: «Parte 3. Complementos salariales en función del trabajo realizado y vinculado a los beneficios de la empresa», en VV. AA.: *La regulación de las retribuciones en la negociación colectiva, Observatorio de la negociación colectiva*, Cinca, Madrid, 2024.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2017.
- PÉREZ INFANTE, JOSÉ IGNACIO: «La negociación colectiva y los salarios en España», *Cuadernos de Relaciones Laborales*, núm. 2, 2011.
- SALA FRANCO, Tomás en VV.AA.: *Los límites legales al contenido de la Negociación Colectiva. El alcance imperativo o dispositivo de las normas del Estatuto de los Trabajadores el precepto legal*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Subdirección General de Publicaciones, Madrid, 2001.
- SANGUINETTI RAYMOND, Wilfredo: «Salarios y negociación colectiva en España: Un panorama lleno de interrogantes», *Temas Laborales*, núm. 98, 2009.
- SERRANO OLIVARES, Raquel: «El papel de la regulación convencional en la caracterización sectorialmente específica de la brecha salarial de género», *Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales*, vol. 6, 2019.

CAPÍTULO IX

RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS GRATIFICACIONES EXTRAORDINARIAS

MARÍA ARETA MARTÍNEZ

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Rey Juan Carlos

1. INTRODUCCIÓN

La regulación de las gratificaciones extraordinarias parte de lo dispuesto en el art. 31 del ET, cuyo tenor literal es el siguiente:

El trabajador tiene derecho a dos gratificaciones extraordinarias al año, una de ellas con ocasión de las fiestas de Navidad y la otra en el mes que se fije por convenio colectivo o por acuerdo entre el empresario y los representantes legales de los trabajadores. Igualmente se fijará por convenio colectivo la cuantía de tales gratificaciones.

No obstante, podrá acordarse en convenio colectivo que las gratificaciones extraordinarias se prorrateen en las doce mensualidades.

La regulación estatutaria de las gratificaciones extraordinarias ha permanecido invariable a lo largo del tiempo. La redacción del art. 31 del ET de 1980 pasó sin cambios al art. 31 del ET de 1995 y al vigente art. 31 del ET de 2015. Por tanto, el texto actual es el original, se ha mantenido intacto durante 45 años. Este aspecto es destacable, máxime si se tiene en cuenta el

enorme dinamismo del Derecho del Trabajo y las múltiples reformas laborales que han traído consigo numerosas modificaciones de los sucesivos ET (1980, 1995, 2015).

El art. 31 del ET ordena las gratificaciones extraordinarias en torno a cuatro ideas; a saber:

Primera idea: las gratificaciones extraordinarias como derecho de la persona trabajadora. El art. 31, párrafo 1.º del ET reconoce al trabajador el derecho a percibir gratificaciones extraordinarias. Se trata de un derecho irrenunciable.

Segunda idea: número mínimo de gratificaciones extraordinarias. El art. 31, párrafo 1.º del ET reconoce al trabajador el derecho a dos gratificaciones extraordinarias como mínimo. Nada obsta que el convenio colectivo se configure como norma más favorable y reconozca un número superior al mínimo estatutario, que también puede incrementarse vía pacto colectivo, acuerdo de empresa o decisión unilateral del empresario.

Tercera idea: cuantía de las gratificaciones extraordinarias. El art. 31, párrafo 1.º del ET no fija la cuantía de las gratificaciones extraordinarias, remitiendo expresamente en este punto al convenio colectivo.

Cuarta idea: modo y momento de abono de las gratificaciones extraordinarias. El art. 31, párrafos 1.º y 2.º del ET contempla dos modos de abonar las gratificaciones extraordinarias: 1) el pago se realizará en el mes de devengo, siendo una en diciembre y la otra en el mes acordado en convenio colectivo o acuerdo de empresa; o 2) el pago se realizará mediante prorrateo mensual cuando así lo disponga el convenio colectivo.

El art. 31 del ET otorga al convenio colectivo una amplia facultad regulatoria. Por tanto, más allá de lo dispuesto en el art. 31 del ET, el régimen jurídico de las gratificaciones extraordinarias se completa con lo previsto en los convenios colectivos. La regulación convencional se centra principalmente en los siguientes aspectos: 1) el número, 2) la cuantía, 3) el devengo y 4) el pago. En ocasiones, la regulación convencional es inexistente¹ o muy reducida², limitándose a señalar, por ejemplo, que los trabajadores

¹ *Vid.*, IV Convenio Colectivo estatal de la industria, las nuevas tecnologías y los servicios del sector del metal (Código convenio núm. 99003435011900. BOE núm. 10, de 12 enero 2022).

² El art. 30, párrafo 3.º XXI Convenio Colectivo general estatal de la industria química (Código convenio núm. 99004235011981. BOE núm. 41, de 17 febrero 2025) se limita a señalar la fecha límite para el abono de las pagas extraordinarias.

percibirán su salario en catorce mensualidades o en doce si así lo acuerdan con la empresa³.

El convenio colectivo interviene en la regulación de las gratificaciones extraordinarias en un triple sentido; a saber:

– El convenio colectivo regula algunos aspectos de las gratificaciones extraordinarias en virtud de la facultad que le confiere el art. 31 del ET. El art. 31 del ET se configura como norma jurídica de remisión porque realiza una «llamada» o «invitación» al convenio colectivo para regular algunos aspectos de las gratificaciones extraordinarias. El ET remite al convenio colectivo, bien para ordenar íntegramente un aspecto de las gratificaciones extraordinarias, como es la cuantía, bien para concretar lo dispuesto en la norma estatutaria, como es su forma de pago. Conviene llamar la atención sobre dos puntos: 1) la técnica de remisión al convenio colectivo no es exclusiva del art. 31 del ET, y también se emplea en otros preceptos estatutarios como, por ejemplo, el art. 14 del ET en materia de duración del periodo de prueba; y 2) el art. 31 del ET remite al convenio colectivo sin más concreción, de modo que la facultad regulatoria alcanza a todo tipo de convenios colectivos (franja, empresa, grupo de empresa, sectorial)⁴.

– El convenio colectivo regula *ex novo* algunos aspectos de las gratificaciones extraordinarias no previstos en el art. 31 del ET. Algunos convenios colectivos toman las gratificaciones extraordinarias para fijar la cuantía de otros conceptos como, por ejemplo, los anticipos a cuenta, la mejora voluntaria de las prestaciones o la paga de beneficios.

– El convenio colectivo regula algunos aspectos de las gratificaciones extraordinarias como norma más favorable, ex art. 3.5 del ET. El convenio colectivo puede mejorar lo dispuesto por el art. 31 del ET; por ejemplo, incrementando el número mínimo legal de gratificaciones extraordinarias.

Los cinco Acuerdos para el Empleo y la Negociación Colectiva (AENC) adoptados hasta la fecha han incluido previsiones en materia retributiva, aun-

³ Vid., art. 28 IX Convenio Colectivo estatal de enseñanza y formación no reglada (Código convenio núm. 99008825011994. BOE núm. 258, de 28 octubre 2021).

⁴ El art. 31 del ET difiere de otros preceptos estatutarios que limitan la facultad normativa al convenio colectivo sectorial. Tal es el caso, por ejemplo, del art. 11.3.c) del ET que, en materia de contrato de trabajo formativo para la obtención de la práctica profesional, faculta exclusivamente al convenio colectivo sectorial, no así a otro tipo de convenios colectivos, para determinar su duración entre un mínimo de 6 meses y un máximo de 1 año; o el art. 15.2, párrafo 3.º del ET, que faculta al convenio colectivo sectorial para ampliar de 6 meses a 1 año la duración del contrato de trabajo por circunstancias de la producción.

que ninguna de ellas referida a las gratificaciones extraordinarias. Los AENC se han centrado principalmente en la estructura salarial y los criterios para determinar los incrementos salariales.

2. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS PAGAS EXTRAORDINARIAS

Las gratificaciones extraordinarias, también denominadas pagas extraordinarias, son un complemento salarial fijo de vencimiento periódico superior *al mes*, que forma parte de la estructura salarial. Algunos convenios colectivos así lo hacen constar expresamente ⁵.

⁵ Entre los convenios colectivos sectoriales de ámbito estatal que configuran las gratificaciones extraordinarias como un complemento salarial fijo de vencimiento periódico superior al mes, *vid.*, por todos:

Art. 50 Convenio Colectivo estatal para las cajas y entidades financieras de ahorro para el periodo 2024-2026 (Código convenio núm. 99000785011981. BOE núm. 137, de 6 junio 2024).

Art. 53 IX Convenio Colectivo nacional de colegios mayores universitarios (Código convenio núm. 99009355011995. BOE núm. 267, de 8 noviembre 2023).

Art. 25. II.d) Convenio Colectivo estatal del sector de empresas organizadoras del juego del bingo (Código convenio núm. 99001905011983. BOE núm. 243, de 10 octubre 2022).

Art. 39 Convenio Colectivo estatal de estaciones de servicio (Código convenio núm. 99001995011981. BOE núm. 59, de 10 marzo 2023).

Arts. 17 y 24 Convenio Colectivo nacional de la industria de fabricación de alimentos compuestos para animales 2019-2025 (Código convenio núm. 99000275011981. BOE núm. 280, de 23 noviembre 2021).

Art. 53 IX Convenio Colectivo estatal del corcho (Código convenio núm. 99010185011996. BOE núm. 214, de 7 septiembre 2023).

Art. 51 VIII Convenio Colectivo general del sector de derivados del cemento (Código convenio núm. 99010355011996. BOE núm. 167, de 14 julio 2023).

Arts. 19 y 23 Convenio Colectivo para las granjas avícolas y otros animales (Código convenio núm. 99002415011982. BOE núm. 43, de 19 febrero 2021).

Art. 36.1 XXV Convenio Colectivo estatal para oficinas de farmacia (Código convenio núm. 99003895011981. BOE núm. 311, de 28 diciembre 2022).

Art. 47 III Convenio Colectivo marco estatal del sector ocio educativo y animación sociocultural (Código convenio núm. 99100055012011. BOE núm. 69, de 22 marzo 2021).

Arts. 17. II.e) y 28 V Convenio Colectivo sectorial estatal de servicios externos auxiliares y atención al cliente en empresas de servicios ferroviarios (Código convenio núm. 99015485012007. BOE núm. 58, de 9 marzo 2022).

Art. 46 VIII Convenio Colectivo estatal para los centros de enseñanzas de peluquería y estética, de enseñanzas musicales y de artes aplicadas y oficios artísticos (Código convenio núm. 99009675011995. BOE núm. 95, de 18 abril 2024).

Art. 45.2 Convenio Colectivo estatal de las empresas de seguridad (Código convenio núm. 99004615011982. BOE núm. 299, de 14 diciembre 2022).

A diferencia de otros complementos salariales como, por ejemplo, el personal de antigüedad, las gratificaciones extraordinarias tienen origen legal y no convencional. La titularidad del derecho a las pagas extraordinarias corresponde a toda persona trabajadora. El término «gratificación» no ha de llevar al equívoco de pensar que se trata de una recompensa económica que el empresario reconoce al trabajador. El art. 31 del ET configura las gratificaciones extraordinarias como parte obligada de la estructura salarial, de modo que su reconocimiento procede en todo caso y no queda supeditado a lo dispuesto en convenio colectivo, pacto colectivo, acuerdo de empresa o decisión unilateral del empresario.

Algunos convenios colectivos recuerdan que la remuneración de los trabajadores contratados por una ETT para ser puestos a disposición de empresas usuarias comprenderá todas las retribuciones económicas, fijas o variables, establecidas para el puesto de trabajo a desarrollar en el indicado convenio colectivo sectorial aplicable a la empresa usuaria que estén vinculadas a dicho puesto de trabajo, incluyendo, en todo caso, la parte proporcional de las pagas extraordinarias⁶.

La naturaleza salarial de las gratificaciones extraordinarias determina que deban tomarse para calcular, por ejemplo: 1) la indemnización por extinción del contrato de trabajo, 2) las bases de cotización y 3) la responsabilidad del FOGASA en el abono de los salarios pendientes de pago a causa de insolvencia o concurso del empresario.

3. NÚMERO DE PAGAS EXTRAORDINARIAS

El trabajador tiene derecho a un mínimo de dos gratificaciones extraordinarias al año (art. 31, párrafo 1.º ET). Algunos convenios colectivos se configuran

Art. 41 VIII Convenio Colectivo estatal del sector de fabricantes de yesos, escayolas, cales y sus prefabricados (Código convenio núm. 99011915011998. BOE núm. 52, de 28 febrero 2024).

Vid., art. 64 Convenio Colectivo de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos (Código convenio núm. 99008725011994. BOE núm. 231, de 27 septiembre 2021).

Entre los convenios colectivos de empresa de ámbito estatal, *vid.*, por todos:

Art. 43.D).3 Convenio Colectivo de Prosegur Soluciones, SA (Código convenio núm. 90101052012012. BOE núm. 100, de 25 abril 2025).

⁶ *Vid.*, art. 10.f).1.c) VII Convenio Colectivo de industrias de ferralla (Código convenio núm. 99012395011999. BOE núm. 41, de 16 febrero 2024); y art. 24.2.c) VII Convenio Colectivo general estatal del sector de la construcción (Código convenio núm. 99005585011900. BOE núm. 228, de 23 septiembre 2023).

como norma más favorable, *ex art.* 3.5 del ET, al reconocer tres gratificaciones-extraordinarias al año⁷, incluso cuatro⁸. Excepcionalmente, algún convenio co-

7 Entre los convenios colectivos sectoriales de ámbito estatal que establecen tres gratificaciones extraordinarias, *vid.*, por todos:

Art. 52 VII Convenio Colectivo general de ámbito nacional para el sector de aparcamientos y garajes (Código convenio núm. 99011445011900. BOE núm. 120, de 17 mayo 2024).

Arts. 7.3.3 y 7.3.4 Convenio Colectivo estatal de artes gráficas, manipulados de papel, manipulados de cartón, editoriales e industrias auxiliares (Código convenio núm. 99000355011982. BOE núm. 245, de 13 octubre 2023).

Arts. 25. II.d) y 58 Convenio Colectivo estatal del sector de empresas organizadoras del juego del bingo (Código convenio núm. 99001905011983. BOE núm. 243, de 10 octubre 2022).

Art. 37.1 Convenio Colectivo general de ámbito estatal para el sector de entidades de seguros, reaseguros y mutuas colaboradoras con la Seguridad Social (Código convenio núm. 99004625011981. BOE núm. 310, de 27 diciembre 2021).

Art. 39 Convenio Colectivo estatal de estaciones de servicio (Código convenio núm. 99001995011981. BOE núm. 59, de 10 marzo 2023).

Art. 60 Convenio Colectivo estatal para el sector de comercio al por mayor e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos (Código convenio núm. 99001095011981. BOE núm. 60, de 11 marzo 2025).

Art. 45.2 Convenio Colectivo estatal de las empresas de seguridad (Código convenio núm. 99004615011982. BOE núm. 299, de 14 diciembre 2022).

Art. 35 Convenio Colectivo estatal para las industrias de elaboración del arroz (Código convenio núm. 99000335011981. BOE núm. 13, de 15 enero 2022).

Art. 23 XI Convenio Colectivo nacional para las industrias de pastas alimenticias (Código convenio núm. 99003945011981. BOE núm. 68, de 21 marzo 2023).

Arts. 17. II.e) y 28 V Convenio Colectivo sectorial estatal de servicios externos auxiliares y atención al cliente en empresas de servicios ferroviarios (Código convenio núm. 99015485012007. BOE núm. 58, de 9 marzo 2022).

Art. 28 XIV Convenio Colectivo de ámbito estatal para los centros de educación universitaria e investigación (Código convenio núm. 99000995011982. BOE núm. 128, de 27 mayo 2024).

Art. 23 Convenio Colectivo para las granjas avícolas y otros animales (Código convenio núm. 99002415011982. BOE núm. 43, de 19 febrero 2021).

Art. 15.1 XXII Convenio Colectivo de ámbito estatal para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales (Código convenio núm. 99002045011981. BOE núm. 150, de 24 junio 2022).

Art. 21 III Convenio Colectivo estatal de notarios y personal empleado (Código convenio núm. 99018195012010. BOE núm. 160, de 3 julio 2024).

Algún convenio colectivo se refiere a la paga extraordinaria adicional como «paga de beneficios». En este sentido, *vid.*, entre otros, los siguientes convenios colectivos sectoriales de ámbito estatal:

Art. 29 Convenio Colectivo estatal del ciclo del comercio del papel y artes gráficas (Código convenio núm. 99001105011981. BOE núm. 219, de 14 agosto 2020).

Art. 19 Convenio Colectivo estatal para las empresas del comercio de flores y plantas (Código convenio núm. 99001125011982. BOE núm. 211, de 3 septiembre 2021).

Art. 50, párrafo 1.º IV Convenio Colectivo estatal del comercio minorista de droguerías, herboristerías y perfumerías (Código convenio núm. 99100145012014. BOE núm. 306, de 20 diciembre 2024).

Art. 26 Convenio Colectivo estatal para las industrias lácteas y sus derivados (Código convenio núm. 99003175011981. BOE núm. 144, de 17 junio 2022).

Art. 30, párrafo 1.º Convenio Colectivo de la industria azucarera (Código convenio núm. 99000555011981. BOE núm. 53, de 3 marzo 2025).

Conviene aclarar que la paga de beneficios no se configura *stricto sensu* como una paga extraordinaria adicional.

⁸ Entre los convenios colectivos sectoriales de ámbito estatal, *vid.*, por todos:

Art. 23 Convenio Colectivo del sector de grandes almacenes (Código convenio núm. 99002405011982. BOE núm. 137, de 9 junio 2023).

Art. 24 Convenio Colectivo nacional de la industria de fabricación de alimentos compuestos para animales 2019-2025 (Código convenio núm. 99000275011981. BOE núm. 280, de 23 noviembre 2021).

lectivo sectorial estatal fija en dos el número de pagas extraordinarias, añadiendo que los Convenios colectivos de ámbito funcional y/o territorial inferior podrán aumentar el número de gratificaciones extraordinarias, no afectando el presente convenio estatal a los que ya los hubieren establecido⁹.

El principio de igualdad de trato y no discriminación por razón de la duración del contrato de trabajo (art. 15.6 ET) y de la duración de la jornada laboral [art. 12.4.d) ET] debe garantizarse al fijar el número de pagas extraordinarias. El derecho a dos pagas extraordinarias se reconoce por igual a todas las personas trabajadoras, con independencia de la duración del contrato de trabajo (temporal, indefinida) y de la jornada laboral (tiempo completo, tiempo parcial). Algún convenio colectivo incorpora expresamente dicho principio¹⁰. La duración del contrato y de la jornada pueden condicionar la cuantía de las pagas extraordinarias en proporción al tiempo de trabajo, pero no su número. En este sentido, las personas trabajadoras con contrato fijo discontinuo y quienes tienen jornada a tiempo parcial percibirán las pagas extraordinarias a prorrata de las horas realmente trabajadas¹¹.

Algún convenio colectivo excepciona de las pagas extraordinarias al personal comercial cuya retribución está constituida exclusivamente por comisiones sobre las operaciones en las que hubiera intervenido con un salario mínimo garantizado, y se añade que el personal comercial tendrá garantizado el percibo del

Art. 40 Convenio Colectivo estatal para el sector de harinas panificables y sémolas para los años 2023, 2024 y 2025 (Código convenio núm. 99002455011981. BOE núm. 108, de 3 mayo 2024).

Art. 40 Convenio Colectivo laboral de ámbito estatal para el sector de agencias de viajes (Código convenio núm. 99000155011981. BOE núm. 210, de 2 septiembre 2023).

Art. 34 XXIII Convenio Colectivo para las sociedades cooperativas de crédito (Código convenio núm. 99004835011981. BOE núm. 180, de 26 julio 2024).

Entre los convenios colectivos de empresa de ámbito estatal, *vid.*, por todos:

Art. 19 Convenio Colectivo de la empresa Family Cash, SL (Código convenio núm. 90103992012021. BOE núm. 45, de 21 febrero 2025).

Art. 21 Convenio Colectivo de la empresa Financiera El Corte Inglés, EFC, SA (Código convenio núm. 90103922012021. BOE núm. 100, de 25 abril 2025).

⁹ *Vid.*, art. 54 Convenio Colectivo para las empresas y las personas trabajadoras de transporte sanitario de enfermos/as y accidentados/as (Código convenio núm. 99000305011990. BOE núm. 255, de 25 septiembre 2020).

¹⁰ En este sentido, el art. 21.3 Convenio Colectivo estatal del ciclo del comercio del papel y artes gráficas (Código convenio núm. 99001105011981. BOE núm. 219, de 14 agosto 2020) señala que Entre las personas trabajadoras con contrato de trabajo a tiempo parcial y los que tengan contratos de trabajo a tiempo completo, sea la duración de los mismos determinada o indefinida, no existirán discriminaciones proporcionalmente a su jornada de trabajo, en lo referente a: número de pagas extraordinarias al año.

¹¹ El art. 18. B.2.m) Convenio Colectivo estatal para la fabricación de conservas vegetales (Código convenio núm. 99001305011981. BOE núm. 261, de 1 noviembre 2023) señala que El personal con contrato fijo discontinuo percibirá las pagas extraordinarias y lo correspondiente a las vacaciones en proporción al tiempo efectivamente trabajado, salvo que la retribución sea bajo la modalidad de salario hora global en cuyo caso esta incorporará la totalidad de conceptos retributivos en la proporción adecuada. En sentido similar, *vid.*, art. 58 Convenio Colectivo estatal del sector de empresas organizadoras del juego del bingo (Código convenio núm. 99001905011983. BOE núm. 243, de 10 octubre 2022).

salario mensual que consta en las tablas salariales, que tendrá la consideración de mínimo, o en su caso, en el contrato de trabajo, incluido el prorrateo de pagas extraordinarias, cuando las comisiones no alcancen dicho importe ¹².

4. CUANTÍA DE LAS PAGAS EXTRAORDINARIAS

La cuantía de las gratificaciones extraordinarias se fijará por convenio colectivo (art. 31, párrafo 1.º ET). Por tanto, el ET no se configura como Derecho de mínimos en este punto.

Normalmente, las dos gratificaciones extraordinarias tienen igual cuantía, y esta suele ser inferior a la retribución mensual que habitualmente percibe el trabajador. Ello es así por la exclusión de algunos complementos salariales y de la mayoría (por no decir todos) de los conceptos extrasalariales. La cuantía de cada gratificación extraordinaria suele limitarse al salario base mensual o salario convenio ¹³, y en ocasiones se incrementa con algún complemento salarial:

- Salario base y complemento de permanencia ¹⁴.
- Salario base de grupo, salario base de nivel, complemento personal no absorbible y, en su caso, complemento de dedicación ¹⁵.

¹² Vid., arts. 19 y 20 VIII Convenio Colectivo estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria (Código convenio núm. 99014585012004. BOE núm. 233, de 26 septiembre 2024).

¹³ Entre los convenios colectivos sectoriales de ámbito estatal que limitan la cuantía de cada paga extraordinaria al salario base o salario convenio, *vid.*, por todos:

Art. 19 Convenio Colectivo estatal para las empresas del comercio de flores y plantas (Código convenio núm. 99001125011982. BOE núm. 211, de 3 septiembre 2021).

Art. 11.5 Convenio Colectivo estatal de pastas, papel y cartón para el periodo 2023-2025 (Código convenio núm. 99003955011981. BOE núm. 243, de 11 octubre 2023).

Art. 28 Convenio Colectivo estatal de peluquerías, institutos de belleza y gimnasios (Código convenio núm. 99010955011997. BOE núm. 255, de 22 octubre 2024).

Art. 31 Convenio Colectivo estatal de mantenimiento y conservación de instalaciones acuáticas (Código convenio núm. 99011925012000. BOE núm. 195, de 17 julio 2020).

Art. 49 III Convenio Colectivo laboral para el sector del transporte y trabajos aéreos con helicópteros, su mantenimiento y reparación (Código convenio núm. 99015875012006. BOE núm. 189, de 10 julio 2020).

Art. 16 Convenio colectivo estatal del personal de salas de fiesta, baile, discotecas, locales de ocio y espectáculos de España (Código convenio núm. 99100115012012. BOE núm. 81, de 5 abril 2023).

También, *vid.*, art. 24 Convenio Colectivo nacional para las empresas dedicadas a los servicios de campo, para actividades de reposición y servicios de marketing operacional (Código convenio núm. 99016925012009. BOE núm. 139, de 11 junio 2021). No obstante, la disposición transitoria única de este Convenio Colectivo añade que El personal que, a la fecha de entrada en vigor del presente convenio colectivo, viniera devengando las pagas extraordinarias tanto sobre el salario base, como sobre algún complemento de antigüedad, que le hubiera sido respetado a título individual, continuará haciéndolo en las mismas condiciones.

El art. 30.1 III Convenio Colectivo de la industria de la producción audiovisual (Técnicos) (Código convenio núm. 99012985012002. BOE núm. 85, de 6 abril 2024) fija la cuantía mínima de cada paga extraordinaria en 30 días de salario base.

¹⁴ Vid., art. 26, párrafo 1.º VII Convenio Colectivo estatal para la acuicultura (Código convenio núm. 99016365012007. BOE núm. 108, de 3 mayo 2024).

¹⁵ Vid., art. 21, párrafo 1.º VIII Convenio Colectivo nacional de universidades privadas, centros universitarios privados y centros de formación de postgraduados (Código convenio núm. 99010715011997. BOE núm. 221, de 14 septiembre 2019).

- Salario base y complemento de antigüedad ¹⁶, o el complemento personal ¹⁷ o *ad personam* ¹⁸ que lo sustituya.
- Salario base y complemento personal de garantía ¹⁹.
- Salario base y complemento *ex* categoría, en su caso, y antigüedad ²⁰.

¹⁶ Entre los convenios colectivos sectoriales de ámbito estatal, *vid.*, por todos:

Art. 52 VII Convenio Colectivo general de ámbito nacional para el sector de aparcamientos y garajes (Código convenio núm. 99011445011900. BOE núm. 120, de 17 mayo 2024).

Art. 19, párrafo 2.º XXV Convenio Colectivo estatal del sector de la banca (Código convenio núm. 99000585011981. BOE núm. 1, de 1 enero 2025).

Art. 53 IX Convenio Colectivo nacional de colegios mayores universitarios (Código convenio núm. 99009355011995. BOE núm. 267, de 8 noviembre 2023).

Art. 39 Convenio Colectivo estatal de estaciones de servicio (Código convenio núm. 99001995011981. BOE núm. 59, de 10 marzo 2023).

Art. 45, párrafo 1.º Convenio Colectivo estatal para la fabricación de conservas vegetales (Código convenio núm. 99001305011981. BOE núm. 261, de 1 noviembre 2023).

Art. 24 Convenio Colectivo nacional de la industria de fabricación de alimentos compuestos para animales 2019-2025 (Código convenio núm. 99000275011981. BOE núm. 280, de 23 noviembre 2021).

Art. 53 IX Convenio Colectivo estatal del corcho (Código convenio núm. 99010185011996. BOE núm. 214, de 7 septiembre 2023).

Art. 51 VIII Convenio Colectivo general del sector de derivados del cemento (Código convenio núm. 99010355011996. BOE núm. 167, de 14 julio 2023).

Art. 60 Convenio Colectivo estatal para el sector de comercio al por mayor e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos (Código convenio núm. 99001095011981. BOE núm. 60, de 11 marzo 2025).

Art. 23 Convenio Colectivo para las granjas avícolas y otros animales (Código convenio núm. 99002415011982. BOE núm. 43, de 19 febrero 2021).

Art. 28 V Convenio Colectivo sectorial estatal de servicios externos auxiliares y atención al cliente en empresas de servicios ferroviarios (Código convenio núm. 99015485012007. BOE núm. 58, de 9 marzo 2022).

Art. 23 Convenio Colectivo del grupo de marroquinería, cueros repujados y similares de Madrid, Castilla-La Mancha, La Rioja, Cantabria, Burgos, Soria, Segovia, Ávila, Valladolid y Palencia (Código convenio núm. 99003385011981. BOE núm. 76, de 27 marzo 2024).

Art. 26 Convenio Colectivo estatal para las industrias lácteas y sus derivados (Código convenio núm. 99003175011981. BOE núm. 144, de 17 junio 2022).

Art. 15.1 XXII Convenio Colectivo de ámbito estatal para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales (Código convenio núm. 99002045011981. BOE núm. 150, de 24 junio 2022).

¹⁷ *Vid.*, art. 47.j) II Convenio Colectivo estatal de empresas de servicios auxiliares de información, recepción, control de accesos y comprobación de instalaciones (Código convenio núm. 99100265012021. BOE núm. 79, de 30 marzo 2024).

¹⁸ *Vid.*, art. 58 y disposición adicional segunda.3 Convenio Colectivo estatal del sector de empresas organizadoras del juego del bingo (Código convenio núm. 99001905011983. BOE núm. 243, de 10 octubre 2022); y art. 23 XI Convenio Colectivo nacional para las industrias de pastas alimenticias (Código convenio núm. 99003945011981. BOE núm. 68, de 21 marzo 2023).

¹⁹ *Vid.*, art. 36.1 XXV Convenio Colectivo estatal para oficinas de farmacia (Código convenio núm. 99003895011981. BOE núm. 311, de 28 diciembre 2022).

²⁰ *Vid.*, art. 7.3.3.a) Convenio Colectivo estatal de artes gráficas, manipulados de papel, manipulados de cartón, editoriales e industrias auxiliares (Código convenio núm. 99000355011982. BOE núm. 245, de 13 octubre 2023).

- Salario base, antigüedad y complementos específicos²¹.
- Salario base, plus convenio y antigüedad²².
- Salario base, antigüedad, plus convenio y plus transporte²³.
- Salario base, complemento personal sustitutorio de la antigüedad y, en su caso, complemento de cargo²⁴.
- Salario base, antigüedad y plus de categoría funcional²⁵.
- Salario base, complemento de perfeccionamiento profesional (CPP) y antigüedad²⁶.
- Salario base, complemento de puesto de trabajo y antigüedad²⁷.
- Salario base de grupo, salario base personal y complemento *ad personam*, antigüedad consolidada y complemento salarial de homogeneización si así estuviese establecido²⁸.
- Salario base, plus de vinculación, plus de polivalencia y, en su caso, antigüedad *ad personam* y/o SB *ad personam*²⁹.
- Salario base y parte proporcional de los complementos específicos en media anual³⁰.
- Salario base y complemento de experiencia³¹.

²¹ *Vid.*, art. 64 Convenio Colectivo de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos (Código convenio núm. 99008725011994. BOE núm. 231, de 27 septiembre 2021).

²² *Vid.*, art. 54 Convenio Colectivo para las empresas y las personas trabajadoras de transporte sanitario de enfermos/as y accidentados/as (Código convenio núm. 99000305011990. BOE núm. 255, de 25 septiembre 2020).

²³ *Vid.*, art. 35 Convenio Colectivo estatal para las industrias de elaboración del arroz (Código convenio núm. 99000335011981. BOE núm. 13, de 15 enero 2022).

²⁴ *Vid.*, art. 28 XIV Convenio Colectivo de ámbito estatal para los centros de educación universitaria e investigación (Código convenio núm. 99000995011982. BOE núm. 128, de 27 mayo 2024).

²⁵ *Vid.*, art. 46 VIII Convenio Colectivo estatal para los centros de enseñanzas de peluquería y estética, de enseñanzas musicales y de artes aplicadas y oficios artísticos (Código convenio núm. 99009675011995. BOE núm. 95, de 18 abril 2024).

²⁶ *Vid.*, art. 61 XII Convenio Colectivo estatal de centros de asistencia y educación infantil (Código convenio núm. 99005615011990. BOE núm. 178, de 26 julio 2019).

²⁷ *Vid.*, art. 26.1 II Convenio Colectivo estatal de centros y servicios veterinarios (Código convenio núm. 99100235012020. BOE núm. 255, de 25 octubre 2023).

²⁸ *Vid.*, art. 50, párrafo 1.º IV Convenio Colectivo estatal del comercio minorista de droguerías, herboristerías y perfumerías (Código convenio núm. 99100145012014. BOE núm. 306, de 20 diciembre 2024).

²⁹ *Vid.*, art. 20 VIII Convenio Colectivo estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria (Código convenio núm. 99014585012004. BOE núm. 233, de 26 septiembre 2024).

³⁰ *Vid.*, art. 47 art. 47 III Convenio Colectivo marco estatal del sector ocio educativo y animación sociocultural (Código convenio núm. 99100055012011. BOE núm. 69, de 22 marzo 2021).

³¹ *Vid.*, art. 49.1 III Convenio Colectivo nacional de servicios de prevención ajenos (Código convenio núm. 99017255012008. BOE núm. 194, de 15 agosto 2023).

– Salario base y complementos salariales personales (plus personal, antigüedad, plus de función y complemento *ad personam*)³². En sentido similar se indica salario base, antigüedad y otros complementos personales³³.

Excepcionalmente, algún convenio colectivo señala que la cuantía de la paga extraordinaria será equivalente a un sueldo íntegro mensual³⁴, es decir, al importe total de los conceptos fijos de una mensualidad³⁵.

Hay convenios colectivos que excluyen expresamente del cálculo de la paga extraordinaria:

– Determinados complementos salariales como, por ejemplo, el personal de idiomas³⁶; también se excluyen los complementos que las empresas vinieran abonando en concepto de calidad y/o cantidad en el trabajo y los complementos de puesto³⁷.

– Las retribuciones variables y aquellas de devengo superior al mes que pueda percibir por cualquier concepto, tales como comisiones, incentivos, bonus o plus de actividad³⁸.

³² *Vid.*, art. 40 Convenio Colectivo laboral de ámbito estatal para el sector de agencias de viajes (Código convenio núm. 99000155011981. BOE núm. 210, de 2 septiembre 2023).

³³ *Vid.*, art. 30 Convenio Colectivo de la industria azucarera (Código convenio núm. 99000555011981. BOE núm. 53, de 3 marzo 2025).

³⁴ *Vid.*, art. 50 Convenio Colectivo estatal para las cajas y entidades financieras de ahorro para el periodo 2024-2026 (Código convenio núm. 99000785011981. BOE núm. 137, de 6 junio 2024); y art. 36 Convenio Colectivo estatal de la industria del calzado (Código convenio núm. 9900080511981. BOE núm. 85, de 10 abril 2023).

³⁵ *Vid.*, art. 29 Convenio Colectivo estatal del ciclo del comercio del papel y artes gráficas (Código convenio núm. 99001105011981. BOE núm. 219, de 14 agosto 2020); y art. 23.1, párrafo 1.º Convenio Colectivo estatal del sector de conservas, semiconservas y salazones de pescado y marisco (Código convenio núm. 99001315011981. BOE núm. 192, de 11 agosto 2022).

El art. 34, párrafo 1.º Convenio Colectivo estatal para las industrias del curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería (Código convenio núm. 99001465011981. BOE núm. 69, de 22 marzo 2023), señala que la cuantía de cada paga extraordinaria equivale a una mensualidad, excepto para el personal de cobro semanal que será de 30,417 de salario de convenio y complemento «ad personam» sustitutivo de la antigüedad cuando corresponda.

³⁶ *Vid.*, art. 47.h) II Convenio Colectivo estatal de empresas de servicios auxiliares de información, recepción, control de accesos y comprobación de instalaciones (Código convenio núm. 99100265012021. BOE núm. 79, de 30 marzo 2024).

³⁷ *Vid.*, art. 34. IV del V Convenio Colectivo estatal del sector de radiodifusión comercial sonora (Código convenio núm. 99100095012012. BOE núm. 294, de 6 diciembre 2024).

³⁸ *Vid.*, art. 40 Convenio Colectivo laboral de ámbito estatal para el sector de agencias de viajes (Código convenio núm. 99000155011981. BOE núm. 210, de 2 septiembre 2023).

– Determinados conceptos extrasalariales como, por ejemplo, el plus de transporte³⁹ y el de distancia⁴⁰; también el plus de vestuario⁴¹.

En ocasiones, el convenio colectivo señala que las cuantías del salario base y gratificaciones extraordinarias no podrán ser inferiores a un concreto porcentaje del total anual de las tablas salariales para cada categoría o nivel profesional⁴². Hay casos en que la cuantía de las pagas extraordinarias no es la misma para todas las empresas y trabajadores del sector, diferenciando por provincias⁴³, lo cual lleva a plantearse la razón que justifica esta diferencia territorial de trato y que, tal vez, pueda residir en que los costes salariales y de vida no son iguales en todas las regiones.

La reducción de jornada no altera el número de pagas extraordinarias previsto legal o convencionalmente, pero puede disminuir su cuantía. La reducción de jornada conlleva la disminución de la cuantía de las pagas extraordinarias cuando el convenio colectivo la fija tomando el salario base y otros complementos que, por estar vinculados a la duración de la jornada, reducen su cuantía. El mismo criterio se aplica a los trabajadores con contrato de trabajo fijo-discontinuo y quienes tienen jornada a tiempo parcial⁴⁴. No obstante, algún convenio colectivo señala, con carácter general, que el personal con jornada reducida o que trabaje por horas percibirá las pagas en proporción al tiempo trabajado⁴⁵.

³⁹ *Vid.*, art. 11.c) Convenio Colectivo estatal del personal de salas de fiesta, baile, discotecas, locales de ocio y espectáculos de España (Código convenio núm. 99100115012012. BOE núm. 81, de 5 abril 2023).

⁴⁰ *Vid.*, art. 45.2 Convenio Colectivo estatal de las empresas de seguridad (Código convenio núm. 99004615011982. BOE núm. 299, de 14 diciembre 2022).

⁴¹ *Vid.*, art. 45.2 Convenio Colectivo estatal de las empresas de seguridad (Código convenio núm. 99004615011982. BOE núm. 299, de 14 diciembre 2022).

⁴² El art. 43.2 VII Convenio Colectivo de industrias de ferralla (Código convenio núm. 99012395011999. BOE núm. 41, de 16 febrero 2024) dispone que Los conceptos de salario base y gratificaciones extraordinarias definidos en el artículo anterior, sumados, no podrán ser inferior al 70 % del total anual de las tablas del convenio para cada categoría o nivel.

El art. 42, párrafo 1.ºVIII Convenio Colectivo general del sector de derivados del cemento (Código convenio núm. 99010355011996. BOE núm. 167, de 14 julio 2023) dispone que La suma del salario base, gratificaciones extraordinarias y vacaciones no podrá ser inferior, en ningún caso, el 75% del total anual, de las tablas de los Convenios por cada grupo profesional.

⁴³ *Vid.*, tablas salariales Convenio Colectivo estatal de restauración colectiva (Código convenio núm. 99100165012016. BOE núm. 299, de 14 diciembre 2022).

⁴⁴ En este sentido, el art. 58 Convenio Colectivo estatal del sector de empresas organizadoras del juego del bingo (Código convenio núm. 99001905011983. BOE núm. 243, de 10 octubre 2022) dispone que Los trabajadores y trabajadoras fijos de trabajo discontinuo y a tiempo parcial percibirán estas gratificaciones a prorrata de las horas realmente trabajadas, pudiendo abonárselas incluidas en las liquidaciones mensuales de haberes devengados.

⁴⁵ En este sentido, *vid.*, art. 30, párrafo 2.º Convenio Colectivo del sector de mataderos de aves y conejos (Código convenio núm. 99003395011981. BOE núm. 10, de 12 enero 2022).

5. DEVENGO DE LAS PAGAS EXTRAORDINARIAS

La mayoría de los convenios colectivos que regulan el devengo de las pagas extraordinarias señalan que será semestral y por días naturales⁴⁶; algunos precisan los periodos de devengo de cada paga extraordinaria⁴⁷:

– Primera paga. La paga que se abona en julio se devenga del 1 de enero al 30 de junio de cada año.

⁴⁶ Entre los convenios colectivos sectoriales de ámbito estatal que contemplan el devengo semestral de cada paga extraordinaria, *vid.*, por todos:

Art. 26, párrafo 1.º Convenio Colectivo estatal para la acuicultura (Código convenio núm. 99016365012007. BOE núm. 108, de 3 mayo 2024).

Art. 29 Convenio Colectivo estatal del ciclo del comercio del papel y artes gráficas (Código convenio núm. 99001105011981. BOE núm. 219, de 14 agosto 2020).

Art. 23, párrafo 2.º Convenio Colectivo estatal para los establecimientos financieros de crédito (Código convenio núm. 990001945011981. BOE núm. 175, de 24 julio 2023).

Arts. 17. ILe) y 28 V Convenio Colectivo sectorial estatal de servicios externos auxiliares y atención al cliente en empresas de servicios ferroviarios (Código convenio núm. 99015485012007. BOE núm. 58, de 9 marzo 2022).

Arts. 49.1 y 49.2 III Convenio Colectivo nacional de servicios de prevención ajenos (Código convenio núm. 99017255012008. BOE núm. 194, de 15 agosto 2023).

Art. 28 Convenio Colectivo estatal de peluquerías, institutos de belleza y gimnasios (Código convenio núm. 99010955011997. BOE núm. 255, de 22 octubre 2024).

⁴⁷ Entre los convenios colectivos sectoriales de ámbito estatal, *vid.*, por todos:

Art. 52 VII Convenio Colectivo general de ámbito nacional para el sector de aparcamientos y garajes (Código convenio núm. 99011445011900. BOE núm. 120, de 17 mayo 2024).

Arts. 11.f) y 19, párrafo 3.º XXV Convenio Colectivo estatal del sector de la banca (Código convenio núm. 99000585011981. BOE núm. 1, de 1 enero 2025).

Art. 45.4 VII Convenio Colectivo de industrias de ferralla (Código convenio núm. 99012395011999. BOE núm. 41, de 16 febrero 2024).

Art. 20 VIII Convenio Colectivo estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria (Código convenio núm. 99014585012004. BOE núm. 233, de 26 septiembre 2024).

Art. 51.4 VII Convenio Colectivo general estatal del sector de la construcción (Código convenio núm. 99005585011900. BOE núm. 228, de 23 septiembre 2023).

Art. 53 IX Convenio Colectivo estatal del corcho (Código convenio núm. 99010185011996. BOE núm. 214, de 7 septiembre 2023).

Art. 51 VIII Convenio Colectivo general del sector de derivados del cemento (Código convenio núm. 99010355011996. BOE núm. 167, de 14 julio 2023).

Art. 28 V Convenio Colectivo sectorial estatal de servicios externos auxiliares y atención al cliente en empresas de servicios ferroviarios (Código convenio núm. 99015485012007. BOE núm. 58, de 9 marzo 2022).

Art. 31 Convenio Colectivo estatal de mantenimiento y conservación de instalaciones acuáticas (Código convenio núm. 99011925012000. BOE núm. 195, de 17 julio 2020).

Art. 27 V Convenio Colectivo general del sector de servicios de asistencia en tierra en aeropuertos (Código convenio núm. 99015595012005. BOE núm. 249, de 17 octubre 2022).

Art. 15.1 XXII Convenio Colectivo de ámbito estatal para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales (Código convenio núm. 99002045011981. BOE núm. 150, de 24 junio 2022).

Entre los convenios colectivos de empresa de ámbito estatal, *vid.*, por todos, art. 30, párrafo 2.º VI Convenio colectivo de Logistium, Servicios Logísticos, SA (Código convenio núm. 90100121012014. BOE núm. 88, de 11 abril 2025).

– Segunda paga. La paga que se abona en diciembre se devenga del 1 de julio al 31 de diciembre de cada año.

De manera excepcional, algún convenio colectivo contempla el devengo *anual* de las dos pagas extraordinarias⁴⁸, de modo que la de verano se devenga del 1 de julio del año anterior al 30 de junio del año siguiente, y la de Navidad del 1 de enero al 31 de diciembre del año en curso⁴⁹; también los hay que contemplan el devengo anual para la paga de Navidad (entre el 1 de enero y el 31 de diciembre) y semestral para la de verano (entre el 1 de enero y el 30 de junio)⁵⁰. A falta de previsión en convenio colectivo, cabe entender que el devengo de las pagas extraordinarias es anual.

Cuando el convenio colectivo reconoce más de dos pagas extraordinarias, el devengo de la adicional no suele ser semestral sino anual, del 1 de enero al 31 de diciembre del año natural en curso⁵¹ o del año natural anterior⁵². No obstante, algún convenio colectivo establece el devengo cuatrimestral para cada una de las tres pagas extraordinarias⁵³, y trimestral para el caso de que sean cuatro las pagas extraordinarias reconocidas⁵⁴.

⁴⁸ *Vid.*, art. 28 XIV Convenio Colectivo de ámbito estatal para los centros de educación universitaria e investigación (Código convenio núm. 99000995011982. BOE núm. 128, de 27 mayo 2024).

⁴⁹ Entre los convenios colectivos sectoriales de ámbito estatal, *vid.*, por todos:

Art. 24 Convenio Colectivo nacional para las empresas dedicadas a los servicios de campo, para actividades de reposición y servicios de marketing operacional (Código convenio núm. 99016925012009. BOE núm. 139, de 11 junio 2021).

Art. 45.1.2 Convenio Colectivo estatal de las empresas de seguridad (Código convenio núm. 99004615011982. BOE núm. 299, de 14 diciembre 2022).

Art. 23 XI Convenio Colectivo nacional para las industrias de pastas alimenticias (Código convenio núm. 99003945011981. BOE núm. 68, de 21 marzo 2023).

Art. 47 III Convenio Colectivo marco estatal del sector ocio educativo y animación sociocultural (Código convenio núm. 99100055012011. BOE núm. 69, de 22 marzo 2021).

⁵⁰ *Vid.*, art. 47.j) II Convenio Colectivo estatal de empresas de servicios auxiliares de información, recepción, control de accesos y comprobación de instalaciones (Código convenio núm. 99100265012021. BOE núm. 79, de 30 marzo 2024); y art. 39 Convenio Colectivo estatal de estaciones de servicio (Código convenio núm. 99001995011981. BOE núm. 59, de 10 marzo 2023).

⁵¹ *Vid.*, art. 52 VII Convenio Colectivo general de ámbito nacional para el sector de aparcamientos y garajes (Código convenio núm. 99011445011900. BOE núm. 120, de 17 mayo 2024); y art. 17. II.e) V Convenio Colectivo sectorial estatal de servicios externos auxiliares y atención al cliente en empresas de servicios ferroviarios (Código convenio núm. 99015485012007. BOE núm. 58, de 9 marzo 2022).

⁵² Entre los convenios colectivos sectoriales de ámbito estatal *vid.*, por todos:

Art. 39 Convenio Colectivo estatal de estaciones de servicio (Código convenio núm. 99001995011981. BOE núm. 59, de 10 marzo 2023).

Art. 23 XI Convenio Colectivo nacional para las industrias de pastas alimenticias (Código convenio núm. 99003945011981. BOE núm. 68, de 21 marzo 2023).

⁵³ *Vid.*, art. 21, párrafo 1.º III Convenio Colectivo estatal de notarios y personal empleado (Código convenio núm. 99018195012010. BOE núm. 160, de 3 julio 2024).

⁵⁴ *Vid.*, art. 34 XXIII Convenio Colectivo para las sociedades cooperativas de crédito (Código convenio núm. 99004835011981. BOE núm. 180, de 26 julio 2024).

Para el devengo se toma en cuenta el *tiempo trabajado* y los *periodos de inactividad por interrupción* del contrato de trabajo (vacaciones, permisos retribuidos, etc.), que son computables como de trabajo efectivo.

Los convenios colectivos abordan de distinto modo el devengo de pagas extraordinarias durante los *periodos de inactividad por suspensión* del contrato de trabajo, y en particular durante los periodos de IT:

– Algunos convenios colectivos señalan que las pagas extraordinarias no se devengan durante los periodos de suspensión del contrato de trabajo por cualquiera de las causas del art. 45.1 del ET⁵⁵, y en particular durante la IT⁵⁶.

– Algunos convenios colectivos señalan que las pagas extraordinarias siguen devengándose durante la IT cuando:

- La IT derivada de accidente de trabajo o enfermedad profesional⁵⁷, o solo cuando deriva de accidente de trabajo⁵⁸.

- La IT, cualquiera que sea la contingencia⁵⁹, y los periodos de disfrute de licencias⁶⁰.

⁵⁵ Vid., art. 60.3 VII Convenio Colectivo general estatal del sector de la construcción (Código convenio núm. 99005585011900. BOE núm. 228, de 23 septiembre 2023); art. 16, párrafo 3.º V Convenio Colectivo de Bofrost*, SAU (Código convenio núm. 90102032012015. BOE núm. 80, de 2 abril 2025); y art. 49.4 Convenio Colectivo de la empresa Intervento 2, SL (Código convenio núm. 90104840012025. BOE núm. 31, de 5 febrero 2025).

⁵⁶ Vid., art. 33, párrafo VIII Convenio Colectivo nacional de universidades privadas, centros universitarios privados y centros de formación de postgraduados (Código convenio núm. 99010715011997. BOE núm. 221, de 14 septiembre 2019).

⁵⁷ Vid., art. 36.1, párrafo 2.º Convenio Colectivo estatal para la acuicultura (Código convenio núm. 99016365012007. BOE núm. 108, de 3 mayo 2024); y art. 69. B) VIII Convenio Colectivo estatal del sector de fabricantes de yesos, escayolas, cales y sus prefabricados (Código convenio núm. 99011915011998. BOE núm. 52, de 28 febrero 2024).

⁵⁸ Vid., art. 50 II Convenio Colectivo estatal de empresas de servicios auxiliares de información, recepción, control de accesos y comprobación de instalaciones (Código convenio núm. 99100265012021. BOE núm. 79, de 30 marzo 2024).

⁵⁹ En este sentido, el art. 64.4 del Convenio Colectivo de la empresa Alstom Transporte, SA (Código convenio núm. 90102991012018. BOE núm. 92, de 16 abril 2025) señala que Se mantiene la percepción de estas pagas completas a las personas trabajadoras que, figurando en plantilla, se hallan en situación de incapacidad temporal.

⁶⁰ Vid., art. 24 Convenio Colectivo nacional de la industria de fabricación de alimentos compuestos para animales 2019-2025 (Código convenio núm. 99000275011981. BOE núm. 280, de 23 noviembre 2021); y art. 23 Convenio Colectivo para las granjas avícolas y otros animales (Código convenio núm. 99002415011982. BOE núm. 43, de 19 febrero 2021).

El art. 30, párrafo 3.º Convenio Colectivo del sector de mataderos de aves y conejos (Código convenio núm. 99003395011981. BOE núm. 10, de 12 enero 2022) señala que Los trabajadores en situación de baja por enfermedad, accidente o licencia percibirán las pagas extraordinarias en la parte que les corresponda, como si estuviesen en activo a estos efectos, siempre que cumplan las condiciones establecidas.

Excepcionalmente, algún convenio colectivo señala que en las pagas extraordinarias no se devengará la parte proporcional a las faltas de asistencia injustificadas ⁶¹. En cualquier caso, parece claro que las pagas extraordinarias no se devengan durante los periodos de suspensión del contrato de trabajo por ejercicio del derecho de huelga.

El trabajador no percibirá íntegramente las pagas extraordinarias cuando ingrese o cese en la empresa durante el periodo de devengo. En tal caso, el trabajador percibirá las pagas extraordinarias en cuantía proporcional al tiempo trabajado durante los respectivos periodos de devengo ⁶². Algunos convenios co-

⁶¹ Entre los convenios colectivos sectoriales de ámbito estatal, *vid.*, por todos:

Art. 24 24 Convenio Colectivo nacional de la industria de fabricación de alimentos compuestos para animales 2019-2025 (Código convenio núm. 99000275011981. BOE núm. 280, de 23 noviembre 2021).

Art. 23 Convenio Colectivo para las granjas avícolas y otros animales (Código convenio núm. 99002415011982. BOE núm. 43, de 19 febrero 2021).

Art. 30, párrafo 4.º Convenio Colectivo del sector de mataderos de aves y conejos (Código convenio núm. 99003395011981. BOE núm. 10, de 12 enero 2022).

⁶² Entre los convenios colectivos sectoriales de ámbito estatal, *vid.*, por todos:

Art. 19, párrafo 3.º XXV Convenio Colectivo estatal del sector de la banca (Código convenio núm. 99000585011981. BOE núm. 1, de 1 enero 2025).

Art. 51 Convenio Colectivo estatal para las cajas y entidades financieras de ahorro para el periodo 2024-2026 (Código convenio núm. 99000785011981. BOE núm. 137, de 6 junio 2024).

Art. 63 XII Convenio Colectivo estatal de centros de asistencia y educación infantil (Código convenio núm. 99005615011990. BOE núm. 178, de 26 julio 2019).

Art. 29 Convenio Colectivo estatal del ciclo del comercio del papel y artes gráficas (Código convenio núm. 99001105011981. BOE núm. 219, de 14 agosto 2020).

Art. 53 IX Convenio Colectivo nacional de colegios mayores universitarios (Código convenio núm. 99009355011995. BOE núm. 267, de 8 noviembre 2023).

Art. 47.j) II Convenio Colectivo estatal de empresas de servicios auxiliares de información, recepción, control de accesos y comprobación de instalaciones (Código convenio núm. 99100265012021. BOE núm. 79, de 30 marzo 2024).

Art. 25. II.d) Convenio Colectivo estatal del sector de empresas organizadoras del juego del bingo (Código convenio núm. 99001905011983. BOE núm. 243, de 10 octubre 2022).

Art. 37.2, párrafo 2.º Convenio Colectivo general de ámbito estatal para el sector de entidades de seguros, reaseguros y mutuas colaboradoras con la Seguridad Social (Código convenio núm. 99004625011981. BOE núm. 310, de 27 diciembre 2021).

Art. 39 Convenio Colectivo estatal de estaciones de servicio (Código convenio núm. 99001995011981. BOE núm. 59, de 10 marzo 2023).

Art. 47 III Convenio Colectivo de ámbito estatal del sector de Contact Center (Código convenio núm. 99012145012002. BOE núm. 137, de 9 junio 2023).

Art. 53 IX Convenio Colectivo estatal del corcho (Código convenio núm. 99010185011996. BOE núm. 214, de 7 septiembre 2023).

Art. 51 VIII Convenio Colectivo general del sector de derivados del cemento (Código convenio núm. 99010355011996. BOE núm. 167, de 14 julio 2023).

Art. 64, párrafo 2.º Convenio Colectivo de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos (Código convenio núm. 99008725011994. BOE núm. 231, de 27 septiembre 2021).

Art. 23 XI Convenio Colectivo nacional para las industrias de pastas alimenticias (Código convenio núm. 99003945011981. BOE núm. 68, de 21 marzo 2023).

Art. 21, párrafo 3.º III Convenio Colectivo estatal de notarios y personal empleado (Código convenio núm. 99018195012010. BOE núm. 160, de 3 julio 2024).

lectivos añaden que las fracciones de meses (o semanas, según los casos) serán computadas como meses (o semanas, según los casos) completos⁶³, y puntualizan que esta misma norma se aplicará a los trabajadores de campaña, eventuales, interinos o contratados por tiempo determinado⁶⁴. Nótese que, tras la reforma en la contratación laboral temporal llevada a cabo por el Real Decreto-ley 32/2021, resulta preciso revisar las previsiones convencionales sobre pagas extraordinarias que pueden estar vinculadas a modalidades de contratos de trabajo ya inexistentes (obra o servicio) o reformadas (interinidad, eventual).

El principio de proporcional en el devengo de las pagas extraordinarias se ha llegado a detallar en los términos siguientes⁶⁵:

– El personal que ingrese o cese en el transcurso de cada semestre natural, devengará la paga en proporción al tiempo de permanencia en la empresa durante el mismo.

– Al personal que cese en el semestre respectivo, se le hará efectiva la parte proporcional de la gratificación en el momento de realizar la liquidación de sus haberes.

– El personal que preste sus servicios en jornada reducida o a tiempo parcial, devengará las pagas extraordinarias en proporción al tiempo efectivamente trabajado.

Art. 49.3 III Convenio Colectivo nacional de servicios de prevención ajenos (Código convenio núm. 99017255012008. BOE núm. 194, de 15 agosto 2023).

⁶³ Entre los convenios colectivos sectoriales de ámbito estatal, *vid.*, por todos:

Art. 7.3.3.b) Convenio Colectivo estatal de artes gráficas, manipulados de papel, manipulados de cartón, editoriales e industrias auxiliares (Código convenio núm. 99000355011982. BOE núm. 245, de 13 octubre 2023).

Art. 45, párrafo 2.º Convenio Colectivo estatal para la fabricación de conservas vegetales (Código convenio núm. 99001305011981. BOE núm. 261, de 1 noviembre 2023).

Art.23.2, párrafo 1.º Convenio Colectivo estatal del sector de conservas, semiconservas y salazones de pescado y marisco (Código convenio núm. 99001315011981. BOE núm. 192, de 11 agosto 2022).

Art. 24 Convenio Colectivo nacional de la industria de fabricación de alimentos compuestos para animales 2019-2025 (Código convenio núm. 99000275011981. BOE núm. 280, de 23 noviembre 2021).

Art. 23 Convenio Colectivo para las granjas avícolas y otros animales (Código convenio núm. 99002415011982. BOE núm. 43, de 19 febrero 2021).

Art. 11.5 Convenio Colectivo estatal de pastas, papel y cartón para el periodo 2023-2025 (Código convenio núm. 99003955011981. BOE núm. 243, de 11 octubre 2023).

⁶⁴ Entre los convenios colectivos sectoriales de ámbito estatal, *vid.*, por todos:

Art. 24 Convenio Colectivo nacional de la industria de fabricación de alimentos compuestos para animales 2019-2025 (Código convenio núm. 99000275011981. BOE núm. 280, de 23 noviembre 2021).

Art. 23 Convenio Colectivo para las granjas avícolas y otros animales (Código convenio núm. 99002415011982. BOE núm. 43, de 19 febrero 2021).

⁶⁵ *Vid.*, art. 61.2 VII Convenio Colectivo general estatal del sector de la construcción (Código convenio núm. 99005585011900. BOE núm. 228, de 23 septiembre 2023).

6. ABONO DE LAS PAGAS EXTRAORDINARIAS

6.1 Introducción

Las dos gratificaciones extraordinarias a las que tiene derecho el trabajador se abonarán en alguno de los dos modos siguientes (art. 31 ET): 1) en dos meses o 2) prorrateadas en las doce mensualidades del año.

En relación con la fecha de abono de las pagas extraordinarias prevista en convenio colectivo, el TS ha dictaminado que no hay posibilidad de descuelgue o inaplicación. La Sala argumenta que las materias retributivas a las que alcanza el descuelgue son sistema de remuneración y cuantía salarial, pues son las únicas a las que se refiere expresamente el art. 82.3, párrafo 2.º d) del ET. El sistema de remuneración o la estructura salarial nunca van referidos a la fecha de pago por la prestación de trabajo, pues en otro caso el legislador habría optado por referir «la fecha de pago del salario y de los demás conceptos retributivos». El TS concluye que el aplazamiento de la fecha de pago de la paga extraordinaria de Navidad no es una materia susceptibles de incardinarse en el sistema de remuneración, de ahí que no le alcanza el descuelgue salarial del art. 82.3 ET⁶⁶, y habrá que respetar en todo caso lo dispuesto en convenio colectivo.

Con independencia del modo en que se abonen en nómina, las gratificaciones extraordinarias se incluyen siempre de forma prorrateada en la base de cotización mensual [art. 16.2.b) Real Decreto 2064/1995].

6.2 Abono de las gratificaciones extraordinarias en el mes de devengo

Las dos gratificaciones extraordinarias a las que tiene derecho el trabajador suelen abonarse en dos mensualidades: 1) una en el mes de diciembre, con ocasión de las fiestas de Navidad, y 2) otra en el mes fijado por convenio colectivo o acuerdo de empresa, siendo normalmente un mes del verano. Un buen número de convenios colectivos optan por abonar las pagas extraordinarias de este modo, identificándolas como «paga de Navidad» y «paga de verano». La mayoría de convenios colectivos señalan que la «paga de verano» se

⁶⁶ STS-SOC núm. 439/2019, de 11 de junio (RCO núm. 157/2017. ECLI: ES: TS:2019:2461).

abonará bien en junio⁶⁷, bien en julio⁶⁸; algunos incluso llegan a precisar las fechas del pago de ambas pagas:

- La primera semana de julio y de diciembre⁶⁹.
- Los primeros 15 días de julio y de diciembre⁷⁰ o la primera quincena de junio y de diciembre⁷¹, según que la primera paga se abone en julio o junio.
- Hasta el 15 de julio y hasta el 19 de diciembre⁷².
- Durante la primera quincena de julio y antes del 20 de diciembre⁷³.

⁶⁷ Entre los convenios colectivos sectoriales de ámbito estatal, *vid.*, por todos:

Art. 26.1 II Convenio Colectivo estatal de centros y servicios veterinarios (Código convenio núm. 99100235012020. BOE núm. 255, de 25 octubre 2023).

Art. 53 IX Convenio Colectivo nacional de colegios mayores universitarios (Código convenio núm. 99009355011995. BOE núm. 267, de 8 noviembre 2023).

Art. 23 Convenio Colectivo estatal para los establecimientos financieros de crédito (Código convenio núm. 990001945011981. BOE núm. 175, de 24 julio 2023).

Art. 19, párrafo 1.º XXV Convenio Colectivo estatal del sector de la banca (Código convenio núm. 99000585011981. BOE núm. 1, de 1 enero 2025).

Art. 46 VIII Convenio Colectivo estatal para los centros de enseñanzas de peluquería y estética, de enseñanzas musicales y de artes aplicadas y oficios artísticos (Código convenio núm. 99009675011995. BOE núm. 95, de 18 abril 2024).

⁶⁸ Entre los convenios colectivos sectoriales de ámbito estatal, *vid.*, por todos:

Art. 26, párrafo 2.º Convenio Colectivo estatal para la acuicultura (Código convenio núm. 99016365012007. BOE núm. 108, de 3 mayo 2024).

Art. 19 Convenio Colectivo estatal para las empresas del comercio de flores y plantas (Código convenio núm. 99001125011982. BOE núm. 211, de 3 septiembre 2021).

Art. 36 Convenio Colectivo estatal de la industria del calzado (Código convenio núm. 9900080511981. BOE núm. 85, de 10 abril 2023).

Art. 27, párrafo 1.º V Convenio Colectivo general del sector de servicios de asistencia en tierra en aeropuertos (Código convenio núm. 99015595012005. BOE núm. 249, de 17 octubre 2022).

⁶⁹ *Vid.*, art. 54, párrafo 2.º Convenio Colectivo para las empresas y las personas trabajadoras de transporte sanitario de enfermos/as y accidentados/as (Código convenio núm. 99000305011990. BOE núm. 255, de 25 septiembre 2020).

⁷⁰ Entre los convenios colectivos sectoriales de ámbito estatal, *vid.*, por todos:

Art. 26 Convenio Colectivo estatal para la acuicultura (Código convenio núm. 99016365012007. BOE núm. 108, de 3 mayo 2024).

Art. 34, párrafo 2.º Convenio Colectivo estatal para las industrias del curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería (Código convenio núm. 99001465011981. BOE núm. 69, de 22 marzo 2023).

Art. 21, párrafo 2.º VIII Convenio Colectivo nacional de universidades privadas, centros universitarios privados y centros de formación de postgraduados (Código convenio núm. 99010715011997. BOE núm. 221, de 14 septiembre 2019).

⁷¹ *Vid.*, art. 26.1 II Convenio Colectivo estatal de centros y servicios veterinarios (Código convenio núm. 99100235012020. BOE núm. 255, de 25 octubre 2023); y art. 39 Convenio Colectivo estatal de estaciones de servicio (Código convenio núm. 99001995011981. BOE núm. 59, de 10 marzo 2023).

⁷² *Vid.*, art. 52 VII Convenio Colectivo general de ámbito nacional para el sector de aparcamientos y garajes (Código convenio núm. 99011445011900. BOE núm. 120, de 17 mayo 2024).

⁷³ *Vid.*, art. 64.2 Convenio Colectivo de la empresa Alstom Transporte, SA (Código convenio núm. 90102991012018. BOE núm. 92, de 16 abril 2025) señala que Se mantiene la percepción de estas pagas completas a las personas trabajadoras que, figurando en plantilla, se hallan en situación de incapacidad temporal.

- Hasta el 15 de julio y hasta el 15 de diciembre⁷⁴.
- El 15 de julio y el 15 de diciembre⁷⁵.
- El 15 de junio y el 15 de diciembre o día laborable inmediatamente posterior⁷⁶.
- El 16 de julio y el 16 de diciembre⁷⁷.
- Antes del 1 de julio y del 23 de diciembre⁷⁸.
- Antes del 1 de julio y del 23 de diciembre⁷⁹.
- Antes del 10 de julio y del 23 de diciembre⁸⁰.
- Antes del 15 de julio y del 15 de diciembre⁸¹.
- Antes del 15 de julio y del 20 de diciembre⁸².
- La primera semana de julio y antes del 22 de diciembre⁸³.

⁷⁴ *Vid.*, art. 30, párrafo 3.º XXI Convenio Colectivo general estatal de la industria química (Código convenio núm. 99004235011981. BOE núm. 41, de 17 febrero 2025).

⁷⁵ Entre los convenios colectivos sectoriales de ámbito estatal, *vid.*, por todos:

Art. 24 Convenio Colectivo nacional para las empresas dedicadas a los servicios de campo, para actividades de reposición y servicios de marketing operacional (Código convenio núm. 99016925012009. BOE núm. 139, de 11 junio 2021).

Art. 23.1 Convenio Colectivo estatal del sector de conservas, semiconservas y salazones de pescado y marisco (Código convenio núm. 99001315011981. BOE núm. 192, de 11 agosto 2022).

Art. 60 Convenio Colectivo estatal para el sector de comercio al por mayor e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos (Código convenio núm. 99001095011981. BOE núm. 60, de 11 marzo 2025).

40, párrafo 1.º Convenio Colectivo estatal para el sector de harinas panificables y sémolas para los años 2023, 2024 y 2025 (Código convenio núm. 99002455011981. BOE núm. 108, de 3 mayo 2024).

Art. 31 Convenio Colectivo estatal de mantenimiento y conservación de instalaciones acuáticas (Código convenio núm. 99011925012000. BOE núm. 195, de 17 julio 2020).

⁷⁶ Art. 30, párrafo 2.º VI Convenio colectivo de Logistium, Servicios Logísticos, SA (Código convenio núm. 90100121012014. BOE núm. 88, de 11 abril 2025).

⁷⁷ *Vid.*, art. 45, párrafo 1.º Convenio Colectivo estatal para la fabricación de conservas vegetales (Código convenio núm. 99001305011981. BOE núm. 261, de 1 noviembre 2023).

⁷⁸ *Vid.*, art. 64 Convenio Colectivo de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos (Código convenio núm. 99008725011994. BOE núm. 231, de 27 septiembre 2021).

⁷⁹ *Vid.*, art. 53 IX Convenio Colectivo nacional de colegios mayores universitarios (Código convenio núm. 99009355011995. BOE núm. 267, de 8 noviembre 2023); y art. 47 III Convenio Colectivo marco estatal del sector ocio educativo y animación sociocultural (Código convenio núm. 99100055012011. BOE núm. 69, de 22 marzo 2021).

⁸⁰ *Vid.* art. 61, párrafo 2.º XII Convenio Colectivo estatal de centros de asistencia y educación infantil (Código convenio núm. 99005615011990. BOE núm. 178, de 26 julio 2019).

⁸¹ *Vid.*, art. 30 Convenio Colectivo de la industria azucarera (Código convenio núm. 99000555011981. BOE núm. 53, de 3 marzo 2025); y art. 15.1 XXII Convenio Colectivo de ámbito estatal para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales (Código convenio núm. 99002045011981. BOE núm. 150, de 24 junio 2022).

⁸² *Vid.*, art. 23 Convenio Colectivo del grupo de marroquinería, cueros repujados y similares de Madrid, Castilla-La Mancha, La Rioja, Cantabria, Burgos, Soria, Segovia, Ávila, Valladolid y Palencia (Código convenio núm. 99003385011981. BOE núm. 76, de 27 marzo 2024).

⁸³ El art. 62 Convenio Colectivo general de trabajo de la industria textil y de la confección (Código de convenio núm. 99004975011981. BOE núm. 300, de 16 diciembre 2021) señala que, con carácter general, la paga de junio se abonará la primera semana de julio y la paga de diciembre antes del 22 de di-

- Como máximo, el 15 de julio y el 22 de diciembre ⁸⁴.
- Entre el 13 y el 15 de julio, y entre el 13 y el 15 de diciembre ⁸⁵.
- Entre 1 y 10 de junio y 1 y 7 de diciembre ⁸⁶.
- El 20 de junio y el 20 de diciembre ⁸⁷.
- El 24 de junio y el 22 de diciembre ⁸⁸.
- El 30 de junio y el 30 de diciembre ⁸⁹; el día 30 de cada mes correspondiente ⁹⁰.
- En la segunda quincena de junio, y entre el 15 y 24 de diciembre ⁹¹.
- Antes del día 20 del mes respectivo ⁹².
- La última decena del mes de junio y el 22 de diciembre, o el día anterior si este fuera festivo ⁹³.
- El 30 de junio y el 15 de diciembre ⁹⁴.
- Antes del 30 de junio y del 15 de diciembre ⁹⁵.
- Antes del 30 de junio y del 20 de diciembre ⁹⁶.

ciembre. No obstante, para el caso de las industrias de fabricación de alfombras, tapices y moquetas, la paga de junio se abonará antes del 31 de julio y la de diciembre antes del 22 de diciembre.

⁸⁴ *Vid.*, art. 26 VII Convenio Colectivo de ámbito estatal para despachos de técnicos tributarios y asesores fiscales (Código convenio núm. 99012405011999. BOE núm. 191, de 11 agosto 2023).

⁸⁵ *Vid.*, art. 47.j) II Convenio Colectivo estatal de empresas de servicios auxiliares de información, recepción, control de accesos y comprobación de instalaciones (Código convenio núm. 99100265012021. BOE núm. 79, de 30 marzo 2024); y art. 45.1 Convenio Colectivo estatal de las empresas de seguridad (Código convenio núm. 99004615011982. BOE núm. 299, de 14 diciembre 2022).

⁸⁶ *Vid.*, art. 30, párrafo 1.º Convenio Colectivo del sector de mataderos de aves y conejos (Código convenio núm. 99003395011981. BOE núm. 10, de 12 enero 2022).

⁸⁷ *Vid.*, arts. 25. II.d) y 58 Convenio Colectivo estatal del sector de empresas organizadoras del juego del bingo (Código convenio núm. 99001905011983. BOE núm. 243, de 10 octubre 2022).

⁸⁸ *Vid.*, art. 36.2 XXV Convenio Colectivo estatal para oficinas de farmacia (Código convenio núm. 99003895011981. BOE núm. 311, de 28 diciembre 2022).

⁸⁹ *Vid.*, art. 30.1 III Convenio Colectivo de la industria de la producción audiovisual (Técnicos) (Código convenio núm. 99012985012002. BOE núm. 85, de 6 abril 2024).

⁹⁰ *Vid.*, art. 40 Convenio Colectivo laboral de ámbito estatal para el sector de agencias de viajes (Código convenio núm. 99000155011981. BOE núm. 210, de 2 septiembre 2023).

⁹¹ *Vid.*, art. 7.3.3.c) Convenio Colectivo estatal de artes gráficas, manipulados de papel, manipulados de cartón, editoriales e industrias auxiliares (Código convenio núm. 99000355011982. BOE núm. 245, de 13 octubre 2023).

⁹² *Vid.*, art. 50 Convenio Colectivo estatal para las cajas y entidades financieras de ahorro para el periodo 2024-2026 (Código convenio núm. 99000785011981. BOE núm. 137, de 6 junio 2024).

⁹³ *Vid.*, art. 24 Convenio Colectivo nacional de la industria de fabricación de alimentos compuestos para animales 2019-2025 (Código convenio núm. 99000275011981. BOE núm. 280, de 23 noviembre 2021).

⁹⁴ *Vid.*, arts. 17. II.e) y 28 V Convenio Colectivo sectorial estatal de servicios externos auxiliares y atención al cliente en empresas de servicios ferroviarios (Código convenio núm. 99015485012007. BOE núm. 58, de 9 marzo 2022).

⁹⁵ *Vid.*, art. 23 XI Convenio Colectivo nacional para las industrias de pastas alimenticias (Código convenio núm. 99003945011981. BOE núm. 68, de 21 marzo 2023).

⁹⁶ Entre los convenios colectivos sectoriales de ámbito estatal, *vid.*, por todos:

Art. 60.1 VII Convenio Colectivo general estatal del sector de la construcción (Código convenio núm. 99005585011900. BOE núm. 228, de 23 septiembre 2023).

- Antes del 30 de junio y del 22 de diciembre⁹⁷.
- Como máximo, el 30 de junio y el 22 de diciembre⁹⁸.
- Entre los días 15 y 20 de junio y diciembre⁹⁹.
- Los 10 últimos días de junio y antes del 22 de diciembre¹⁰⁰.
- En la nómina del mes de junio y entre el 15 y 20 de diciembre¹⁰¹.

Excepcionalmente, algún convenio colectivo remite al acuerdo de empresa para fijar el abono de la paga extraordinaria que no es de diciembre¹⁰².

Cuando el convenio colectivo reconoce tres pagas extraordinarias, la tercera suele abonarse en marzo del año siguiente al de su devengo, con plazo hasta el día 15¹⁰³ o el día 30¹⁰⁴; o durante el primer trimestre del ejercicio económico siguiente al de su devengo, sin concretar un mes (enero, febrero, marzo)¹⁰⁵. Entre los convenios colectivos que reconocen cuatro pagas extraor-

Art. 53 IX Convenio Colectivo estatal del corcho (Código convenio núm. 99010185011996. BOE núm. 214, de 7 septiembre 2023).

Art. 51 VIII Convenio Colectivo general del sector de derivados del cemento (Código convenio núm. 99010355011996. BOE núm. 167, de 14 julio 2023).

Art. 73, párrafo 1.º V Convenio Colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores (Código convenio núm. 99016175011900. BOE núm. 302, de 16 diciembre 2024).

⁹⁷ *Vid.*, art. 20 Convenio Colectivo estatal del sector de la industria metalgráfica y de fabricación de envases metálicos.

⁹⁸ *Vid.*, art. 28 Convenio Colectivo estatal de peluquerías, institutos de belleza y gimnasios (Código convenio núm. 99010955011997. BOE núm. 255, de 22 octubre 2024).

⁹⁹ *Vid.*, art. 47, párrafo 2.º III Convenio Colectivo de ámbito estatal del sector de Contact Center (Código convenio núm. 99012145012002. BOE núm. 137, de 9 junio 2023).

¹⁰⁰ *Vid.*, art. 23 Convenio Colectivo para las granjas avícolas y otros animales (Código convenio núm. 99002415011982. BOE núm. 43, de 19 febrero 2021).

¹⁰¹ *Vid.*, art. 11.5 Convenio Colectivo estatal de pastas, papel y cartón para el periodo 2023-2025 (Código convenio núm. 99003955011981. BOE núm. 243, de 11 octubre 2023).

¹⁰² En este sentido, el art. 49 III Convenio Colectivo laboral para el sector del transporte y trabajos aéreos con helicópteros, su mantenimiento y reparación (Código convenio núm. 99015875012006. BOE núm. 189, de 10 julio 2020), señala que una de las pagas extraordinarias se abonará en Navidad y la otra en el mes que se decida entre la empresa y los trabajadores.

¹⁰³ Entre los convenios colectivos sectoriales de ámbito estatal, *vid.*, por todos:

Art. 52 VII Convenio Colectivo general de ámbito nacional para el sector de aparcamientos y garajes (Código convenio núm. 99011445011900. BOE núm. 120, de 17 mayo 2024).

Art. 39 Convenio Colectivo estatal de estaciones de servicio (Código convenio núm. 99001995011981. BOE núm. 59, de 10 marzo 2023).

Art. 23 Convenio Colectivo para las granjas avícolas y otros animales (Código convenio núm. 99002415011982. BOE núm. 43, de 19 febrero 2021).

El art. 45.2 Convenio Colectivo estatal de las empresas de seguridad (Código convenio núm. 99004615011982. BOE núm. 299, de 14 diciembre 2022) señala que la paga de marzo se abonará entre el 13 y 15 de marzo del año siguiente.

¹⁰⁴ *Vid.*, art. 23 XI Convenio Colectivo nacional para las industrias de pastas alimenticias (Código convenio núm. 99003945011981. BOE núm. 68, de 21 marzo 2023).

¹⁰⁵ Entre los convenios colectivos sectoriales de ámbito estatal, *vid.*, por todos:

Art. 29 Convenio Colectivo estatal del ciclo del comercio del papel y artes gráficas (Código convenio núm. 99001105011981. BOE núm. 219, de 14 agosto 2020).

dinarias, alguno precisa que se abonarán el último día laborable de cada trimestre natural, salvo la correspondiente al cuarto trimestre que se liquidará el 20 de diciembre o día laborable inmediato anterior ¹⁰⁶.

6.3 Abono prorrateado de las dos gratificaciones extraordinarias

Las dos pagas extraordinarias a las que tiene derecho el trabajador se abonarán de forma prorrateada en las doce mensualidades del año cuando así lo establezca el convenio colectivo (art. 31, párrafo 2.º ET). El número de convenios colectivos de ámbito estatal que contempla el prorrateo mensual como única forma de abono de las pagas extraordinarias es escaso, resultando más frecuente en convenios de empresa que en sectoriales ¹⁰⁷. Lo más frecuente es que las dos pagas extraordinarias se abonen en el correspondiente mes de devengo, y que la paga adicional, caso de que la hubiere, se incluya en el salario base mensual de forma prorrateada ¹⁰⁸.

La mayoría de los convenios colectivos establecen el abono de las pagas extraordinarias en el mes correspondiente al de su devengo, y además permiten alternativamente su prorrateo entre las doce mensualidades del año cuando así lo

Art. 19 Convenio Colectivo estatal para las empresas del comercio de flores y plantas (Código convenio núm. 99001125011982. BOE núm. 211, de 3 septiembre 2021).

Art. 26, párrafo 2.º Convenio colectivo estatal para las industrias lácteas y sus derivados (Código convenio núm. 99003175011981. BOE núm. 144, de 17 junio 2022).

¹⁰⁶ *Id.*, art. 34 XXIII Convenio Colectivo para las sociedades cooperativas de crédito (Código convenio núm. 99004835011981. BOE núm. 180, de 26 julio 2024).

¹⁰⁷ Entre los convenios colectivos sectoriales de ámbito estatal, *vid.*, art. 10 Convenio Colectivo de los registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles y su personal auxiliar (Código convenio núm. 99007765011993. BOE núm. 88, de 11 abril 2025).

Entre los convenios colectivos de empresa de ámbito estatal, *vid.*, por todos:

Art. 47 Convenio Colectivo de la empresa Inet Inst, SL (Código convenio núm. 90103932012021. BOE núm. 31, de 5 febrero 2025).

Art. 49.3 Convenio Colectivo de la empresa Intervento 2, SL (Código convenio núm. 90104840012025. BOE núm. 31, de 5 febrero 2025).

Art. 69 VIII Convenio Colectivo de la empresa Exide Technologies, SLU (Código convenio núm. 90015282012005. BOE núm. 25, de 29 enero 2025).

Art. 14.2 Convenio Colectivo de la empresa Nunhems Spain, SAU (Código convenio núm. 90010212011996. BOE núm. 92, de 16 abril 2025).

¹⁰⁸ Por todos, *vid.*:

Arts. 17. II.e) y 28 V Convenio Colectivo sectorial estatal de servicios externos auxiliares y atención al cliente en empresas de servicios ferroviarios (Código convenio núm. 99015485012007. BOE núm. 58, de 9 marzo 2022).

Art. 43. D).3 Convenio Colectivo de Prosegur Soluciones, SA (Código convenio núm. 90101052012012. BOE núm. 100, de 25 abril 2025).

acuerde la empresa con la representación legal de los trabajadores (RLT)¹⁰⁹; en ocasiones se añade que el acuerdo colectivo alcanzado será aplicable a la totalidad de los trabajadores¹¹⁰. Por tanto, el ET faculta al convenio colectivo para ordenar el pago prorrateado y este, a su vez, traslada dicha facultad al acuerdo de empresa. Algún convenio colectivo autoriza el prorrateo sin más precisión¹¹¹; otros señalan que el prorrateo será acordado entre las partes, pero sin identificarlas¹¹²; y los hay que el acuerdo lo fijan entre la empresa y los representantes sindicales¹¹³ o entre la empresa y los trabajadores (acuerdo de empresa, acuerdo

¹⁰⁹ Por todos, *vid.*, los siguientes convenios colectivos sectoriales de ámbito estatal:

Art. 50 Convenio Colectivo estatal para las cajas y entidades financieras de ahorro para el periodo 2024-2026 (Código convenio núm. 99000785011981. BOE núm. 137, de 6 junio 2024).

Art. 37.3 Convenio Colectivo general de ámbito estatal para el sector de entidades de seguros, reaseguros y mutuas colaboradoras con la Seguridad Social (Código convenio núm. 99004625011981. BOE núm. 310, de 27 diciembre 2021).

Art. 20 VIII Convenio Colectivo estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria (Código convenio núm. 99014585012004. BOE núm. 233, de 26 septiembre 2024).

Art. 26 VII Convenio Colectivo de ámbito estatal para despachos de técnicos tributarios y asesores fiscales (Código convenio núm. 99012405011999. BOE núm. 191, de 11 agosto 2023).

Art. 50, párrafo 2.º IV Convenio Colectivo estatal del comercio minorista de droguerías, herboristerías y perfumerías (Código convenio núm. 99100145012014. BOE núm. 306, de 20 diciembre de 2024).

Art. 26, párrafo 3.º Convenio Colectivo estatal para la acuicultura (Código convenio núm. 99016365012007. BOE núm. 108, de 3 mayo 2024).

¹¹⁰ *Vid.*, art. 28 V Convenio Colectivo sectorial estatal de servicios externos auxiliares y atención al cliente en empresas de servicios ferroviarios (Código convenio núm. 99015485012007. BOE núm. 58, de 9 marzo 2022).

¹¹¹ Entre los convenios colectivos sectoriales de ámbito estatal que permiten (no obligan) prorratear las pagas extraordinarias, sin más precisión, *vid.*, por todos:

Art. 24 Convenio Colectivo nacional para las empresas dedicadas a los servicios de campo, para actividades de reposición y servicios de marketing operacional (Código convenio núm. 99016925012009. BOE núm. 139, de 11 junio 2021).

Art. 36 Convenio Colectivo estatal de la industria del calzado (Código convenio núm. 9900080511981. BOE núm. 85, de 10 abril 2023).

Art. 73, párrafo 3.º V Convenio Colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores (Código convenio núm. 99016175011900. BOE núm. 302, de 16 diciembre 2024).

Art. 49.4 III Convenio Colectivo nacional de servicios de prevención ajenos (Código convenio núm. 99017255012008. BOE núm. 194, de 15 agosto 2023).

Art. 49 III Convenio Colectivo laboral para el sector del transporte y trabajos aéreos con helicópteros, su mantenimiento y reparación (Código convenio núm. 99015875012006. BOE núm. 189, de 10 julio 2020).

¹¹² Entre los convenios colectivos sectoriales de ámbito estatal, *vid.*, por todos:

Art. 39 Convenio Colectivo estatal de estaciones de servicio (Código convenio núm. 99001995011981. BOE núm. 59, de 10 marzo 2023).

Art. 47 III Convenio Colectivo marco estatal del sector ocio educativo y animación sociocultural (Código convenio núm. 99100055012011. BOE núm. 69, de 22 marzo 2021).

¹¹³ *Vid.*, art. 21, párrafo 3.º VIII Convenio Colectivo nacional de universidades privadas, centros universitarios privados y centros de formación de postgraduados (Código convenio núm. 99010715011997. BOE núm. 221, de 14 septiembre 2019).

colectivo)¹¹⁴. También hay convenios colectivos que permiten acordar el prorrateo tanto entre la empresa y la RLT (acuerdo de empresa) como entre la empresa y la propia persona trabajadora interesada (acuerdo individual)¹¹⁵; a falta de acuerdo con las RLT, el prorrateo se acordará con las personas trabajadores¹¹⁶ o por la Comisión Paritaria¹¹⁷. Otros convenios colectivos autorizan el prorrateo únicamente mediante acuerdo individual¹¹⁸, añadiendo que se mantendrá duran-

¹¹⁴ En este sentido, *vid.*:

Art. 54 IX Convenio Colectivo nacional de colegios mayores universitarios (Código convenio núm. 99009355011995. BOE núm. 267, de 8 noviembre 2023).

Art. 28 XIV Convenio Colectivo de ámbito estatal para los centros de educación universitaria e investigación (Código convenio núm. 99000995011982. BOE núm. 128, de 27 mayo 2024).

Art. 64 XII Convenio Colectivo estatal de centros de asistencia y educación infantil (Código convenio núm. 99005615011990. BOE núm. 178, de 26 julio 2019).

Art. 36.2 XXV Convenio Colectivo estatal para oficinas de farmacia (Código convenio núm. 99003895011981. BOE núm. 311, de 28 diciembre 2022).

Art. 19, párrafo 4.º XXV Convenio Colectivo estatal del sector de la banca (Código convenio núm. 99000585011981. BOE núm. 1, de 1 enero 2025).

¹¹⁵ En este sentido, *vid.*, por todos:

Art. 26.3 II Convenio Colectivo estatal de centros y servicios veterinarios (Código convenio núm. 99100235012020. BOE núm. 255, de 25 octubre 2023).

Art. 47.j) II Convenio Colectivo estatal de empresas de servicios auxiliares de información, recepción, control de accesos y comprobación de instalaciones (Código convenio núm. 99100265012021. BOE núm. 79, de 30 marzo 2024).

Art. 26, párrafo 3.º Convenio colectivo estatal para las industrias lácteas y sus derivados (Código convenio núm. 99003175011981. BOE núm. 144, de 17 junio 2022).

El art. 40 Art. 40 Convenio Colectivo laboral de ámbito estatal para el sector de agencias de viajes (Código convenio núm. 99000155011981. BOE núm. 210, de 2 septiembre 2023) señala que La empresa podrá prorratear, de forma colectiva, a todo el personal de su plantilla, y previo acuerdo con la RLT, si la hubiera o con las personas trabajadoras en ausencia de ésta, el abono de alguna/s o todas las gratificaciones extraordinarias en las doce mensualidades del año. Asimismo, la empresa podrá pactar individualmente con cada trabajador/a, que las gratificaciones extraordinarias se prorrateen en las doce mensualidades.

¹¹⁶ *Vid.*, art. 60 Convenio Colectivo estatal para el sector de comercio al por mayor e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos (Código convenio núm. 99001095011981. BOE núm. 60, de 11 marzo 2025).

¹¹⁷ *Vid.*, Art. 40 Convenio Colectivo estatal para el sector de harinas panificables y sémolas para los años 2023, 2024 y 2025 (Código convenio núm. 99002455011981. BOE núm. 108, de 3 mayo 2024).

¹¹⁸ Entre los convenios colectivos sectoriales de ámbito estatal, *vid.*, por todos:

Art. 65 Convenio Colectivo de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos (Código convenio núm. 99008725011994. BOE núm. 231, de 27 septiembre 2021).

Art. 47, párrafo 3.º III Convenio Colectivo de ámbito estatal del sector de Contact Center (Código convenio núm. 99012145012002. BOE núm. 137, de 9 junio 2023).

Art. 45.3 Convenio Colectivo estatal de las empresas de seguridad (Código convenio núm. 99004615011982. BOE núm. 299, de 14 diciembre 2022).

Art. 28 Convenio Colectivo estatal de peluquerías, institutos de belleza y gimnasios (Código convenio núm. 99010955011997. BOE núm. 255, de 22 octubre 2024).

Art. 16 Convenio Colectivo estatal del personal de salas de fiesta, baile, discotecas, locales de ocio y espectáculos de España (Código convenio núm. 99100115012012. BOE núm. 81, de 5 abril 2023).

Art. 43. D).3 Convenio Colectivo de Prosegur Soluciones, SA (Código convenio núm. 990101052012012. BOE núm. 100, de 25 abril 2025).

te un periodo mínimo de tiempo y que podrá revertirse a solicitud del trabajador¹¹⁹; los hay que permiten el abono prorrateado de alguna o de todas las pagas extraordinarias¹²⁰, o solo de la tercera paga adicional¹²¹; algún convenio colectivo indica que la empresa será libre de prorratear las pagas extraordinarias¹²² o que el trabajador es quien puede optar por el prorrateo¹²³. También los hay que ordenan el prorrateo con fórmulas distintas de las anteriores¹²⁴.

Excepcionalmente, algún convenio colectivo sectorial estatal remite a los Convenios colectivos de ámbito funcional y/o territorial inferior para establecer el prorrateo de las pagas extraordinarias¹²⁵.

Un escaso número de convenios colectivos establecen la *prohibición de prorratear* las pagas extraordinarias en los términos siguientes:

– Se prohíbe el prorrateo¹²⁶, aunque sin indicar los efectos jurídicos que lleva aparejado su incumplimiento. Inicialmente, el TS señaló que si la empre-

El art. 21, párrafo 2.º III Convenio Colectivo estatal de notarios y personal empleado (Código convenio núm. 99018195012010. BOE núm. 160, de 3 julio 2024) reconoce la posibilidad de que las pagas extraordinarias se prorrateen en las doce mensualidades, de mutuo acuerdo entre el Notario y sus empleados.

El art. 19 Convenio Colectivo de la empresa Family Cash, SL (Código convenio núm. 90103992012021. BOE núm. 45, de 21 febrero 2025) contempla el prorrateo mediante acuerdo individual, añadiendo que podrá adoptarse en cualquier momento de la relación laboral.

¹¹⁹ En este sentido, el art. 16 Convenio Colectivo estatal para el comercio de distribuidores de especialidades y productos farmacéuticos dispone que A petición individual de la persona trabajadora y siempre que concurra acuerdo con la empresa, las pagas extraordinarias podrán prorratearse en las 12 mensualidades ordinarias. Esta situación se podrá revertir a solicitud de la persona afectada con un preaviso de 2 meses. Esta forma de cobro se mantendrá como mínimo durante 3 años.

¹²⁰ Vid., art. 50 IV Convenio Colectivo estatal del comercio minorista de droguerías, herboristerías y perfumerías (Código convenio núm. 99100145012014. BOE núm. 306, de 20 diciembre 2024).

¹²¹ Vid., arts. 25. II.d) y 58 Convenio Colectivo estatal del sector de empresas organizadoras del juego del bingo (Código convenio núm. 99001905011983. BOE núm. 243, de 10 octubre 2022); y art. 23 Convenio Colectivo para las granjas avícolas y otros animales (Código convenio núm. 99002415011982. BOE núm. 43, de 19 febrero 2021).

¹²² Vid., art. 30.2 III Convenio Colectivo de la industria de la producción audiovisual (Técnicos) (Código convenio núm. 99012985012002. BOE núm. 85, de 6 abril 2024).

¹²³ El art. 24, párrafo 2.º del Convenio Colectivo de la empresa Delcom Delivery, SL (Código convenio núm. 90104861012025. BOE núm. 60, de 11 marzo 2025), señala que Lo/as trabajadores/as podrán optar por percibir las de forma prorrateada en las doce mensualidades, pudiendo pedir el cambio antes del 30 de noviembre anterior al año natural en que tendrá efecto y por un plazo mínimo de un año.

¹²⁴ En este sentido, el art. 35 del Convenio Colectivo de la empresa Severiano Servicio Móvil, SAU (Código convenio núm. 90103252012019. BOE núm. 61, de 12 marzo 2025), señala que Dichas gratificaciones extraordinarias se podrán percibir prorrateadas mensualmente, previo acuerdo entre la representación del personal y la empresa o en su ausencia entre la persona trabajadora y la empresa, previa solicitud de ésta, que podrá revocar cuando lo estime conveniente. En estos casos se informará a la comisión paritaria.

¹²⁵ Vid., art. 54, párrafo 4.º art. 54 Convenio Colectivo para las empresas y las personas trabajadoras de transporte sanitario de enfermos/as y accidentados/as (Código convenio núm. 99000305011990. BOE núm. 255, de 25 septiembre 2020).

¹²⁶ Vid., art. 46.1 VII Convenio Colectivo de industrias de ferralla (Código convenio núm. 99012395011999. BOE núm. 41, de 16 febrero 2024).

sa abona las pagas extraordinarias de forma prorrateada en contra de la prohibición convencional, no queda liberada de la obligación de abonarlas en el momento de su devengo, incluso aunque el convenio colectivo no precise los efectos jurídicos que lleva aparejado el eventual incumplimiento de tal prohibición ¹²⁷. Posteriormente, el TS rectificó su doctrina señalando que el trabajador no tiene derecho a percibir las pagas extraordinarias en su cuantía íntegra en el mes previsto en convenio colectivo cuando la empresa ha venido abonándolas de forma prorrateada, desoyendo la prohibición convencional de prorrateo mensual y sin que el propio convenio colectivo anude consecuencia jurídica específica a tal incumplimiento ¹²⁸.

– Se prohíbe el prorrateo para los nuevos contratos de trabajo, añadiendo la consecuencia para el caso de incumplimiento: el prorrateo será considerado salario ordinario correspondiente al período en que indebidamente se haya incluido dicho prorrateo ¹²⁹.

7. INEMBARGABILIDAD DEL SALARIO Y PAGAS EXTRAORDINARIAS

El art. 27.2 del ET dispone la inembargabilidad del salario en la cuantía correspondiente al SMI, tanto anual como mensual. En sentido similar, el art. 607.1 de la LECiv declara la inembargabilidad del salario que no exceda de la cuantía señalada para el SMI. El Real Decreto 87/2025 ha fijado el SMI para el año 2025 en 1.184 euros brutos al mes en 14 pagas y en 16.576 euros brutos anuales. Al fijar el límite de inembargabilidad del salario se tienen en cuenta las pagas extraordinarias según que se abonen o no de forma prorrateada:

– Si junto con el salario mensual se percibiese una gratificación o paga extraordinaria, el límite de inembargabilidad estará constituido por el doble del SMI mensual (art. 27.2 ET). Durante el año 2025, la cuantía inembargable en el mes en que se percibe el sueldo habitual más la paga extraordinaria queda fijada en 2.368 euros, que es el doble del SMI mensual.

¹²⁷ *Vid.*, STS-SOC núm. 162/2021, de 8 de febrero (RCUD núm. 2044/2018. ECLI: ES: TS:2021:435. Contiene voto particular); y STS-SOC núm. 44/2022, de 19 de enero (RCUD núm. 479/2019. ECLI: ES: TS:2022:84).

¹²⁸ STS-SOC núm. 452/2022, de 18 de mayo (RCUD núm. 1646/2020. ECLI: ES: TS:2022:2183).

¹²⁹ *Vid.*, art. 61.1 VII Convenio Colectivo general estatal del sector de la construcción (Código convenio núm. 99005585011900. BOE núm. 228, de 23 septiembre 2023).

– Si en el salario mensual estuviera incluido el prorrateo de las pagas o gratificaciones extraordinarias, el límite de inembargabilidad estará constituido por el importe del SMI en cómputo anual prorrateado entre 12 meses (art. 27.2 ET). Durante el año 2025, el importe del SMI anual es de 16.576 euros y, tras el prorrateo en 12 meses, resulta un SMI mensual de 1.381, 33 euros. Por tanto, durante el año 2025, la cuantía inembargable en cada mes en el que se percibe la paga extra prorrateada es de 1.381,33 euros.

La cuantía del salario que exceda del mínimo inembargable es susceptible de embargo. Para determinar el importe embargable, se aplica un porcentaje sobre la cuantía que exceda del límite inembargable. El porcentaje se incrementa de manera progresiva conforme a lo dispuesto en el art. 607.2 de la LECiv.

8. RESPONSABILIDAD DEL FOGASA Y PAGAS EXTRAORDINARIAS

El FOGASA abona a los trabajadores los salarios pendientes de pago a causa de insolvencia o concurso del empresario. La cuantía que abone el FOGASA en concepto de salarios no puede exceder del doble del SMI, incluida la parte proporcional de pagas extraordinarias, multiplicado por el número de días de salario pendientes de pago, con un máximo de 120 días (art. 33.1 ET).

El FOGASA abona a los trabajadores las indemnizaciones por extinción del contrato de trabajo pendientes de pago a causa de insolvencia o concurso del empresario. Concretamente, el FOGASA abonará las indemnizaciones reconocidas a causa de despido o extinción del contrato de trabajo conforme a: 1) los arts. 50, 51, 52, 40.1 y 41.3; 2) los arts. 181 y 182 de la LC; y 3) el art. 11.2 del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar. El FOGASA también abonará las indemnizaciones por extinción de contratos temporales o de duración determinada en los casos que legalmente procedan. La cuantía que abone el FOGASA en concepto de indemnización por extinción del contrato de trabajo no puede exceder, con carácter general, de una anualidad. No obstante, este límite varía en dos casos:

– En la extinción del art. 41.3 del ET, la indemnización que abone el FOGASA no podrá exceder de 9 mensualidades.

– En la extinción del art. 11.2 del Real Decreto 1620/2011, la indemnización que abone el FOGASA no podrá exceder de 6 mensualidades, sin que el salario diario, base del cálculo, pueda exceder del doble del SMI, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias.

9. CONDICIONES ESPECÍFICAS MÁS BENEFICIOSAS

Una minoría de convenios colectivos abordan la condición más beneficiosa en materia de pagas extraordinarias, y lo hacen en los términos siguientes:

– Se respetarán las condiciones específicas más beneficiosas que vinieren disfrutando al respecto en cada empresa o provincia ¹³⁰.

– La suma del salario base y las gratificaciones extraordinarias deberá estar comprendida entre el 65 por 100 y el 75 por 100 del total anual de las tablas del convenio para cada categoría o nivel. Aquellos convenios en los que la proporción de estos dos conceptos siga siendo superior al 75 por 100 del total anual, la mantendrán ¹³¹.

– El convenio colectivo estatal de restauración colectiva señala que se mantendrá el régimen de pagas extraordinarias recogido en el convenio colectivo de hostelería de origen, y en particular el número, su cuantía y conceptos que las integran ¹³².

10. PAGAS EXTRAORDINARIAS COMO ELEMENTO PARA EL CÁLCULO DE OTROS CONCEPTOS

10.1 Cuantía de los anticipos a cuenta

El art. 29.1, párrafo 2.º del ET reconoce a los trabajadores el derecho a percibir, sin que llegue el día señalado para el pago, anticipos a cuenta del trabajo ya realizado. Algún convenio colectivo sectorial estatal toma el impor-

¹³⁰ *Vid.*, art. 23.2, párrafo 2.º Convenio Colectivo estatal del sector de conservas, semiconservas y salazones de pescado y marisco (Código convenio núm. 99001315011981. BOE núm. 192, de 11 agosto 2022).

¹³¹ *Vid.*, art. 50.2.a) VII Convenio Colectivo general estatal del sector de la construcción (Código convenio núm. 99005585011900. BOE núm. 228, de 23 septiembre 2023).

¹³² *Vid.*, art. 30 Convenio Colectivo estatal de restauración colectiva (Código convenio núm. 99100165012016. BOE núm. 299, de 14 diciembre 2022).

te de la paga extraordinaria para fijar la del anticipo a cuenta. Así, el importe solicitado por el trabajador no podrá superar:

- El 90 % de la parte ya devengada de las pagas extraordinarias ¹³³.
- El importe total generado en ese momento en las pagas extraordinarias del año ¹³⁴.
- El 50 % de la paga extra devenga hasta la solicitud del anticipo ¹³⁵.
- El salario y las pagas extraordinarias generadas en el momento de la solicitud ¹³⁶.

10.2 Cuantía de las mejoras voluntarias de la Seguridad Social

Algunos convenios colectivos sectoriales de ámbito estatal contemplan la mejora voluntaria de algunas prestaciones económicas de la Seguridad Social hasta completar el 100 % del salario de la jornada ordinaria o un porcentaje inferior. A tal efecto suele excluirse expresamente del cómputo la parte proporcional de gratificaciones extraordinarias ¹³⁷.

10.3 Cuantía de la participación en beneficios

El art. 24 del Convenio Colectivo del grupo de marroquinería, cueros repujados y similares de Madrid, Castilla-La Mancha, La Rioja, Cantabria, Burgos, Soria, Segovia, Ávila, Valladolid y Palencia (Código convenio núm. 99003385011981. BOE núm. 76, de 27 marzo 2024), señala que la cuantía de la participación en beneficios equivale a un 9 % de la suma de las siguientes cantidades: 1) salario base, 2) gratificaciones extraordinarias y 3) antigüedad, en su caso.

¹³³ Vid., art. 47.k) II Convenio Colectivo estatal de empresas de servicios auxiliares de información, recepción, control de accesos y comprobación de instalaciones (Código convenio núm. 99100265012021. BOE núm. 79, de 30 marzo 2024).

¹³⁴ Vid., art. 51, párrafo 2.º IV Convenio Colectivo estatal del comercio minorista de droguerías, herboristerías y perfumerías (Código convenio núm. 99100145012014. BOE núm. 306, de 20 diciembre 2024).

¹³⁵ Vid., art. 20 III Convenio Colectivo estatal de notarios y personal empleado (Código convenio núm. 99018195012010. BOE núm. 160, de 3 julio 2024).

¹³⁶ Vid., art. 44 Convenio Colectivo laboral de ámbito estatal para el sector de agencias de viajes (Código convenio núm. 99000155011981. BOE núm. 210, de 2 septiembre 2023).

¹³⁷ Vid., 31.1 XI Convenio Colectivo nacional para las industrias de pastas alimenticias (Código convenio núm. 99003945011981. BOE núm. 68, de 21 marzo 2023); y art. 69. B) VIII Convenio Colectivo estatal del sector de fabricantes de yesos, escayolas, cales y sus prefabricados (Código convenio núm. 99011915011998. BOE núm. 52, de 28 febrero 2024).

11. PAGAS EXTRAORDINARIAS EN EL MARCO DE LAS RELACIONES LABORALES ESPECIALES

11.1 Personal al servicio del hogar familiar

El art. 8.4 del Real Decreto 1620/2011 configura el régimen de las gratificaciones extraordinarias del personal al servicio del hogar familiar en los términos siguientes:

- Número: dos al año.
- Devengo y abono: salvo pacto en contrario, se abonarán al finalizar cada uno de los semestres del año en proporción al tiempo trabajado durante el mismo. Por tanto, el devengo es semestral y el pago se realizará a finales de junio y de diciembre.
- Cuantía: la que acuerden las partes. No obstante, su cuantía deberá ser suficiente para garantizar, en todo caso, el pago en metálico de, al menos, la cuantía del SMI en cómputo anual.

11.2 Personal residente en formación en Ciencias de la Salud

El art. 7.2 del Real Decreto 1146/2006 señala que los residentes percibirán dos pagas extraordinarias que se devengarán semestralmente, en los meses de junio y diciembre, abonándose junto al salario correspondiente a dichos meses. El importe de cada una de ellas será, como mínimo, de una mensualidad del sueldo y del complemento de grado de formación.

En el ámbito de la relación laboral especial del personal residente en formación en Ciencias de la Salud, las gratificaciones extraordinarias se configuran en los términos siguientes:

- Número: dos al año.
- Devengo y abono: el devengo de las pagas extraordinarias es semestral, en los meses de junio y diciembre. Cada una se abonará junto con los demás conceptos de la retribución en el mes correspondiente (junio y diciembre).
- Cuantía mínima: de una mensualidad del sueldo y del complemento de grado de formación. Por tanto, la cuantía mínima de cada paga extraordinaria comporta la suma de los dos conceptos siguientes:

- Sueldo, cuya cuantía se corresponde con la asignada en concepto de sueldo base, al personal estatutario de los servicios de salud en función del tí-

tulo universitario exigido para el desempeño de su profesión, atendiendo, en el caso de los residentes, al exigido para el ingreso en el correspondiente programa de formación [art. 7.1.a) Real Decreto 1146/2006].

- Complemento de grado de formación, que se devenga a partir del segundo curso de formación, y cuya cuantía equivale a un porcentaje del sueldo, que varía en función del curso de formación en el que se encuentre el residente [art. 7.1.b) Real Decreto 1146/2006]: 1) 8 % para los residentes de segundo curso; 2) 18 % para los residentes de tercer curso; 3) 28 % para los residentes de cuarto curso; y 4) 38 % para los residentes de quinto curso. Por tanto, el complemento de grado de formación se incrementa cada curso de formación un 10 % respecto del porcentaje del curso anterior.

El art. 7.2 del Real Decreto 1146/2006 se configura como norma de Derecho de mínimos al fijar la cuantía de cada paga extraordinaria. Esto ha llevado a cuestionar si la cuantía mínima legal de la paga extraordinaria, conformada por la suma del sueldo y el complemento de grado de formación, podría incrementarse (mejorarse) con otros conceptos que el residente percibe con carácter ordinario, como es el complemento de atención continuada. El TS ha dictaminado que el art. 7.2 del Real Decreto 1146/2006 conforma un mínimo de derecho necesario que habrá de ser respetado siempre [...] pero que puede ser mejorado en beneficio de los residentes, tanto por la negociación colectiva como por la autonomía individual, en la que cabe situar una decisión unilateral de la empresa [...] con aceptación tácita de los afectados. En el ámbito de la Administración Pública, la cuantía de las pagas extraordinarias del personal residente en formación podría mejorarse a través de las correspondientes leyes de presupuestos. El TS declara que el art. 7.2 del Real Decreto 1146/2006 garantiza una cuantía mínima de las pagas extraordinarias que ha de incluir una mensualidad del sueldo y del complemento de grado de formación, pero no impone la obligada inclusión del complemento de atención continuada. Por tanto, mientras ese mínimo no sea mejorado por alguna de las vías habilitadas para ello (negociación colectiva, autonomía individual, Ley de presupuestos), la cuantía de la paga extraordinaria será la suma del sueldo y el complemento de grado de formación, sin posibilidad de añadir (de forma automática) el complemento de atención continuada ¹³⁸.

¹³⁸ En este sentido, *vid.*, STS-SOC núm. 336/2023, de 9 de mayo (RCUD núm. 2196/2022. ECLI: ES: TS:2023:2045); STS-SOC núm. 337/2023, de 9 de mayo (RCUD núm. 2919/2022. ECLI: ES: TS:2023:2248); STS-SOC núm. 439/2024, de 6 de marzo (RCO núm. 158/2022. ECLI: ES: TS:2024:1602); STS-SOC núm. 144/2025, de 26 de febrero (RCUD núm. 1911/2023. ECLI: ES: TS:2025:910); y STS-SOC núm. 173/2025, de 5 de marzo (RCO núm. 96/2023. ECLI: ES: TS:2025:1016).

11.3 Personal con discapacidad en centros especiales de empleo

El art. 12.b) del Real Decreto 1368/1985 regula de manera muy escueta las gratificaciones extraordinarias para el personal con discapacidad que presta servicios en un centro especial de empleo en los términos siguientes; son dos aspectos los que aborda:

- Número: dos al año.
- Cuantía mínima: 30 días de salario.

11.4 Personal interno en instituciones penitenciarias

El régimen jurídico de las gratificaciones extraordinarias en el marco de la relación laboral especial penitenciaria se recoge en los arts. 206.8 y 206.9 del Real Decreto 1201/1981 y en el art. 15.3 del Real Decreto 782/2001. La normativa se centra especialmente en el cálculo de su cuantía. Concretamente, las gratificaciones extraordinarias se calculan sobre el promedio salarial del primer semestre del año y el último. La entidad Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo, adscrita al Ministerio del Interior, es la encargada de determinar el módulo retributivo, que incluye la parte proporcional de las pagas extraordinarias que, en su caso, correspondan.

11.5 Otras relaciones laborales especiales

La retribución de algunos colectivos que prestan servicios en el marco de una relación laboral especial es la pactada en convenio colectivo o contrato individual de trabajo, sin que su normativa reglamentaria específica recoja previsión alguna en materia de gratificaciones extraordinarias. Tal es el caso de la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos (art. 7. Uno Real Decreto 1435/1985), de los deportistas profesionales (art. 8. Uno Real Decreto 1006/1985) y de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados (art. 18.1 Real Decreto 1331/2006). En sentido similar, la retribución del personal de alta dirección será la pactada en su contrato de trabajo [art. 4. Dos.c) Real Decreto 1382/1985], incluido todo lo relativo a las gratificaciones extraordinarias (número, cuantía, devengo, etc.). Las gratificaciones extraordinarias tampoco se contemplan en el Real Decreto 1438/1985, que regula la relación laboral especial de los representantes de comercio.

CAPÍTULO X

SALARIOS MÍNIMOS: PERSPECTIVA JURÍDICA Y APLICACIÓN PRÁCTICA

ANA I. PÉREZ CAMPOS

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

1. INTRODUCCIÓN

El salario mínimo constituye uno de los temas centrales y recurrentes en el debate actual sobre el Derecho del Trabajo, tanto por su relevancia jurídica como por su impacto social y económico. Su determinación como herramienta jurídica, orientada a garantizar un umbral mínimo de remuneración en el marco de una relación laboral, es expresión directa del principio constitucional del derecho a una remuneración suficiente, previsto en el artículo 35.1 de la Constitución Española. Este precepto no solo consagra una garantía laboral básica, sino que representa también el compromiso del Estado con la dignidad del trabajo y la protección frente a situaciones de pobreza o precariedad laboral.

En el sistema español –y en muchos ordenamientos europeos– la realidad salarial se estructura también, y de forma predominante, a través de la negociación colectiva. En este sentido, los llamados salarios profesionales pactados en convenios colectivos desempeñan un papel clave en la configuración del sistema retributivo, superando con frecuencia el mínimo legal y

reflejando las condiciones específicas de los sectores y categorías profesionales. Ello sitúa a la negociación colectiva como un instrumento esencial no solo de fijación salarial, sino también de equilibrio entre autonomía colectiva y derecho necesario.

La evolución reciente del salario mínimo interprofesional (SMI) ha tenido efectos jurídicos relevantes sobre esta arquitectura convencional, en especial cuando las cuantías pactadas en convenio resultan absorbidas o ajustadas por imperativo legal. Este fenómeno ha reactivado el interés por el régimen de compensación y absorción salarial, regulado en los artículos 26.5 y 27.1 del Estatuto de los Trabajadores, que actúa como mecanismo de coordinación entre distintas fuentes retributivas, pero que también ha generado una notable litigiosidad y debate doctrinal.

En este contexto, y a raíz de la aprobación de la Directiva (UE) 2022/2041 relativa a unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea, resulta pertinente abordar un análisis jurídico que no se limite a la cuantía del SMI, sino que profundice en su articulación con la estructura salarial general. El presente trabajo tiene por objeto, por tanto, examinar el salario mínimo desde la perspectiva de su interacción con los salarios profesionales, la negociación colectiva y los mecanismos de compensación y absorción, incluyendo un estudio comparado con otros modelos europeos y una valoración de su impacto práctico y normativo.

2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y NORMATIVA DEL SALARIO MÍNIMO

2.1 El salario mínimo en el Derecho Internacional

El salario mínimo –la remuneración básica por debajo de la cual no puede pagarse legalmente a un trabajador– ha pasado de ser un tema de política interna a un estándar con reconocimiento supranacional. A lo largo del último siglo, instrumentos internacionales de derechos humanos y normas laborales han consagrado la idea de que todo trabajador tiene derecho a percibir un salario «suficiente», «adecuado» o «justo» para asegurar un nivel de vida digno para sí y su familia. Este principio ha evolucionado desde formulaciones generales en declaraciones de derechos humanos hasta directivas y convenios que fijan criterios más concretos para su aplicación.

2.1.1 EL SALARIO MÍNIMO EN EL SISTEMA DE NACIONES UNIDAS

En la Organización de Naciones Unidas (ONU), el reconocimiento del derecho a un salario mínimo digno se remonta a los orígenes mismos de la formulación universal de los derechos humanos. La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), si bien no menciona explícitamente la figura del «salario mínimo», sienta las bases del concepto al proclamar en su artículo 23.3 que «toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana»¹. Esta idea de una remuneración justa y suficiente para vivir con dignidad supone el antecedente fundamental del salario mínimo en clave de derechos humanos. La Declaración Universal, como resolución de la Asamblea General, carece de fuerza vinculante directa, pero ha ejercido una gran influencia en la codificación posterior del derecho.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) de 1966², como Tratado vinculante que desarrolla estos principios, en su art. 7 consagra el derecho de toda persona a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, incluyendo «una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores» dos aspectos, a saber: «(i) un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie... (ii) condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias». En otras palabras, los Estados parte se comprometen a garantizar salarios «justos» que permitan un nivel de vida digno. La referencia explícita a «condiciones de existencia dignas» subraya la noción de suficiencia, esto es, el salario debe ser tal que, al menos en su cuantía mínima, asegure que el trabajador y su familia puedan vivir con dignidad conforme a los estándares del propio pacto.

La comprensión de este derecho ha seguido desarrollándose mediante la interpretación autorizada del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En su Observación General n.º 23 (2016) sobre el derecho a condiciones de trabajo justas, el Comité destacó que la noción de «salario justo» es dinámica y debe ajustarse progresivamente al coste de la vida y al nivel de desarrollo, y continua señalando que en la mayoría de casos un salario verdaderamente justo estará por encima del salario mínimo legal³. Esta interpretación implica que los Estados deben revisar periódicamente sus salarios mínimos para avanzar hacia

¹ <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>.

² Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966. BOE, núm. 103, de 30 de abril de 1977.

³ United Nations. Salario digno. Navitator. Plataforma de empresas y derechos humanos. <https://bhr-navigator.unglobalcompact.org/issues/salario-digno/?lang=es#>.

el llamado «salario vital» o «salario digno», asegurando que la remuneración mínima nunca se estanque por debajo de lo requerido para una vida digna.

En suma, bajo el paraguas de Naciones Unidas quedó establecido el principio de que el salario mínimo es un derecho humano laboral, entendido como la garantía de una remuneración básica suficiente para vivir con dignidad.

2.1.2 LA OIT Y LA NOCIÓN DE «SALARIO MÍNIMO VITAL»

Paralelamente a la ONU, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) fue pionera en abordar la necesidad de proteger a los trabajadores mediante salarios mínimos. De hecho, la idea de un «salario mínimo vital» aparece ya en 1919 en la propia Constitución de la OIT (reafirmada en la Declaración de Filadelfia de 1944) como uno de los objetivos fundamentales para promover la justicia social⁴.

La OIT fue la primera en elaborar normas internacionales específicas sobre salarios mínimos. En 1928, adoptó el Convenio sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos (Convenio OIT n.º 26)⁵, primer instrumento jurídico internacional en la materia. Este convenio obligaba a los Estados que lo ratificaran a establecer mecanismos para fijar salarios mínimos en determinadas industrias o sectores, especialmente allí donde la ausencia de negociación colectiva dejaba a los trabajadores desprotegidos. Es significativo que el texto del Convenio 26 no haga referencia explícita a las «necesidades» de los trabajadores ni a un nivel de vida digno; su foco se centró la creación de una maquinaria de fijación salarial. Sin embargo, la Recomendación n.º 30 de la OIT⁶, emitida junto con el convenio, sí introdujo la noción cualitativa de suficiencia al sugerir que «al determinar las tasas mínimas de salarios... deberían tener siempre en cuenta la necesidad de garantizar a los trabajadores un nivel de vida adecuado». En otros términos, desde 1928 la OIT insinuó que los mínimos legales debían orientarse a asegurar una vida adecuada, aunque el compromiso formal quedase limitado a implementar el mecanismo.

Con el tiempo, la OIT amplió y precisó estos estándares. En 1951 se aprobó el Convenio OIT n.º 99 sobre métodos para la fijación de salarios

⁴ La histórica Declaración de Filadelfia proclama la obligación de adoptar medidas salariales destinadas a «garantizar a todos una justa distribución de los frutos del progreso y un salario mínimo vital para todos los que tengan empleo y necesiten esta clase de protección» https://www.ilo.org/sites/default/files/2024-06/Declaration%20of%20Philadelphia_A5%20booklet%20ES.pdf

⁵ https://normlex.ilo.org/dyn/nrmlx_es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312171

⁶ https://normlex.ilo.org/dyn/nrmlx_es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312368:NO#:~:text=Recomendaci%C3%B3n%20R030%20%2D%20

mínimos en la agricultura, extendiendo la protección a los trabajadores agrícolas. Y finalmente, el avance más notable vino con el Convenio OIT n.º 131 sobre la fijación de salarios mínimos (1970), que marcó un hito en la definición moderna del salario mínimo a nivel internacional. Este convenio –que expresamente menciona tener especial referencia a los países en desarrollo– obliga a los Estados que lo ratifican a establecer un sistema de salarios mínimos que cubra a todos los grupos de trabajadores, y por primera vez establece criterios concretos para determinar el nivel de esos salarios⁷. La inclusión explícita de las «necesidades de los trabajadores y sus familias» evidencia que, para la OIT, el salario mínimo debe calcularse de modo que alcance para cubrir el coste de la vida y garantizar un nivel de vida básico. A su vez, el Convenio n.º 131 equilibra esta perspectiva social con factores económicos (productividad, empleo, etc.), reconociendo la necesidad de sostener el desarrollo mientras se mejora la protección laboral.

En décadas posteriores, la OIT ha seguido promoviendo la dimensión de «salario digno» como evolución del salario mínimo. Cabe destacar, la Declaración de la OIT sobre Justicia Social (2008) y la Agenda 2030 que sitúa el trabajo decente en el centro del desarrollo económico a través del Objetivo de Desarrollo Sostenible 8 (ODS 8)⁸. Más recientemente, en 2022, la Conferencia n.º 110 Internacional del Trabajo, de 10 de junio de 2022, adoptó una resolución instando a reforzar la cooperación para una mejor comprensión y aplicación de los salarios dignos, brindando asistencia a los Estados para estimarlos.

2.1.3 EL CONSEJO DE EUROPA Y LA CARTA SOCIAL EUROPEA SOBRE SALARIO JUSTO

En el ámbito regional europeo, el Consejo de Europa consagró tempranamente el derecho a un salario suficiente en la Carta Social Europea (CSE) de 1961. La CSE, concebida como complemento europeo al Convenio Euro-

⁷ En particular, el artículo 3 del Convenio n.º 131 dispone que al fijar los mínimos deben considerarse dos categorías de factores: (a) «las necesidades de los trabajadores y de sus familias, habida cuenta del nivel general de salarios en el país, el costo de la vida, las prestaciones de seguridad social y el nivel de vida relativo de otros grupos sociales»; y (b) «los factores económicos, incluidos los requerimientos del desarrollo económico, los niveles de productividad y la conveniencia de lograr y mantener un alto nivel de empleo» https://normlex.ilo.org/dyn/nrmlx_es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312276.

⁸ <https://www.ilo.org/es/resource/declaraci%C3%B3n-de-la-oit-sobre-la-justicia-social-para-una-globalizaci%C3%B3n-0>. <https://www.ilo.org/es/temas-y-sectores/trabajo-decente-y-la-agenda-2030-de-desarrollo-sostenible>.

peo de Derechos Humanos en materia social, proclama en su Parte I un principio fundamental según el cual «todos los trabajadores tienen derecho a una remuneración suficiente. Este enunciado general se hace exigible en el artículo 4.1 de la Parte II de la Carta, donde los Estados signatarios se comprometen «a reconocer el derecho de los trabajadores a una remuneración suficiente que les proporcione, a ellos y a sus familias, un nivel de vida decoroso»⁹.

La Carta Social Europea (revisada en 1996) mantuvo este derecho en términos similares, y estableció un mecanismo de supervisión a cargo del Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS). Este Comité ha dotado de contenido operativo al concepto de «remuneración suficiente» del art. 4.1 CSE, llegando incluso a cuantificar cuándo un salario es «suficiente» o no. En una serie de conclusiones generales desde finales de los años 90, el Comité estableció criterios interpretativos que se han vuelto referenciales: primero, aclaró que garantizar un «nivel de vida decente» implica que el Estado debe asegurar la existencia de un salario mínimo para los trabajadores peor remunerados (sea por ley o convenios); y segundo, a efectos de evaluar la suficiencia de ese salario mínimo, el CEDS comenzó en 1998 a utilizar un umbral cuantitativo del 60 % del salario medio neto nacional (tras impuestos y cotizaciones) como referencia de «nivel de vida decoroso». En la práctica, el Comité considera que, si el salario mínimo neto de un país está por debajo del 50 % del salario medio neto, no cumple el art. 4.1 (es insuficiente); entre el 50 % y el 60 % entra en una zona dudosa que suele dar lugar a recomendaciones de mejora; y solamente por encima del 60 % puede presumirse que el mínimo permite un nivel de vida digno.

En definitiva, el Consejo de Europa, a través de la Carta Social y su Comité, ha contribuido a concretar la noción de salario mínimo suficiente, traducéndola en indicadores cuantitativos que han servido de guía y presión para la mejora de las legislaciones nacionales.

2.2 En el derecho Europeo: del Pilar Europeo de Derechos Sociales a la Directiva 2022/2041

En el Derecho de la Unión Europea (UE), la cuestión del salario mínimo ha experimentado un desarrollo tardío pero significativo. Originalmente,

⁹ La versión original, firmada el 18 de octubre de 1961 en Turín, entró en vigor el 26 de febrero de 1965. La Carta Social Europea revisada, que consolida los derechos de la versión original y añade otros nuevos, fue firmada el 3 de mayo de 1996 y entró en vigor el 1 de julio de 1999. España ratificó la Carta Social Europea (revisada) en 2021. <https://rm.coe.int/168047e013>.

los Tratados de la UE excluían la «remuneración» de la competencia legislativa europea (art. 153.5 TFUE), lo que durante décadas impidió una armonización directa de los salarios mínimos a escala comunitaria. No obstante, la UE abordó indirectamente el tema mediante políticas de coordinación económica y recomendaciones.

El Pilar Europeo de Derechos Sociales, proclamado en 2017, supuso un primer reconocimiento político explícito dentro de la UE del derecho a un salario mínimo adecuado. En su Principio n.º 6, el Pilar establece que: «los trabajadores tienen derecho a salarios justos que proporcionen un nivel de vida digno», y añade que «debe garantizarse un salario mínimo adecuado que satisfaga las necesidades de los trabajadores y sus familias, teniendo en cuenta las condiciones económicas y sociales, a la vez que se salvaguarda el acceso al empleo y los incentivos para trabajar». Esta declaración, si bien carecía de efectos jurídicos inmediatos, marcó un consenso político en la medida en que la noción de «salario mínimo adecuado» pasó a formar parte de los objetivos compartidos de la Unión. El Pilar asimismo subraya la importancia de la transparencia en la fijación salarial y el respeto a la autonomía de los interlocutores sociales, prefigurando elementos clave de la posterior normativa.

Impulsada por el Pilar y por el compromiso de la nueva Comisión Europea presidida por Úrsula von der Leyen, la UE dio el paso hacia la regulación, de hecho, en julio de 2019, al presentar sus prioridades ante el Parlamento Europeo, prometió proponer «un instrumento legal que garantice que cada trabajador en nuestra Unión tenga un salario mínimo justo que le permita una vida decente». Esta promesa cristalizó en 2020, cuando la Comisión lanzó una consulta formal y luego presentó la Propuesta de Directiva sobre salarios mínimos adecuados. Tras diversas negociaciones, en octubre de 2022 se adoptó la Directiva (UE) 2022/2401 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de octubre de 2022, sobre unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea. Se trata de un instrumento jurídico histórico por ser la primera norma vinculante de la UE en materia de salarios.

La Directiva 2022/2401 no impone un salario mínimo uniforme, ni obliga a los Estados miembros a introducir un salario mínimo legal si no lo tienen. En respeto a la diversidad de sistemas (algunos países nórdicos, por ejemplo, determinan salarios mínimos solo mediante convenios colectivos), la Directiva establece más bien un marco procedimental y de estándares para garantizar que, allí donde exista un salario mínimo, éste sea adecuado. Entre sus disposiciones

principales destacan: el fomento de la negociación colectiva¹⁰; los criterios para fijar el salario mínimo legal¹¹; y a la participación de interlocutores sociales¹².

La adopción de la Directiva 2022/2041 representa un cambio de paradigma en la UE en la medida en que se ha pasado de no señalar nada en materia de salarios a establecer estándares mínimos comunes sobre la «adecuación» del salario mínimo. Todo ello refleja la evolución en la comprensión del término «adecuado» a nivel europeo, alineándose con el significado de suficiente para una vida digna. De hecho, la propia Directiva reconoce en sus considerandos la convergencia con las normas internacionales al señalar que unos salarios mínimos adecuados contribuyen a garantizar una vida digna «tal como pretende el Convenio [...] n.º 131 (1970) de la OIT», y que los salarios mínimos que proporcionan un nivel de vida digno (es decir, que cumplen con un cierto «umbral de dignidad») ayudan a reducir la pobreza, a sostener la demanda interna y a disminuir la desigualdad y la brecha salarial de género. Es una clara alusión al marco de la OIT y al concepto de «umbral de decencia» manejado también en la Carta Social Europea.

En otro orden de consideraciones, cabe mencionar que la Directiva ha sido objeto de un litigio ante el Tribunal de Justicia de la UE. Dinamarca –apoyada por Suecia, dos naciones sin salario mínimo legal y con tradición de autorregulación por convenios– impugnó la Directiva alegando que la UE se extralimitó en sus competencias. Sin embargo, el TJUE en su sentencia de 11 de noviembre de 2025 (asunto C-19/23) confirmó la validez de la mayor parte de la norma y solo anuló dos disposiciones relativas a los criterios obligatorios para fijar y actualizar los salarios mínimos legales y a la prohibición de reducirlos cuando exista indexación automática. En cualquier caso, el debate jurídico refleja la tensión entre un modelo europeo que busca elevar los estándares sociales comunes y los recelos sobre la intervención supranacional en políticas salariales tradicionalmente nacionales.

España está en línea con los objetivos de la Directiva e incluso ha contribuido a la convergencia al alza de los salarios mínimos en Europa. El SMI español ha alcanzado aproximadamente el 60 % del salario medio nacional, meta que el Gobierno se había propuesto y que se sitúa en línea con los valores

¹⁰ El artículo 4 de la Directiva 2022/2041 exige que los Estados con una cobertura de negociación colectiva inferior al 80% elaboren planes de acción para fortalecerla, especialmente en niveles sectoriales o interprofesionales. Se reconoce así su papel clave para garantizar salarios justos y reducir la dependencia de salarios mínimos legales bajos.

¹¹ El artículo 5 establece que los Estados deben aplicar procedimientos transparentes y revisiones periódicas (cada 2 o 4 años) del salario mínimo. Los criterios que considerar incluyen el poder adquisitivo, el nivel y distribución salarial, la evolución de los salarios medios y la productividad nacional. Se recomiendan valores de referencia como el 60% del salario mediano o el 50% del salario medio bruto, en línea con estándares internacionales como los de la OIT y el PIDESC.

¹² El artículo 7 garantiza la inclusión de sindicatos y organizaciones empresariales en el proceso de fijación y revisión del salario mínimo, promoviendo un enfoque participativo y legitimador.

de referencia orientativos mencionados en la Directiva (60 % del salario mediano bruto y 50 % del salario medio bruto). De hecho, la exposición de motivos del Real Decreto 87/2025, de 11 de febrero, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2025 señala que «con esta subida (...) por un lado, se atiende de manera efectiva al derecho a una remuneración equitativa y suficiente; y, por otro, se mantiene el objetivo de que el salario mínimo interprofesional alcance el 60 por ciento del salario medio, dando cabal cumplimiento a lo dispuesto por el Comité Europeo de Derechos Sociales en aplicación de la Carta Social Europea y satisfaciendo el compromiso adquirido por el Gobierno en tal sentido».

Ahora bien, en el plano procedimental e institucional, España presenta un grado de cumplimiento menor comparado con Francia, Alemania u otros países. Su normativa interna aún no refleja plenamente los mecanismos procedimentales previstos por la Directiva¹³. Por tanto, deberá reformar el art. 27 ET para alinearlos con la Directiva¹⁴, utilizando valores de referencia orientativos para la evaluación de la adecuación del SMI, reconociendo formalmente un órgano de asesoramiento permanente sobre SMI y garantizando un proceso de consulta más sustancial (por ejemplo, con antelación y posibilidad de informes o alegaciones de los agentes sociales)¹⁵. De esta manera, nuestro país no solo cumpliría plenamente con los objetivos cuantitativos de la Directiva sino también con sus exigencias institucionales, asegurando la sostenibilidad y legitimidad del proceso de fijación del SMI en el futuro.

3. EL SALARIO MÍNIMO INTERPROFESIONAL EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

3.1 Antecedentes y marco normativo

En los textos fundacionales como la Declaración Universal de 1948 o la Constitución de la OIT, el salario mínimo aparecía como un principio moral

¹³ VIZCAÍNO RAMOS, Iván. «El grado de cumplimiento por Francia del capítulo II de la Directiva (UE) 2022/2041, sobre unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea. Un estudio comparado con el grado de cumplimiento español». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, Laborum. n.º 6, 2023, pp. 145-162, destaca menor adecuación procedimental de España frente a Francia), revista.laborum.esrevista.laborum.es.

¹⁴ VIZCAÍNO RAMOS, Iván. «El grado de cumplimiento por Francia del capítulo II de la Directiva (UE) 2022/2041, sobre unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea. Un estudio comparado con el grado de cumplimiento español»....ob. cit., p. 147.

¹⁵ GIMENO DÍAZ DE ATAURI, Pablo: «El SMI aprobado y la conformidad con la Directiva de salarios mínimos adecuados» Blog El Foro de Labos, 2023. elforodelabos.eselforodelabos.es.

y social al mencionar el derecho a una remuneración justa que asegure una vida digna. Con el tiempo, ese principio se positivizó en tratados vinculantes (PIDESC, Carta Social Europea) que introdujeron la noción de «remuneración suficiente», y más tarde en convenios técnicos de la OIT que incorporaron criterios concretos para determinar tal suficiencia (necesidades básicas, coste de vida, etc.). El calificativo fue variando –equitativo y satisfactorio, suficiente, adecuado, justo– pero siempre con un elemento común como es la referencia a la dignidad humana y las necesidades esenciales. Como señala la doctrina científica más autorizada «la función sustentadora que el salario tiene explica que el Estado, con fines político-sociales fije retribuciones mínimas legales por debajo de las cuales resulta nula cualquier negociación colectiva o individual»¹⁶.

Por otra parte, a nivel normativo un punto de inflexión en la política legal sobre el salario mínimo en España lo constituye el Real Decreto-ley 3/2004, de 25 de junio, para la racionalización de la regulación del Salario Mínimo Interprofesional¹⁷. Aunque esta norma es principalmente conocida por la creación del Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM), su verdadero valor normativo radica en las reflexiones que introduce sobre la función constitucional del SMI y su directa conexión con el derecho a una remuneración suficiente del artículo 35.1 CE¹⁸. Por primera vez, una norma con rango legal reconoce que el SMI no puede limitarse a una magnitud económica sujeta a criterios coyunturales, sino que ha de alinearse con los principios estructurales del Estado social. Como señala la doctrina, este RDL inaugura una formulación explícita del vínculo entre suficiencia constitucional y cuantía del salario mínimo, en coherencia con los estándares de la Carta Social Europea (art. 4.1) y el Convenio 131 de la OIT, que obligan a asegurar unos ingresos mínimos compatibles con un nivel de vida digno¹⁹.

En suma, el salario mínimo ha pasado de ser una herramienta laboral nacional, a consolidarse como un derecho humano de dimensión internacional, sujeto a estándares supranacionales crecientemente precisos. La comprensión de lo que sea un salario mínimo «suficiente», «adecuado» o «justo» se ha enriquecido en la medida en que ya no se concibe sólo como un piso legal nominal, sino como una garantía material vinculada al bienestar y la equidad

¹⁶ MONTROYA MELGAR, Alfredo. *Derecho del Trabajo*, Técnicos, Madrid, 46ª ed. 2025, p. 381.

¹⁷ BOE 26.6.2004.

¹⁸ SEMPERE NAVARRO, Antonio V. y PÉREZ CAMPOS, Ana I: *SMI e IPREM*, Thomson-Aranzadi, 2007.

¹⁹ Véase, ARIAS DOMÍNGUEZ, Ángel: La configuración normativa de la suficiencia constitucional del salario y su proyección en el Salario Mínimo Interprofesional, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 52, 2019, pp. 10-60.

social. Los sistemas internacionales han confluído en la idea de que el trabajo debe remunerarse de forma que permita al trabajador salir de la pobreza y vivir con dignidad.

3.1.1 NOCIÓN Y ALCANCE

El Salario Mínimo Interprofesional (SMI) en el ordenamiento español encuentra su fundamento normativo en el artículo 35.1 de la Constitución Española, que reconoce «el derecho de todos los trabajadores a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia». Esta previsión constitucional no solo otorga cobertura jurídica al SMI, sino que lo erige en expresión concreta de un principio estructural del Derecho del Trabajo como es la garantía del sustento vital mínimo del trabajador.

El desarrollo legal de esta previsión se concreta en el artículo 27 del Estatuto de los Trabajadores (ET), que regula la determinación anual del SMI por parte del Gobierno, previa consulta con las organizaciones sindicales y empresariales más representativas. El precepto establece que dicha fijación deberá atender a criterios objetivos como el índice de precios al consumo, la productividad media nacional, la participación del trabajo en la renta nacional y la situación económica general. Asimismo, prevé la posibilidad de una revisión semestral cuando las previsiones de inflación no se cumplan, lo que otorga al SMI un cierto carácter dinámico.

Desde el punto de vista conceptual, el SMI se puede definir como la cuantía mínima retributiva, fijada legalmente, que debe percibir cualquier trabajador por cuenta ajena por la prestación de servicios a jornada completa, sin distinción de sexo o edad, y con independencia del sector o actividad. La cuantía se fija con carácter anual, aunque sus efectos prácticos se proyectan también sobre la retribución diaria y mensual. Esta cuantía solo puede percibirse en dinero, excluyéndose expresamente cualquier retribución en especie a efectos de completar dicho mínimo.

Por otra parte, el SMI debe ser comprendido como una institución jurídica con naturaleza de derecho mínimo indisponible. Así, el carácter indisponible del SMI implica su operatividad automática y directa, sin necesidad de invocación expresa por parte del trabajador. Esta operatividad *ex lege* permite su integración directa en el contrato de trabajo, sustituyendo cualquier cláusula retributiva que le sea contraria, conforme al principio de norma mí-

nima y condición más beneficiosa²⁰. El SMI actúa, por tanto, como límite infranqueable para cualquier pacto retributivo, de forma que cualquier estipulación que establezca una retribución inferior será nula de pleno derecho en lo que contravenga este umbral. Además de su función protectora, el SMI cumple también una función estructural en el sistema de relaciones laborales, en la medida en que constituye un parámetro de referencia para la negociación colectiva y para la interpretación judicial en materia de suficiencia salarial.

3.1.2 SUFICIENCIA Y/O ADECUACIÓN DEL SALARIO MÍNIMO ¿EQUIVALENCIA CONCEPTUAL?

Uno de los aspectos más controvertidos y objeto de debate doctrinal y político en relación con el Salario Mínimo Interprofesional es el de su adecuación o suficiencia como instrumento efectivo para garantizar un nivel de vida digno. Esta cuestión se vincula estrechamente con la eficacia del artículo 35.1 de la Constitución Española, que consagra el derecho a una remuneración suficiente, y con los compromisos internacionales suscritos por España, particularmente la Carta Social Europea (art. 4.1) y el Convenio 131 de la OIT.

Se ha venido interpretando la «remuneración suficiente» como aquella que permite al trabajador y a su familia alcanzar unas condiciones de vida dignas, superando la mera subsistencia. En esta línea, ha llevado a cabo un estudio sistemático sobre la configuración normativa del principio de suficiencia salarial, destacando que el artículo 35.1 CE debe entenderse como una norma con fuerza jurídica y contenido exigible, no como un mero principio programático. En su análisis, señala que el SMI es la herramienta jurídica clave para hacer efectiva la suficiencia retributiva constitucional, y critica que su fijación actual no responde adecuadamente a los estándares exigibles²¹, sino que propone una reconceptualización del SMI en línea con una lógica de garantía de salario digno, que supere la mera referencia a factores macroeconómicos como la productividad o el IPC, debiendo vincularse de forma explícita y normativa al coste de la vida y a indicadores de suficiencia comparativa como el salario medio. Desde esta perspectiva, el autor sostiene que el mandato constitucional impone al legislador y al Gobierno una

²⁰ CARRIL VÁZQUEZ, Xosé Manuel. «El salario mínimo interprofesional en el contexto de la carta social europea». *Revista Galega de Dereito Social*, núm. 20, 2024, p. 42.

²¹ ARIAS DOMÍNGUEZ, Ángel: «La configuración normativa de la suficiencia constitucional del salario y su proyección en el SMI»...ob. cit., p. 58.

obligación positiva de diseñar políticas retributivas adecuadas que traduzcan el principio de suficiencia en realidad material.

De forma complementaria, Carril Vázquez ha advertido que el ordenamiento español no garantiza de forma efectiva el cumplimiento del mandato contenido en el artículo 4.1 de la Carta Social Europea. Para este autor, el artículo 27 del ET requiere una reforma estructural que vincule legalmente el SMI a indicadores de suficiencia salarial comparativa, particularmente el umbral del 60 % del salario medio neto²².

También Vivero Serrano ha argumentado que el SMI constituye una herramienta clave para la redistribución y la reducción de la pobreza laboral, destacando su función estructural en el sistema de relaciones laborales y considerando que su adecuación debe analizarse no solo desde parámetros económicos, sino también desde el enfoque de los derechos fundamentales y de la justicia social²³.

A la luz de lo anterior, puede afirmarse que en el discurso jurídico y político actual existe una amplia equivalencia conceptual entre la noción de salario mínimo «adecuado» y la de salario mínimo «justo», si bien cada término conlleva matices. En términos sustantivos, ambos calificativos responden a la idea de un salario mínimo que cumpla con su función social, esto es, garantizar al trabajador y su familia una vida en condiciones dignas, evitando la explotación y la pobreza laboral. Por ejemplo, la Carta Social Europea emplea la expresión «remuneración equitativa» inmediatamente unida al requisito de ser «suficiente para un nivel de vida decente», evidenciando que la justeza del salario se mide por su suficiencia. De igual modo, el pilar europeo de derechos sociales alude a «salarios justos» seguido de «salarios mínimos adecuados», indicando que la justicia salarial abarca la adecuación (satisfacción de necesidades básicas), pero también otras consideraciones como evitar disparidades excesivas.

No obstante, vale la pena señalar las diferencias de enfoque. El término «salario mínimo adecuado» (o «suficiente») es más técnico y objetivo, utilizado en textos normativos para fijar criterios medibles de nivel de vida (porcentajes del salario medio, coste de la cesta básica, umbral de pobreza, etc.) y busca concretar parámetros de evaluación del salario mínimo en función de su capacidad para cubrir necesidades. Por su parte, la expresión «salario mínimo

²² CARRIL VÁZQUEZ, Xosé Manuel: «El salario mínimo interprofesional en el contexto de la Carta Social Europea» *Revista Galega de Dereito Social* –2.ª ET– núm. 20, 2024, pp. 39-71.

²³ VIVERO SERRANO, Juan Bautista: «El incremento del salario mínimo interprofesional. La incidencia en la negociación colectiva y en la gestión empresarial de la retribución». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 464, 2021, pp. 49-88.

justo» tiene un matiz más valorativo o ético, proveniente de la tradición de la «justicia social» y utilizada en discursos políticos, declaraciones de derechos o doctrina moral. «Justo» alude no solo a suficiencia económica, sino a la idea de equidad en el sentido de un reparto justo de la riqueza entre trabajadores (por ejemplo, que el salario mínimo guarde proporción con el resto de salarios y con las ganancias empresariales).

En la práctica jurídica contemporánea, ese componente ético de justicia distributiva suele traducirse de nuevo en indicadores de suficiencia. Así, órganos como el Comité de Derechos Sociales del Consejo de Europa (CEDS) concretan el concepto de salario «justo» mediante porcentajes del salario medio que sirven como referencia para apreciar su suficiencia. De hecho, la Directiva (UE) 2022/2041 optó por el término «adecuado» seguramente por su precisión técnica y para anclar el debate en criterios objetivos, evitando la vaguedad que podría conllevar hablar de «justo» en un texto vinculante. Con todo, la finalidad última de la Directiva es la justicia salarial como lo reconoce su propio considerando séptimo al afirmar que los salarios mínimos adecuados son «prerrequisito» para el crecimiento justo e inclusivo, y que mejorar la adecuación contribuye a mejorar la justicia en el mercado laboral. No sorprende entonces que la exposición de motivos de la norma emplee ambas palabras casi indistintamente, puesto que en la visión europea actual un salario mínimo justo es aquel cuyo importe resulta adecuado para vivir con dignidad.

En consecuencia, las expresiones de suficiencia, adecuación y justicia del salario mínimo se entrelazan fuertemente en las fuentes jurídicas internacionales, europeas y comparadas. La exigencia de un mínimo vital no es sino la traducción concreta del ideal del salario justo. Donde la ley o la jurisprudencia hablan de «salario mínimo adecuado», subyace la preocupación por la justicia social; y cuando los actores políticos reclaman un «salario mínimo justo», en la práctica demandan que su cuantía sea suficiente y adecuada a las condiciones de vida reales. Por tanto, más que conceptos opuestos, «adecuado» y «justo» son dimensiones complementarias de una misma noción fundamental: el salario mínimo como instrumento de justicia distributiva y de protección de la dignidad del trabajador. La evolución normativa refleja un consenso creciente en Europa sobre esta equivalencia sustancial. En la legislación española se prevé invocar tanto el mandato constitucional de remuneración suficiente como las obligaciones internacionales en pro de un salario mínimo adecuado, dejando explícita constancia de que se trata de una política de Estado para un «salario mínimo justo» más allá de tecnicismos.

3.1.3 FIJACIÓN Y REVISIÓN

La fijación del Salario Mínimo Interprofesional corresponde al Gobierno, en virtud de la habilitación legal contenida en el artículo 27.1 del Estatuto de los Trabajadores, que exige la consulta previa a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas. Esta consulta no tiene carácter vinculante, pero constituye una exigencia formal del procedimiento, orientada a asegurar la participación de los interlocutores sociales en la configuración de un elemento central del sistema retributivo.

Para la fijación del SMI, el legislador ha establecido cuatro criterios objetivos que deben ser tomados en consideración: a) el índice de precios al consumo, b) la productividad media nacional alcanzada, c) la participación del trabajo en la renta nacional, y d) la coyuntura económica general. La utilización de estos indicadores persigue dotar al proceso de determinación del SMI de una base técnico-económica objetiva, al tiempo que ofrece una referencia para su revisión periódica. A este respecto el art. 27 ET ha permanecido inalterado desde su promulgación.

En la práctica, la fijación del SMI se realiza anualmente mediante Real Decreto, lo que permite ajustar su cuantía a la evolución de los parámetros económicos y sociales. En este sentido, el artículo 27.1 ET contempla también la posibilidad de una revisión semestral si las previsiones sobre el índice de precios al consumo no se cumplen, con el objetivo de evitar la pérdida de poder adquisitivo del salario mínimo. El procedimiento de fijación anual mediante Real Decreto permite también introducir otros elementos de ponderación, como la evolución del empleo, la situación del mercado laboral o los compromisos internacionales en materia de suficiencia salarial.

Desde la perspectiva jurídica, la fijación del SMI mediante norma reglamentaria suscita interrogantes sobre su control jurisdiccional. Aunque se trata de una decisión de fuerte contenido político, el Tribunal Supremo ha reconocido que está sujeta a control judicial en cuanto a su adecuación a los parámetros legales y constitucionales. Así lo puso de manifiesto en la STS de la sala tercera 7 de octubre de 2020²⁴, en la que, si bien validó la legalidad del Real Decreto de fijación del SMI, subrayó que su conformidad a derecho podía ser objeto de revisión judicial, especialmente en lo relativo al cumplimiento del procedimiento y a la motivación de los criterios empleados²⁵.

²⁴ Recurso contencioso-administrativo n.º 67/2019.

²⁵ SEMPERE NAVARRO, Antonio V.: «Control judicial a la excepcional subida del Salario Mínimo Interprofesional para 2019». *Revista de Jurisprudencia laboral*, núm. 8, 2020.

En consecuencia, la fijación y revisión del SMI en el ordenamiento español responde a un esquema normativo que conjuga elementos técnicos, participación social e intervención gubernamental, y cuya finalidad última es garantizar un umbral retributivo mínimo compatible con el principio constitucional de remuneración suficiente y con los compromisos internacionales en materia de trabajo decente.

3.1.4 ÁMBITO DE APLICACIÓN Y CUANTÍA

El ámbito de aplicación del Salario Mínimo Interprofesional en el ordenamiento español se extiende a todos los trabajadores por cuenta ajena, cualquiera que sea su edad, sexo, nacionalidad o sector de actividad. Esta generalidad ha sido reiteradamente reconocida tanto en la normativa como en la jurisprudencia, y responde al propósito de dotar de universalidad y efectividad a este umbral retributivo mínimo.

El artículo 1 del ET, junto con el propio artículo 27, proyecta la aplicación del SMI sobre todas las relaciones laborales comunes y, salvo norma específica en contrario, también sobre las relaciones laborales de carácter especial²⁶. No obstante, la aplicación del salario mínimo al trabajador por cuenta ajena deja fuera al trabajo de zona gris, el recurrente olvido del trabajador autónomo y es que los menores costes sociales-salariales y de Seguridad Social han funcionado como un poderoso desincentivo y como se ha señalado « las nuevas tecnologías proporcionan un caldo de cultivo idóneo para que el intento de fuga se renueve »²⁷. Tampoco cabe olvidar la conveniencia de no demorar más tiempo la prometida reforma para que todos aquellos autónomos cuyos ingresos netos reales sean inferiores al salario mínimo interprofesional solo abonen la cuota reducida a la Seguridad Social, que no debe de implantarse sólo en situaciones extraordinarias como ha sucedido con la Covid-19²⁸.

La cuantía del SMI se percibe de forma proporcional al tiempo trabajado, respetando el principio de prorrateo. Esta regla permite mantener la coherencia entre tiempo de trabajo y retribución mínima, y evita la discrimina-

²⁶ El Tribunal Supremo ha confirmado su aplicación a colectivos como representantes de comercio. Véase STS de 10 de octubre de 2023 (Rec. 4537/2022).

²⁷ LÓPEZ CUMBRE, Lourdes: «Start-ups y capitalismo de plataforma: renovación o adaptación de los presupuestos laborales», en AA. VV. (López Cumbre, L., dir.): Start-ups, emprendimiento, economía social y colaborativa. Un nuevo modelo de relaciones laborales, Pamplona (Aranzadi), 2018, pp. 43 y ss.

²⁸ MONEREO PÉREZ, José Luis; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana; RODRÍGUEZ INIESTA, Guillermo: «Políticas de rentas y salario mínimo interprofesional: dos variables indisolublemente imbricadas». *Revista crítica de relaciones de trabajo*, núm. 1, 2001, p. 42.

ción de los trabajadores a tiempo parcial, garantizando una retribución mínima proporcional. El Tribunal Constitucional, en su STC 31/1984, de 7 de marzo, reconoció que el principio de igualdad salarial exige proporcionalidad razonable en función del tiempo efectivamente trabajado.

Por otro lado, el SMI se entiende referido exclusivamente a la retribución en metálico. Esto implica que no puedan incluirse compensaciones en especie (alojamiento, manutención, etc.) a efectos de alcanzar la cuantía mínima legal. Esta exclusión tiene como finalidad asegurar que el trabajador perciba una renta monetaria mínima para satisfacer sus necesidades básicas, sin que pueda sustituirse por otras formas de compensación que no aseguren la liquidez necesaria. Este criterio ha sido reiterado por los Reales Decretos anuales que fijan el SMI, en cuya disposición primera se establece expresamente que la cuantía del salario mínimo solo puede ser satisfecha en metálico. La doctrina ha insistido en que la finalidad protectora del SMI no puede verse desvirtuada por técnicas empresariales de remuneración variable o mediante compensaciones extrasalariales. Así se ha destacado que el SMI opera como garantía mínima estructural, indisponible, cuyo contenido ha de ser interpretado de forma teleológica y no puramente formal o nominalista²⁹. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la sentencia de 17 de noviembre de 2016, *Ruhrlandklinik* (asunto C-216/15), ha señalado que los Estados miembros no pueden adoptar medidas que infrinjan la garantía de una retribución mínima que asegure condiciones dignas, incluso en contextos excepcionales.

3.2 De los salarios mínimos a los salarios medios

En los últimos años, el debate sobre la suficiencia del salario mínimo ha ganado intensidad, tanto en el plano jurídico como en el económico y social. En este contexto, ha adquirido especial relevancia la recomendación del Comité Europeo de Derechos Sociales de considerar que el salario mínimo debería situarse en el 60 % del salario medio nacional como umbral indicativo de suficiencia. Esta orientación, como ya se ha señalado anteriormente, ha sido recogida por la Directiva (UE) 2022/2041, relativa a unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea, que, si bien respeta la competencia de los Estados miembros

²⁹ VIVERO SERRANO, Juan Bautista: «El incremento del salario mínimo interprofesional. La incidencia en la negociación colectiva y en la gestión empresarial de la retribución». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 464, 2021, pp. 49-88.

en la fijación del SMI, introduce parámetros para valorar su adecuación, como la evolución del coste de la vida, la productividad y la distribución salarial.

El Gobierno español ha asumido públicamente el compromiso de aproximar el SMI a ese umbral del 60 %, aunque sin haber incorporado aún una fórmula normativa vinculante. Esta ausencia de automatismo ha sido objeto de crítica doctrinal, desde donde se plantea la necesidad de reformar el artículo 27 del Estatuto de los Trabajadores para introducir una metodología objetiva y estable de revisión del SMI, fundamentada en indicadores sociales y económicos. Tal reforma permitiría garantizar de forma sostenida la adecuación del salario mínimo a un nivel digno de vida³⁰.

Desde el plano económico, el debate ha oscilado entre quienes valoran el alza del SMI como un mecanismo de reducción de la pobreza laboral y la desigualdad, y quienes alertan sobre sus posibles efectos negativos sobre el empleo, especialmente en sectores de baja productividad, en empresas pequeñas o entre los jóvenes. Sin embargo, la evidencia empírica más reciente sugiere que los efectos netos sobre el empleo han sido moderados, mientras que los beneficios en términos de mejora de ingresos para los colectivos más vulnerables han sido más significativos.

Desde la perspectiva sindical, el SMI se concibe como una red de protección frente a la devaluación salarial, mientras que desde el ámbito empresarial se pone el énfasis en la necesidad de estabilidad y previsibilidad normativa para evitar tensiones en la negociación colectiva. Esta tensión ha llevado a reforzar el papel del diálogo social como mecanismo de legitimación y concertación en el proceso de fijación del salario mínimo.

En definitiva, la adecuación del SMI se erige como una cuestión central en la agenda del Derecho del Trabajo contemporáneo. Su consolidación como garantía de salario digno requiere no solo una reforma normativa con criterios objetivos, sino también una articulación institucional sólida que combine diálogo social efectivo y supervisión pública. Como la doctrina académica ha señalado «la efectividad del derecho a una remuneración suficiente exige convertir el SMI en una herramienta jurídica robusta, vinculada a estándares de justicia social y a criterios verificables de suficiencia material»³¹.

Por otra parte, a nivel cuantitativo, entre 2013 y 2023, el SMI en España ha experimentado un incremento extraordinario, muy superior al crecimiento del

³⁰ ARIAS DOMÍNGUEZ, Ángel: «La configuración normativa de la suficiencia constitucional del salario y su proyección en el Salario Mínimo Interprofesional...», ob. cit., p. 53. VIVERO SERRANO, Juan Bautista. «El incremento del salario mínimo interprofesional. La incidencia en la negociación colectiva y en la gestión empresarial de la retribución...», ob. cit., p. 53.

³¹ *Ibidem*.

salario medio. En 2013, el SMI mensual se situaba en 645,30 € (14 pagas), lo que suponía unos 9.034 € anuales, tras varios años de estancamiento. A partir de 2017, comenzó una senda de fuertes subidas: destaca el aumento del 22,3 % en 2019 (de 735,9 € a 900 € mensuales) y las sucesivas alzas hasta 2023 (es.wikipedia.org). Ese año, el SMI alcanzó 1.080 €/mes (14 pagas), es decir, 15.120 € anuales, lo que representa un crecimiento acumulado de aproximadamente el 67 % respecto a una década atrás³², cumpliendo así el compromiso gubernamental de acercarlo al 60 % del salario medio (cincodias.elpais.com). En 2024 2025, el SMI siguió creciendo hasta 1.134 € 1.184 € respectivamente³³. En 2026, continua la tendencia con una subida del 3,1 % y situando el SMI en 1.221 €.

En contraste, el salario medio bruto anual ha tenido un avance más moderado. En 2012, se situaba en 22.726 € y, tras una evolución contenida –22.858 € en 2014 (+0,7 %)–, empezó a recuperarse más sólidamente a partir de 2017, llegando a 24.009 € en 2018. En 2022 alcanzó 26.949 € (+4,1 % anual), y en 2023 subió a 28.049,9 €³⁴, consolidando diez años consecutivos de incrementos. En términos acumulados, el salario medio creció entre un 23 % y 24 % en la década, muy por debajo del aumento del SMI.

La consecuencia de esta evolución es una clara convergencia entre ambos indicadores: en 2013, el SMI representaba cerca del 40 % del salario medio anual, mientras que en 2023 se situaba en torno al 54 %. En febrero de 2026, el Gobierno de España aprobó formalmente la subida del Salario Mínimo Interprofesional (SMI) para cumplir con el objetivo de situarlo en el 60 % del salario medio³⁵.

No obstante, los efectos de la subida del SMI sobre la estructura salarial y el empleo han sido objeto de atención y controversia. En términos redistributivos, el alza ha beneficiado especialmente a los trabajadores con menores ingresos, estrechando la brecha con los salarios medios y reforzando la equidad interna del sistema retributivo. Un ejemplo significativo es la evolución de la brecha salarial de género: en 2023, el salario medio de las mujeres fue de 25.591 €, un 84,3 % del masculino (30.372 €), lo que supone una mejora

³² [https://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=28182#:~: text=SMI%20en%202014%3A%209,120%2C00%20euros](https://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=28182#:~:text=SMI%20en%202014%3A%209,120%2C00%20euros)

³³ ROJO TORRECILLA, Eduardo: Sigue la mejora. salario mínimo interprofesional para 2025: 1.184 euros mensuales. Texto comparado con la regulación de 2024. Blog. <http://www.eduardorjotorrecilla.es/2025/02/sigue-la-mejora-salario-minimo.html>.

³⁴ [https://www.europapress.es/economia/laboral-00346/noticia-subida-smi-lleva-salario-mas-frecuente-espana-sea-15575-euros-20250528114838.html#:~: text=EL%20SALARIO%20MEDIO%20ANUAL%20BRUTO,HASTA%20LOS%2028.049%2C9%20EUROS](https://www.europapress.es/economia/laboral-00346/noticia-subida-smi-lleva-salario-mas-frecuente-espana-sea-15575-euros-20250528114838.html#:~:text=EL%20SALARIO%20MEDIO%20ANUAL%20BRUTO,HASTA%20LOS%2028.049%2C9%20EUROS).

³⁵ Real Decreto 126/2026, de 18 de febrero, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2026. BOE 19-02-2026.

respecto a años anteriores. Este progreso se relaciona con el hecho de que una proporción mayor de mujeres percibe el SMI: en 2023, el 25,8 % de las mujeres asalariadas tenía un salario anual igual o inferior al SMI, frente al 11,6 % de los hombres³⁶. La política de aumento del SMI ha actuado como una herramienta de impulso de los salarios más bajos, especialmente en sectores feminizados y entre los jóvenes. Incluso considerando solo empleos a jornada completa, casi el 6 % de las mujeres y el 4 % de los hombres cobraban el SMI, lo que demuestra que su aplicación abarca ya una porción significativa del empleo ordinario. Esta brecha de género se explica en parte porque muchas mujeres trabajan a tiempo parcial o en sectores de menor remuneración, situaciones donde el SMI actúa como referencia obligada. Incluso restringiendo el análisis a trabajadores a jornada completa, alrededor del 5 % de las mujeres y 4 % de los hombres quedaron en el nivel del SMI, lo cual indica que el salario mínimo ya no es solo cosa de empleos marginales, sino que alcanza a una porción significativa del empleo a tiempo completo en ciertos sectores³⁷.

4. SALARIOS PROFESIONALES Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA. RÉGIMEN DE COMPENSACIÓN Y ABSORCIÓN SALARIAL

4.1 Los salarios profesionales y la negociación colectiva

El salario profesional abarca la retribución pactada en el contrato o convenio colectivo para cada trabajador, integrada por el salario base y los complementos salariales correspondientes. El artículo 26.3 del Estatuto de los Trabajadores dispone que, por negociación colectiva o contrato individual, «se determinará la estructura del salario», que deberá comprender el salario base –retribución fijada por unidad de tiempo u obra– y, en su caso, complementos salariales ligados a circunstancias personales del trabajador, a la naturaleza del trabajo o a la situación y resultados de la empresa. La ley exige pactar asimismo si estos complementos son o no consolidados, establecien-

³⁶ <https://www.bankinter.com/blog/economia/salario-medio-espanol>. UGT. Informe sobre discriminación salarial hacia las mujeres, 2026, pp. 8-9, elaborado a partir de la Encuesta de Estructura Salarial 2023 del INE: el 25,78 % de las mujeres y el 11,64 % de los hombres percibieron como máximo el SMI; en jornada completa, el 5,96 % y el 3,88 %, respectivamente. En el mismo sentido, Ministerio de Igualdad, Mujeres y trabajo, 2.º trimestre de 2025, p. 2.

³⁷ Véase, el II Informe de la Comisión Asesora para el análisis del SMI, 2022, p. 29, que resume la evidencia disponible y concluye que la subida del SMI tuvo efectos especialmente relevantes sobre mujeres y jóvenes y, por sectores, sobre agricultura, hostelería y comercio. <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/trabajo14/Documents/2022/191222-Informe-SMI-2023.pdf>.

do que, salvo acuerdo en contrario, no tendrán carácter consolidable los vinculados al puesto de trabajo o a resultados empresariales (art. 26.3 ET).

En el ordenamiento laboral español rige una estricta jerarquía normativa. En esta pirámide, el SMI constituye un suelo de derecho necesario que ninguna norma inferior puede rebajar. El apartado c) del art. 3.1 ET prohíbe pactar en el contrato de trabajo condiciones «en perjuicio del trabajador» menos favorables que las previstas en la ley o el convenio aplicable. Cualquier conflicto entre normas se resuelve aplicando la opción más favorable para el trabajador en conjunto y cómputo anual. Además, el art. 3.5 ET consagra el principio del *mínimo indisponible* al indicar que «los trabajadores no podrán disponer válidamente... de los derechos... de derecho necesario». Por ello, ningún convenio puede establecer un salario inferior al SMI.

A su vez, los convenios colectivos tienen capacidad de mejorar las condiciones mínimas legales en la medida en que pueden fijar salarios superiores al SMI u ofrecer complementos más altos. Incluso el contrato individual puede mejorar las condiciones de salario respecto a las pautas del convenio o la ley, siempre que sea voluntario y no suponga un empeoramiento para el trabajador.

4.2 El impacto de las subidas del SMI en la negociación colectiva

La negociación colectiva desempeña un papel decisivo en la fijación de los llamados salarios mínimos profesionales o de convenio por categorías. La Constitución Española garantiza el derecho a la negociación colectiva y reconoce la *fuerza vinculante* de los convenios (art. 37.1). De manera concordante, el Estatuto de los Trabajadores (Título III) confiere eficacia general obligatoria a los convenios colectivos. Así, el art. 82.3 ET dispone que los convenios «obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia».

Los convenios sectoriales de empresa establecen habitualmente tablas salariales que recogen importes mínimos garantizados para cada nivel, grupo o categoría profesional. Estos salarios convencionales suelen ser superiores al SMI, adaptando las retribuciones a la realidad del sector o la empresa. La autonomía colectiva permite ajustar los salarios al coste de vida y a las capacidades económicas de cada actividad, siempre respetando los mínimos legales. Así, mientras la ley fija el piso del SMI, los convenios pueden pactar salarios base y complementos más altos que atiendan a las características específicas de la profesión (calidad del puesto, exigencia for-

mativa, etc.), garantizando siempre que ningún salario pactado sea inferior al mínimo legal.

Las subidas sustanciales del SMI tienen un efecto arrastre sobre las retribuciones del resto de la escala salarial. Los trabajadores de categorías inferiores experimentan incrementos cuando sus salarios se ajustan al nuevo mínimo, lo que puede reducir la brecha con las categorías inmediatamente superiores (fenómeno de *compresión salarial*). La doctrina advierte que la coincidencia de un SMI muy alto con salarios profesionales puede acortar el margen salarial disponible, de forma que cuando «el margen de diferencia entre el SMI y el salario profesional se ha estrechado considerablemente... la solución del pasado no puede seguir defendiéndose por inercia, so pena de consecuencias económicas negativas, con repercusión en el empleo de los trabajadores de salarios tradicionalmente más bajos»³⁸. En este contexto, muchos convenios han reaccionado revisando sus tablas generales o incorporando cláusulas de revisión salarial vinculadas al IPC o al SMI, con el fin de restablecer diferencias retributivas entre niveles.

En otro orden de consideraciones, cabría cuestionar cómo gestionan los agentes sociales estas tensiones. Estudios recientes indican que, la elevación del salario mínimo no debilita, en términos generales, el papel de la negociación colectiva. Así, un informe de Eurofound³⁹ señala que los salarios mínimos nacionales para 2024 lo que dio lugar a un aumento de los salarios mínimos, en términos reales. Y concluye que los aumentos del SMI legal no reducen significativamente la fuerza de los convenios colectivos; de hecho, las subidas del salario mínimo tienden a aumentar moderadamente los salarios reales más bajos e incluso contribuyen a una reducción de la desigualdad salarial.

En la práctica, los convenios colectivos de diversos sectores han incluido cláusulas de compensación y absorción, mecanismos de revisión salarial o han acordado incrementos adicionales por encima del SMI para reajustar las diferencias retributivas entre categorías. El debate se centra entonces en determinar si las subidas legales del SMI podrían desincentivar la negociación salarial en los tramos retributivos más bajos, —al venir la mejora impuesta «por decreto»— o, por el contrario, servir de estímulo para actualizar al alza las retribuciones convencionales y fortalecer la negociación colectiva.

³⁸ VIVERO SERRANO, Juan Bautista: «El incremento del salario mínimo interprofesional. La incidencia en la negociación colectiva y en la gestión empresarial de la retribución»... ob. cit., p. 80.

³⁹ <https://www.eurofound.europa.eu/es/publications/2024/salarios-minimos-en-2024-revision-anual>

En todo caso, la negociación colectiva sigue siendo el foro idóneo para articular respuestas a los incrementos del SMI, buscando un equilibrio entre la protección del salario mínimo y la viabilidad económica de las empresas afectadas, así como la coherencia interna de las estructuras salariales pactadas.

4.3 El régimen de compensación y absorción salarial

4.3.1 FUNDAMENTO LEGAL

El Estatuto de los Trabajadores regula expresamente la compensación y absorción salarial en el art. 26.5 que ET dispone que «operará la compensación y absorción cuando los salarios realmente abonados, en su conjunto y cómputo anual, sean más favorables para los trabajadores que los fijados en el orden normativo o convencional de referencia». Por su parte, el art. 27.1 ET establece que el Gobierno fijará anualmente el SMI previa consulta con sindicatos y patronales, y añade, en su último párrafo, una regla clave: «La revisión del salario mínimo interprofesional no afectará a la estructura ni a la cuantía de los salarios profesionales cuando estos, en su conjunto y cómputo anual, fueran superiores a aquel». En consecuencia, si el trabajador ya percibe en conjunto un salario anual por encima del nuevo mínimo garantizado, el aumento legal del SMI puede quedar cubierto con la diferencia ya existente, sin obligación de incrementar su retribución.

Esta previsión legal se desarrolla y concreta en la normativa reglamentaria que establece el SMI cada año. Los Reales Decretos anuales de fijación del SMI incluyen un artículo relativo a «Compensación y absorción», reiterando el principio de que la revisión del SMI no alterará las retribuciones superiores al mínimo. Así, por ejemplo, el Real Decreto 87/2025, de 11 de febrero, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2025 establece expresamente que dicha revisión «no afectará a la estructura ni a la cuantía de los salarios profesionales...» ya superiores en cómputo anual (art. 3).

4.3.2 LÍMITES Y CLÁUSULAS DE NO ABSORCIÓN

La compensación/absorción aunque puede operar en los términos del art. 26.5 ET, no resulta aplicable cuando el convenio colectivo excluye expresa y claramente su juego para determinados conceptos o mejoras. Así, por ejemplo, un convenio podría estipular que un cierto complemento *no* se ab-

sorba con subidas del SMI lo que obligaría a elevar otros conceptos retributivos para alcanzar la nueva cuantía mínima. También podría el convenio fijar salarios mínimos por categoría superiores al SMI, en cuyo caso prevalecerían esos mínimos convencionales.

La jurisprudencia ha dejado claro que, salvo que el convenio expresamente prohíba la absorción «por heterogeneidad de conceptos», rige la regla general del art. 27.1 ET⁴⁰. A este respecto, la jurisprudencia también ha señalado que solo cabe «bloquear la compensación y absorción por heterogeneidad» cuando así se pacte en la norma colectiva. En ausencia de tal pacto, el empleador puede computar todos los complementos de naturaleza salarial para compensar la subida del SMI, incluso si remuneran conceptos distintos (antigüedad, penosidad, etc.). Esta interpretación, como señala la jurisprudencia, preserva el papel de la negociación colectiva y evita convertir al SMI en un «salario base universal» que encarecería automáticamente todos los convenios con bases inferiores. En efecto, si cada vez que sube el SMI hubiera que aumentar proporcionalmente todos los salarios base convencionales inferiores a ese nivel (más sus complementos), se produciría un «efecto multiplicador» contrario a la propia naturaleza jurídica del SMI y a la autonomía colectiva. Por ello, la solución legal y jurisprudencial se ha situado en garantizar el SMI en cómputo anual a todo trabajador, pero permitiendo a la empresa absorber la subida con los pagos que ya realiza por encima de dicho umbral mínimo.

En el ámbito individual, la figura de la compensación y absorción opera de forma análoga. El contrato de trabajo puede pactar un salario superior al convenio o en ausencia de convenio, incluyendo a veces *mejoras voluntarias* otorgadas por la empresa. Cuando el SMI se incrementa, el empleador está obligado a asegurar que el trabajador perciba al menos la nueva cuantía mínima. Si el salario contractual total (suma de conceptos salariales) ya está por encima del nuevo SMI anual, la empresa podrá neutralizar la subida legal sin modificar el sueldo, dado que ya se cumple la garantía mínima. En cambio, si el total estaba por debajo, deberá aumentarlo hasta el nuevo mínimo.

Un contrato individual podría contener cláusulas específicas sobre absorción. Por ejemplo, si un trabajador negociaba una mejora *ad personam* (un complemento personal) con la condición de que no sea absorbido por futuros incrementos, esa estipulación sería válida y vincularía al empleador a respetarla. Sin embargo, en la práctica lo habitual es que no haya pactos individualiza-

⁴⁰ STS 74/2022, Sala de lo Social, de 26 de enero de 2022 (Rec. 89/2020).

dos de no absorción, por lo que se aplica directamente la norma legal del art. 27.1 ET. A este respecto, la doctrina judicial avaló que una mejora voluntaria otorgada por la empresa (no ligada a productividad ni a condiciones especiales de trabajo) pudiera absorber el incremento salarial previsto en convenio⁴¹, es decir, si un trabajador cobraba por contrato una cantidad por encima del convenio, ese exceso se podía reducir o consumir para cubrir una subida posterior obligatoria, sin que el trabajador experimente un aumento neto, porque ya disfrutaba de un margen sobre el mínimo.

El SMI es derecho necesario mínimo en el sentido de que cualquier cláusula contractual que estableciera un sueldo anual inferior sería nula de pleno derecho. Si un contrato fijó un salario base, pero con expectativas de comisiones o variables que pudieran no alcanzarse, la empresa sigue obligada a complementar hasta el SMI si al final del año las percepciones salariales no llegan al mínimo. Por ello, algunas empresas añaden en nómina un «complemento a SMI» cuando el salario base más otros pagos no alcanzan la cuantía legal, complementando la diferencia. Ese complemento garantiza el SMI y es normalmente absorbible, esto es, disminuye automáticamente cuando otros conceptos (p. ej. incentivos) suben, de modo que el total se mantenga en el nivel mínimo o superior.

En otro orden de cosas, cabe destacar que la compensación y absorción es bilateral en beneficio del trabajador cuando procede. Si tras subir el SMI el conjunto salarial del trabajador queda por debajo del nuevo mínimo, el empleador debe incrementar su remuneración (ya sea elevando el salario base o creando un complemento nuevo) hasta alcanzar el SMI. No puede pretender que otro concepto extrasalarial cubra la diferencia ni que el trabajador renuncie a ella. Así lo ha señalado la doctrina judicial al ordenar actualizar las categorías cuyo sueldo había quedado bajo el SMI vigente⁴². Por tanto, en el contrato individual la subida del SMI actúa como un suelo de derecho necesario, pero no como un aumento universal del salario base si la suma de remuneraciones ya supera ese suelo.

En definitiva, la figura de la compensación y absorción debería ser cláusula de equilibrio que proteja al trabajador garantizándole un umbral salarial mínimo ineludible, pero también que evite que las subidas del SMI se traduzcan automáticamente en incrementos generales cuando ya se estaban pagando cuantías superiores. No obstante, teniendo en cuenta las subidas del salario mínimo de los últimos años, la doctrina aboga por reformas reglamentarias

⁴¹ Sentencia del TSJ de Cataluña de 30 de septiembre de 2019 (Rec. 1366/2018).

⁴² Por ejemplo, véase, la STSJ de Castilla-La Mancha de 5 de julio de 2019 (Rec. 861/2021).

que aclaren y limiten la absorción para ciertos complementos, con el fin de reforzar la función tuitiva del salario mínimo. Como se ha señalado expresamente es necesaria «una nueva mirada sobre una temática que no puede seguir sin más siendo analizada como se venía haciendo desde hace muchas décadas, aunque solo sea porque los problemas y los hechos nuevos mal pueden ser abordados mediante las ideas y las soluciones de antaño»⁴³.

4.3.3 DOCTRINA JURISPRUDENCIAL: FLEXIBILIZACIÓN DE LA HOMOGENEIDAD Y PRIMACÍA DEL CÓMPUTO ANUAL

La jurisprudencia del Tribunal Supremo exigía cierta homogeneidad entre los conceptos a comparar para permitir la absorción, es decir, solo podían compensarse partidas de naturaleza análoga. Sin embargo, esta exigencia ha sido flexibilizada en los últimos años en atención a la autonomía de la negociación colectiva. Así, la Sala Cuarta ha admitido casos de absorción entre conceptos heterogéneos cuando así lo permite el orden retributivo aplicable (p. ej., utilizar comisiones por ventas para absorber incrementos salariales por unidad de tiempo) o cuando así lo prevea expresamente el propio convenio colectivo.

En efecto, la sentencia del Tribunal Supremo 601/2024, de 26 de abril (Rcud 3687/2022) además de compendiar la doctrina jurisprudencial sobre la compensación y absorción⁴⁴, sentó la siguiente doctrina jurisprudencial: «el

⁴³ VIVERO SERRANO, Juan Bautista: «El incremento del salario mínimo interprofesional. La incidencia en la negociación colectiva y en la gestión empresarial de la retribución»...ob. cit., p. 608.

⁴⁴ La sentencia del TS de 30 de septiembre de 2010 (Rec. 186/2009), explica que la compensación y absorción buscan evitar duplicidades salariales derivadas de distintas fuentes normativas, permitiendo que un aumento salarial se neutralice con otro de diferente origen.

– La sentencia del TS 181/2019, de 6 de marzo (Rec. 72/2018), expone que aunque la homogeneidad entre conceptos retributivos ha sido un principio tradicional para aplicar la compensación y absorción, este se ha flexibilizado por respeto a la autonomía colectiva. Así, se permitió compensar conceptos diferentes como salario por unidad de tiempo y comisiones por ventas. Véase. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, Ignacio: «Garantía del salario mínimo interprofesional: se incluyen primas y/o complementos (no sólo salario base) (SAN 21/5/19)», Blog. Una mirada crítica a las relaciones laborales. 2019. <https://ignasibeltran.com/2019/06/18/garantia-del-salario-minimo-interprofesional-se-incluyen-primas-y-o-complementos-no-solo-salario-base>.

– La sentencia del TS 272/2022, de 29 de marzo (Rec. 162/2019), recuerda que la finalidad de la compensación y absorción es evitar superposiciones salariales. En general, se exige homogeneidad entre los conceptos, aunque esta puede relajarse en ciertos casos (como entre antigüedad y salario base). Además, si hay un acuerdo colectivo, este puede permitir la compensación incluso entre conceptos heterogéneos, dejando de ser una decisión unilateral del empresario.

complemento de antigüedad consolidada ostenta carácter salarial; de manera que resultará computable para obtener la base de comparación con el nuevo SMI, al concurrir una norma con rango de Ley que determina el modo de practicar la absorción y compensación, y a la que se debe someter».

Por otra parte, la sentencia subraya que debe primar lo establecido en el artículo 27.1 del Estatuto de los Trabajadores sobre una interpretación de lo dispuesto en el Real Decreto 1462/2018 y otros que fijan el Salario Mínimo Interprofesional, por varias razones:

- El Real Decreto se aparta del ET al sugerir que el nuevo SMI debe sumarse a los complementos salariales para comparar, lo que vulnera la jerarquía normativa.

- El Tribunal Supremo advierte que revisar el SMI con efectos generalizados debilitaría la negociación colectiva y otorgaría al Gobierno un papel dominante en la fijación salarial.

- El artículo 27.1 del ET establece claramente que la revisión del SMI no afecta a quienes ya perciben en cómputo anual ingresos superiores.

- La Ley es la que regula la compensación y absorción, por lo que debe respetarse por seguridad jurídica y jerarquía normativa, salvo que otra norma del mismo rango diga lo contrario.

- No debe confundirse este precepto con otras normas convencionales que exigen homogeneidad salarial; el artículo 27.1 del ET contempla el salario total anual sin distinguir entre complementos homogéneos o no, salvo que el convenio diga lo contrario.

- El carácter universal del SMI es incompatible con que su cuantía varíe según los convenios colectivos.

- Las sentencias del TS 944/2023, de 7 de noviembre (Rcud. 3684/2022) y 945/2023, de 7 de noviembre (Rcud. 4526/2022), argumentan que el complemento de antigüedad sí se incluye en la base salarial para comparar con el nuevo SMI, ya que el art. 27.1 del ET contempla todos los salarios en su conjunto y cómputo anual.

- La sentencia del TS 295/2022, de 1 de abril (Rec. 60/2020) aplica esa doctrina. Sostiene que el nuevo SMI no puede usarse como salario base para aplicar complementos previstos en el convenio. Para garantizar el SMI, se deben considerar todos los conceptos salariales según lo previsto en el convenio colectivo, salvo que una norma legal o el propio convenio dispongan lo contrario.

- La sentencia del TS 574/2025, de 11 de junio (rcud 2781/2023), refuerza muy bien la idea de que la heterogeneidad puede quedar relativizada cuando así lo permite el convenio.

La jurisprudencia reciente⁴⁵ ha reiterado el carácter tasativo del art. 27.1 ET in fine, aclarando que la revisión del SMI «no debe repercutir» en los salarios superiores al nuevo mínimo. Con ello se consolida la doctrina conforme a la cual la subida del SMI no repercute automáticamente en los salarios profesionales que, en su conjunto y cómputo anual, ya sean superiores a ese mínimo.

La sentencia del Tribunal Supremo 200/2025, de 25 de marzo de 2025 (Rec. 324/2023) confirma su doctrina al señalar que el SMI «no convierte al mismo en una base autónoma e intocable»⁴⁶. La Sala reitera que la prohibición de compensar o absorber solo tendrá validez si se establece de forma clara y explícita, incluyendo su aplicación frente a los aumentos del SMI. Además, subraya que el SMI no debe entenderse como una categoría genérica a la que hayan de añadirse automáticamente complementos salariales por decisión sindical, sino como un parámetro mínimo que debe evaluarse de manera global y en función de su cómputo anual.

4.3.4 LAS CLÁUSULAS DE COMPENSACIÓN Y ABSORCIÓN SALARIAL EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

En el marco de la negociación colectiva española es frecuente la inclusión de cláusulas de compensación y absorción salarial que permiten a las empresas neutralizar los efectos de incrementos legales o convencionales en las retribuciones, siempre que los trabajadores ya perciban, en cómputo anual, una cantidad superior al nuevo umbral establecido⁴⁷. Por tanto, la redacción de la cláusula en cada convenio es clave para determinar el impacto real de una subida del SMI en los salarios de los trabajadores cubiertos por ese convenio.

⁴⁵ STS 406/2025, Sala de lo Social de 29 de enero de 2025 (Rec. 4474/2025). Véanse también, la STS 556/2025, de 5 de junio (rec. 267/2023) y la STS 795/2025, de 18 de septiembre (rec. 233/2023), ya que ambas reiteran que la subida del SMI no obliga, con carácter general, a elevar automáticamente el salario base convencional si la retribución total anual ya supera el mínimo legal.

⁴⁶ La controversia litigiosa radica en determinar si opera la compensación y absorción del complemento de antigüedad previsto en el Convenio colectivo de salas de exhibición cinematográfica de Galicia con los incrementos del salario mínimo interprofesional (en adelante SMI). Es decir, se discute si, cuando se incrementa la cuantía del SMI, los trabajadores de cine de la empresa Yelmo Films SLU en la ciudad tienen derecho a percibir, además del importe aumentado del SMI, el plus de antigüedad que percibían antes, en su importe íntegro con la correspondiente actualización. La garantía del SMI no convierte al mismo en una base autónoma e intocable. La Sala confirma su doctrina: «El complemento de antigüedad, como concepto salarial, puede computarse a efectos de comparar con el nuevo SMI y ser absorbido si el salario global supera el umbral legal».

⁴⁷ Por ejemplo, véase Resolución de 4 de abril de 2025, por la que se publica el XIX Convenio Estatal de Consultoría dispone que «todas las condiciones económicas [...] son compensables en su conjunto y cómputo anual con las mejoras de cualquier tipo [...] y absorbibles [...] por los aumentos que en el futuro pudieran establecerse en virtud de preceptos legales, Convenios Colectivos [...]»(BOE 16 de abril de 2025).

4.3.4.1 *Panorámica de la negociación colectiva estatal*

Un análisis panorámico sobre la negociación colectiva a nivel sectorial estatal permite destacar que las cláusulas relativas a absorción y compensación salarial se formulan con una amplitud considerable. Así, por ejemplo, el XIX Convenio Estatal de Empresas de Consultoría, Tecnologías de la Información y Estudios de Mercado (2025–2027) prevé expresamente que «todas las mejoras salariales serán absorbibles, hasta donde alcancen y en cómputo anual, por aumentos que puedan establecerse en virtud de preceptos legales, lo que incluye de forma explícita las subidas del SMI»⁴⁸.

De forma similar, el Convenio Estatal de Empresas de Seguridad Privada 2023-2026 también incorpora una cláusula general de absorción y compensación, permitiendo que las condiciones pactadas puedan ser neutralizadas respecto a las previamente existentes, aunque con una garantía *ad personam* que respeta condiciones más favorables que los trabajadores ya vinieran disfrutando⁴⁹.

No obstante, también se detectan fórmulas que matizan o restringen esta posibilidad. Así, el III Convenio Colectivo Nacional de los Servicios de Prevención Ajenos incluye una cláusula de absorción, pero en su aplicación concreta introduce excepciones que limitan su operatividad⁵⁰. En contraste, el VIII Convenio Estatal de Fabricantes de Yesos, Escayolas y Cales (2023-25) acordó en su art. 8 que las condiciones actuales absorberán futuros incrementos legales (siempre que globalmente sean superiores)⁵¹.

Esta misma lógica de diferenciación también se traslada al ámbito de los convenios de empresa con proyección estatal. Así, el II Convenio Colectivo del Grupo Cofely España/Engie Servicios Energéticos presenta una de las cláusulas de absorción más extensas, al establecer que todos los conceptos económicos existentes serán absorbidos y compensados por los nuevos, sin importar su origen o naturaleza, incluyendo los derivados de otros conve-

⁴⁸ Resolución de 4 de abril de 2025 por la que se aprueba el XIX Convenio Estatal de Empresas de Consultoría, Tecnologías de la Información y Estudios de Mercado (BOE n.º 92 de 16 de abril de 2025).

⁴⁹ Resolución de 30 de noviembre de 2022, por el que se aprueba el Convenio Estatal de Empresas de Seguridad Privada 2023–2026 (BOE n.º 299 de 14 de diciembre de 2022).

⁵⁰ Las subidas salariales pactadas para 2021 y 2022 fueron expresamente excluidas de compensación y absorción, garantizando incrementos reales para esos ejercicios. Para 2023, en cambio, se permitió una absorción parcial de hasta el 0,1 %, lo que muestra una postura intermedia entre la protección del poder adquisitivo y la flexibilidad empresarial ante el contexto económico. Resolución de 3 de agosto de 2023 por el que se aprueba el III Convenio Colectivo Nacional de los Servicios de Prevención Ajenos (BOE n.º 194 de 15 de agosto de 2023).

⁵¹ Resolución de 16 de febrero de 2024, por la que se registra y publica el VIII Convenio colectivo estatal del sector de fabricantes de yesos, escayolas, cales y sus prefabricados (BOE n.º 52 de 28 febrero 2024).

nios como los provinciales del sector del metal⁵². Además, el convenio deja claro que cualquier mejora económica establecida por la empresa podrá ser absorbida con futuros incrementos, incluyendo explícitamente los que tengan origen en imperativos legales como el SMI.

El I Convenio Colectivo de Activa y Servicios Mantenimientos Integrales, S. L. plantea una regulación más restrictiva, al limitar la compensación y absorción exclusivamente entre conceptos de la misma naturaleza y solo respecto de trabajadores contratados con anterioridad a la entrada en vigor del convenio. Asimismo, prohíbe la compensación de condiciones que previamente tampoco eran absorbibles, protegiendo así determinados derechos adquiridos. Aunque este convenio no menciona expresamente el SMI, su redacción permite inferir que no se podría compensar la subida del mínimo legal con conceptos extrasalariales o con complementos personales consolidados⁵³. De forma similar, convenios de empresa concretos (p. ej. la Empresa Provincial de Informática de Córdoba, EPRINSA 2023-26) establecen su propia cláusula que establece que en este caso la compensación/absorción opera sólo cuando al inicio del convenio el trabajador ya disfrutaba de condiciones más favorables⁵⁴. Así pues, cada convenio colectivo determinará los límites y el alcance del régimen de absorción.

4.3.4.2 *El impacto de la subida del SMI en las cláusulas de absorción y compensación salarial*

El impacto de las sucesivas subidas del SMI desde 2019 ha puesto a prueba la operatividad de las cláusulas de compensación y absorción, tensionándolas y obligando a muchos sectores a replantear su redacción o aplicación práctica.

El impacto de la subida del SMI dependerá de cómo esté redactada la cláusula en cada convenio colectivo y el somero análisis de negociación colectiva realizado permite diferenciar entre:

Por una parte, convenios con cláusulas de absorción amplias donde las fuertes subidas del SMI han obligado a negociaciones adicionales para evitar conflictos o incumplimientos. Las empresas pueden alegar que ya cumplen con el nuevo SMI al considerar el conjunto de retribuciones salariales, lo que

⁵² Resolución de 12 de marzo de 2025 por la que se aprueba el II Convenio Colectivo del Grupo Cofely España/Engie Servicios Energéticos (BOE n.º 69 de 21 de marzo de 2025).

⁵³ Resolución de 11 de abril de 2024 por la que se aprueba el Convenio Colectivo de Activa y Servicios Mantenimientos Integrales, SL (BOE n.º 100 de 24 de abril de 2024).

⁵⁴ Acuerdo por el que se registra y publica el «VIII Convenio Colectivo que ha de regir las relaciones entre la Empresa Provincial de Informática SA (EPRINSA) y sus trabajadores/as durante los años 2023 a 2026» (BOP Córdoba 2 de noviembre de 2023).

puede traducirse en una congelación efectiva del salario real para muchos trabajadores. Por ejemplo, en los sectores de consultoría y seguridad privada, la existencia de cláusulas amplias ha permitido que se utilicen complementos salariales ya existentes para absorber la diferencia con el nuevo SMI, evitando incrementos en el salario base. En el ámbito de empresa, el convenio del Grupo Cofely responde también a esta lógica, mientras que el convenio de Activa y Servicios Mantenimientos Integrales, SL, incorpora una cláusula de compensación y absorción más matizada. Esta práctica, aunque legalmente válida, pudiera generar críticas por vaciar de contenido las subidas del SMI y ha impulsado la introducción de garantías adicionales en algunos convenios.

Por otra parte, algunos convenios han reaccionado introduciendo prohibiciones expresas o condiciones específicas para impedir que la subida del SMI sea absorbida. Como se ha señalado, el convenio de los servicios de prevención ajenos optó por blindar ciertas subidas (como las de 2021 y 2022) y limitar parcialmente la absorción posterior, para garantizar su efectividad, y solo permitió una absorción mínima en 2023. Este tipo de cláusulas reflejan una intención de los agentes sociales de garantizar incrementos reales para los trabajadores con menores ingresos, al menos para ciertos años o niveles salariales, protegiéndolos del efecto neutralizador de la absorción.

En consecuencia, la eficacia de las subidas del SMI en la mejora del poder adquisitivo de los trabajadores depende en gran medida de cómo estén redactadas las cláusulas de compensación y absorción en los convenios colectivos. Mientras que una cláusula amplia puede diluir los efectos de la medida, las limitaciones específicas y las garantías *ad personam* pueden asegurar que las mejoras salariales se trasladen efectivamente al salario de los trabajadores. Desde 2019, muchos convenios publicados en el BOE reflejan esta tensión: algunos reforzaron la garantía de incrementos reales (impidiendo o limitando la absorción para ciertos supuestos), mientras que otros mantuvieron la fórmula tradicional que permite absorber. Los ejemplos analizados –tanto de convenios sectoriales estatales (consultoría, servicios de prevención ajenos, seguridad privada) como de empresa (Grupo Cofely-Cofely España, SA/Engie Servicios Energéticos, SA y Activa y Servicios Mantenimientos Integrales, SL)– evidencian que la tendencia general ha sido conservar la cláusula de absorción, aunque con grados distintos de amplitud y, en algunos casos, introduciendo matices para evitar que las subidas del SMI queden completamente anuladas en los niveles salariales más bajos.

Por otro lado, como se ha señalado anteriormente hay consenso en la doctrina y jurisprudencia en ciertos puntos tales como en la necesidad de distinguir claramente en la negociación colectiva qué pluses son salariales y cuáles extrasalariales (a fin de evitar confusiones en la aplicación del SMI);

la conveniencia de introducir en los convenios salarios base ajustados a las políticas de SMI en alza, para no depender tanto de la absorción mediante complementos que a veces eran pensados para otras finalidades; y la potestad de la negociación colectiva para mejorar la garantía legal⁵⁵. Estas iniciativas buscan que el SMI actúe como palanca de mejora real y no quede «vacío de contenido» para quienes ya percibían complementos⁵⁶.

En definitiva, la figura de la compensación y absorción debe actuar como cláusula de equilibrio en el sentido de proteger al trabajador garantizándole un umbral salarial mínimo ineludible, pero también evitar que las subidas del SMI se traduzcan automáticamente en incrementos generales cuando ya se estaban pagando cuantías superiores, salvo pacto en contrario. Al menos, resulta necesario apostar por reformas reglamentarias que aclaren y limiten la absorción para ciertos complementos, con el fin de reforzar la función tuitiva del salario mínimo⁵⁷.

5. SALARIOS MÍNIMOS, LEGALES Y CONVENCIONALES, EN EL DERECHO COMPARADO EUROPEO

5.1 Salarios mínimos en la UE

La evolución del salario mínimo interprofesional en España ha suscitado comparaciones frecuentes con otros países europeos que comparten la preocupación por garantizar una renta mínima digna a través de distintos modelos regulatorios.

Portugal establece su *salario mínimo nacional* –Retribuição Mínima Mensal Garantida, (RMMG)– por vía legal, mediante decreto del Gobierno aprobado cada año previa consulta en la Comisión Permanente de Concer-

⁵⁵ Algunos convenios acordaron cláusulas para que las subidas del SMI revaloricen también sus tablas salariales. Por ejemplo, véase, el I Convenio colectivo del comercio textil de la Comunidad Valenciana de 28 de febrero de 2023 donde se estableció que los niveles salariales de inicio se equipararían al SMI «en sentido estricto», evitando la absorción (DOCV 1 de enero de 2023).

⁵⁶ VV. AA. *La regulación de las retribuciones en la negociación colectiva. Observatorio de la negociación colectiva* (coordinadores: Adrián Todolí Signes; Amparo Esteve Segarra; Amparo Merino Segovia; Ana Belén Muñoz Ruiz; Henar Álvarez Cuesta; José Luis Monereo Pérez; Miguel Ángel Almendros; González Rafael Gómez Gordillo). Cinca, Madrid, 2024.

⁵⁷ VIVERO SERRANO, Juan Bautista: «El incremento del salario mínimo interprofesional. La incidencia en la negociación colectiva y en la gestión empresarial de la retribución»...ob. cit., p. 80. MARTÍNEZ MORENO, Carolina, «Los efectos perversos de la compensación y absorción de complementos salariales con las subidas del SMI», *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, núm. 11, 2025, pp. 13-21.

tação Social (organismo de diálogo entre Gobierno, sindicatos y patronal)⁵⁸. El importe se fija en función del coste de vida, productividad y contexto económico general. Para 2025, el Decreto-Lei n.º 112/2024 fijó la RMMG en 870 € mensuales, con efectos desde el 1 de enero de 2025⁵⁹.

No existe una regulación explícita de la compensación y absorción salarial equivalente a la del sistema español. La absorción de mejoras salariales previas con motivo de incrementos legales, como el aumento del salario mínimo, no es automáticamente posible. Sería preciso un pacto colectivo expreso que permitiera tal operación, y aún así debería respetar la estructura contractual y la protección del salario. La negociación colectiva en Portugal tiene un papel relevante, aunque presenta problemas de cobertura limitada. Los convenios colectivos fijan escalas salariales por categorías profesionales que superan normalmente la RMMG. La eficacia general de estos instrumentos requiere su extensión por el Ministerio competente.

En Francia el salario mínimo interprofesional de crecimiento (SMIC) está garantizado por el *Code du travail*⁶⁰. La fijación del salario se realiza por contrato de trabajo o por convenio colectivo, respetando el principio de igualdad y el salario mínimo interprofesional de crecimiento. El SMIC actúa como un suelo salarial nacional. Si un convenio colectivo fija un salario inferior, debe ajustarse o complementarse hasta alcanzar el SMIC, actualmente en torno a 1.800 euros mensuales. El Gobierno también puede otorgar aumentos excepcionales previa consulta a una comisión consultiva. Para 2025, el SMIC bruto se sitúa en 11,88 €/hora (1.801,80 € mensuales por 35 h/semana), lo que lo coloca entre los salarios mínimos más altos de la UE. En términos relativos, equivale aproximadamente al 66 % del salario mediano francés, cumpliendo así la recomendación europea de alcanzar al menos el 60 %⁶¹. Esta estructura ha contribuido a que Francia tenga una de las tasas más bajas de trabajadores pobres en Europa (7-8 % en 2022)⁶².

⁵⁸ Véase Decreto-Lei n.º 112/2024 de 19 de diciembre de 2024 que aprueba el salario mínimo mensual garantizado (RMMG) para 2025 en 870 euros, con efectos desde el 1 de enero de 2025.

⁵⁹ <https://www.portugal.gov.pt/pt/gc24/comunicacao/noticia?i=salario-minimo-nacional-aumenta-de-820-para-870-euros-a-1-de-janeiro-de-2025#:~:text=O%20Conselho%20de%20Ministros%20%C2%ABaprovou,da%20Presid%C3%Aancia%2C%20Ant%C3%B3nio%20Leit%C3%A3o%20Amaro>.

⁶⁰ El artículo L3231-2 del Código de Trabajo francés establece que: «El salario mínimo para el crecimiento garantiza que los empleados con los salarios más bajos sean: 1) La garantía de su poder adquisitivo; 2. Participación en el desarrollo económico de la nación». https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006072050/2025-06-30/

⁶¹ Eurostat. «Primeros datos de 2025 para salarios mínimos» <https://ec.europa.eu/eurostat/web/products-eurostat-news/w/ddn-20250410-2#:~:text=Minimum%20wage%20above%202060,in%20France%2C%20Portugal%20and%20Slovenia>.

⁶² El SMIC francés ha experimentado incrementos moderados pero constantes en la última década, principalmente por la indexación automática. En 2015 era de 9,61 €/hora (≈1.457 € mensuales), y ha

El sistema francés no contempla una regla equivalente a la compensación o absorción del sistema español. La cuestión central es, más bien, qué elementos retributivos se computan para verificar el respeto del SMIC, mientras que la negociación colectiva sigue siendo esencial y se desarrolla principalmente a nivel sectorial. Los convenios colectivos determinan escalas salariales mínimas para cada categoría profesional, si bien no pueden establecer cláusulas de indexación automática sobre el SMIC.

El salario mínimo legal (*Mindestlohn*), introducido en 2015, rompió con su tradición de confiar únicamente en la negociación colectiva para fijar salarios y desde el 1 de enero de 2026 asciende a 13,90 euros/hora, actuando como un suelo legal general⁶³. Los convenios sectoriales pueden fijar salarios superiores⁶⁴.

En Alemania, el salario se determina a través de convenios colectivos o por acuerdo individual. El salario base puede completarse con suplementos, que pueden ser absorbidos si no están expresamente protegidos. El sistema alemán reconoce la posibilidad de absorción salarial. La jurisprudencia del *Bundesarbeitsgericht* admite que los incrementos pactados en convenio colectivo puedan ser absorbidos por complementos contractuales preexistentes, salvo que el contrato lo prohíba expresamente. La negociación colectiva es muy relevante. Los acuerdos sectoriales establecen escalas salariales y condiciones mínimas. Pese a los temores iniciales, no se produjo destrucción masiva de empleo, y se registró una formalización de trabajos precarios. Sin embargo, el impacto sobre la pobreza laboral ha sido limitado, ya que esta depende también de la jornada y del ingreso familiar⁶⁵.

aumentado gradualmente hasta los 11,88 €/hora en 2024, importe mantenido en 2025. Esto supone un alza acumulada cercana al 25% en nueve años, reflejando principalmente la inflación y leves mejoras del salario mínimo real. No ha habido subidas extraordinarias de gran magnitud en este periodo –excepto ajustes puntuales como el *coup de pousse* de julio de 2012–, sino revalorizaciones anuales en torno al 1%–2%. Cabe destacar que en 2022-2023, debido a la inflación postpandemia, se activaron varios incrementos automáticos: por ejemplo, en mayo de 2023 el SMIC subió un 2% extra. Así, el salario mínimo francés ha mantenido su poder adquisitivo, superando incluso la inflación acumulada. En términos de cobertura, alrededor del 10% de los asalariados franceses gana el SMIC (10,6% en 2017, con mayoría de mujeres entre ellos), porcentaje relativamente estable gracias a las subidas regulares que «arrastran» al alza los salarios más bajos por encima del mínimo

⁶³ *Mindestlohngesetz*, Ley del Salario Mínimo de 11 agosto 2014.

⁶⁴ El salario mínimo alemán pasó de 8,50 €/hora en 2015 a 12,82 €/hora en 2025, lo que supone un incremento acumulado aproximado del 50,8 % en términos nominales; desde el 1 de enero de 2026 asciende a 13,90 €/hora. Eurostat, “Now available: first 2025 data for minimum wages”, 10 de abril de 2025. Eurostat. «Primeros datos de 2025 para salarios mínimos» <https://ec.europa.eu/eurostat/web/products-eurostat-news/w/ddn-20250410-2#:~:text=Minimum%20wage%20above%2060,in%20France%2C%20Portugal%20and%20Slovenia>

⁶⁵ Deutsches Institut für Wirtschaftsforschung (DIW) (2017): *Mindestlohn noch längst nicht für alle – Zur Entlohnung anspruchsberechtigter Erwerbstätiger vor und nach der Mindestlohnreform aus der Perspektive Beschäftigter*. DIW Wochenbericht 49/2017, 1109-1123. Puede complementarse, si se desea

Italia es uno de los pocos países de la UE que no tiene un salario mínimo legal nacional. La Constitución italiana (art. 36) garantiza a todo trabajador «una remuneración proporcional y suficiente para asegurar una existencia libre y digna»⁶⁶, pero en la práctica la determinación de los salarios mínimos queda delegada a la negociación colectiva sectorial. En ausencia de salario mínimo legal, los tribunales laborales han venido tomando como referencia los CCNL del sector correspondiente, suscritos por las organizaciones más representativas, por lo que la negociación colectiva tiene un papel predominante. Los convenios colectivos nacionales de trabajo (CCNL) determinan escalas salariales que se consideran referencia obligatoria, aunque no tengan eficacia *erga omnes* formal. La cobertura de la negociación colectiva es muy elevada, claramente superior al umbral del 80 % y próxima a la universalidad en gran parte del empleo formal. Existen numerosos que establecen salarios mínimos para cada categoría profesional en sus respectivos sectores.

5.2 Análisis comparado con España

En cuanto al diseño institucional, España comparte con Francia, Alemania y Portugal la existencia de un salario mínimo nacional fijado por el Gobierno, generalmente tras la negociación o consulta con los interlocutores sociales. La fijación se realiza por Real Decreto, considerando indicadores como la inflación, la productividad, el contexto económico y la coyuntura laboral. Sin embargo, a diferencia del modelo francés o neerlandés, España no dispone de un mecanismo automático de indexación legal. Las actualizaciones dependen de la voluntad política, aunque en los últimos años se han apoyado en el objetivo interno de aproximar el SMI al 60 % del salario medio y en los informes de la Comisión Asesora para el Análisis del SMI. Asimismo, España carece de una comisión técnica permanente e institucionalizada como la Mindestlohnkommission alemana, aunque el Gobierno consulta informes expertos.

En cuanto al ámbito de aplicación, España se asemeja a Francia y Portugal por aplicar un único salario mínimo para todo el territorio. Sobre la cobertura, España destaca por su universalidad, toda vez que el SMI se aplica a todos los asalariados sin excepción, incluidos el servicio doméstico y el sector agrario. En Alemania y Países Bajos existen colectivos excluidos o con tarifas

una visión más actual, con los informes recientes de la Mindestlohnkommission. https://www.diw.de/documents/publikationen/73/diw_01.c.572651.de/17-49-1.pdf.

⁶⁶ Art. 36 Constitución de la República Italiana de 21 de diciembre de 1947; *Codice Civile* (Italia) Testo del Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 262.

diferenciadas. La cobertura del SMI español alcanza aproximadamente al 18-20 % de los trabajadores, especialmente mujeres, jóvenes y personas a tiempo parcial. Esta cifra es superior a la de Francia y Alemania (10 %) y similar a la de Portugal (20 %), reflejando el fuerte impacto de las subidas recientes.

Respecto a sus efectos redistributivos, las subidas del SMI han beneficiado a colectivos vulnerables, reduciendo la brecha de género y mejorando las condiciones de sectores tradicionalmente precarizados. La subida de 2019 (+22 %) favoreció a 1,8 millones de trabajadores, de los cuales una mayoría eran mujeres y jóvenes y la pobreza laboral cayó por debajo del 10 % por primera vez en 2021-2022⁶⁷. Sin embargo, también se han detectado posibles efectos adversos: ciertas empresas han reducido horas o no han renovado contratos, y algunos sectores con baja productividad o márgenes ajustados han acusado el incremento de costes laborales. El debate sigue abierto, especialmente en lo que respecta al desempleo juvenil, dado que el SMI se aplica sin distinción por edad, a diferencia de Países Bajos, donde el paro juvenil es muy bajo, pero también los salarios juveniles⁶⁸.

Por otro lado, la comparación con los sistemas jurídicos de nuestro entorno revela modelos con rasgos comunes, pero también con enfoques diferenciados. Así, aunque Francia y Portugal comparten con España la existencia de un salario mínimo legal, no articulan una regla general de compensación y absorción equivalente a la del art. 27.1 ET español; por el contrario, Alemania y, sobre todo, Italia, remiten en mayor medida a la lógica contractual y convencional para ordenar la relación entre salario mínimo y mejoras salariales. En este marco, la negociación colectiva –y muy especialmente la de ámbito sectorial– está llamada a desempeñar un papel central para adaptar las escalas salariales convencionales a los nuevos niveles del SMI, evitando su desnaturalización y preservando la jerarquía interna del sistema retributivo.

6. REFLEXIÓN FINAL

La intensa evolución reciente del salario mínimo interprofesional en España, caracterizada por sucesivos incrementos, ha generado no solo ten-

⁶⁷ OIT. Informe mundial sobre salarios 2012/2013: Los salarios mínimos son indispensables para reducir la pobreza laboral, <https://www.ilo.org/es/resource/news/los-salarios-m%C3%ADnimos-son-indispensables-para-reducir-la-pobreza-laboral#>.

⁶⁸ Banco de España. Los efectos del salario mínimo interprofesional en el empleo: nueva evidencia para España. Documentos ocasionales, núm. 2113, 2021. www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/PublicacionesSeriadas/DocumentosOcasionales/21/Fich/do2113.pdf.

siones normativas, sino también desajustes prácticos, especialmente en su interacción con los salarios mínimos y profesionales más bajos y con los mecanismos de compensación y absorción salarial.

En este contexto, el régimen de compensación y absorción regulado en los artículos 26.5 y 27.1 del Estatuto de los Trabajadores se configura como una herramienta útil para evitar duplicidades salariales, aunque su aplicación práctica ha generado una notable inseguridad jurídica, especialmente cuando se vincula a complementos de naturaleza voluntaria o a pactos individuales. Si bien la jurisprudencia ha introducido matices importantes —como la exigencia de una homogeneidad flexibilizada entre conceptos retributivos, la validez de cláusulas de no absorción y el respeto a la configuración legal o convencional de determinados conceptos— persisten interpretaciones dispares que reclaman una mayor claridad normativa.

Por todo ello, se considera necesario, en primer lugar, clarificar legalmente los límites a la compensación y absorción, especialmente respecto a complementos salariales de distinta naturaleza; en segundo lugar, fomentar la inclusión en los convenios de cláusulas de adecuación automática al SMI, que garanticen su cumplimiento sin generar incertidumbre; en tercer lugar, establecer criterios uniformes que refuercen la seguridad jurídica, identificando qué conceptos pueden absorberse y bajo qué condiciones; en cuarto lugar, promover la transparencia y coherencia en la estructura salarial, con atención especial a colectivos vulnerables; en quinto lugar, impulsar el diálogo social entre los poderes públicos y los agentes sociales para coordinar la evolución del SMI con la negociación colectiva; y, por último, analizar posibles mecanismos de armonización con los modelos europeos, que refuercen el equilibrio entre el salario mínimo legal, la autonomía colectiva y la justicia retributiva.

7. BIBLIOGRAFÍA

- ARIAS DOMÍNGUEZ, Ángel: «La configuración normativa de la suficiencia constitucional del salario y su proyección en el Salario Mínimo Interprofesional», en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 52, 2019.
- BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, Ignacio: «Garantía del salario mínimo interprofesional: se incluyen primas y/o complementos (no sólo salario base) (SAN 21/5/19)», Blog. Una mirada crítica a las relaciones laborales. 2019, <https://ignasibeltran.com/2019/06/18/garantia-del-salario-minimo-interprofesional-se-incluyen-primas-y-o-complementos-no-solo-salario-base>.

- CARRIL VÁZQUEZ, Xosé Manuel: «El salario mínimo interprofesional en el contexto de la carta social europea». *Revista Galega de Dereito Social*, núm. 20, 2024.
- GIMENO DÍAZ DE ATAURI, Pablo, «El SMI aprobado y la conformidad con la Directiva de salarios mínimos adecuados». Blog El Foro de Labos, 2023. elforodelabos.es.
- LÓPEZ CUMBRE, Lourdes: «Start-ups y capitalismo de plataforma: renovación o adaptación de los presupuestos laborales», en VV. AA *Start-ups, emprendimiento, economía social y colaborativa. Un nuevo modelo de relaciones laborales* (López Cumbre, L, dir.): Pamplona (Aranzadi), 2018
- MARTÍNEZ MORENO, Carolina, «Los efectos perversos de la compensación y absorción de complementos salariales con las subidas del SMI», Trabajo, Persona, Derecho, Mercado, núm. 11, 2025..
- MONEREO PÉREZ, José Luis; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana; RODRÍGUEZ INIESTA, Guillermo: «Políticas de rentas y salario mínimo interprofesional: dos variables indisolublemente imbricadas». *Revista crítica de relaciones de trabajo*, núm. 1, 2021.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo: *Derecho del Trabajo*, Técnos, Madrid, 46ª ed. 2025.
- ROJO TORRECILLA, Eduardo: «Sigue la mejora. Salario mínimo interprofesional para 2025: 1.184 euros mensuales. Texto comparado con la regulación de 2024». Blog. <http://www.eduardorjotorrecilla.es/2025/02/sigue-la-mejora-salario-minimo.html>.
- SEMPERE NAVARRO, Antonio V.: «Control judicial a la excepcional subida del Salario Mínimo Interprofesional para 2019». *Revista de Jurisprudencial laboral*, núm. 8, 2020.
- SEMPERE NAVARRO, Antonio V. y PÉREZ CAMPOS, Ana I.: SMI e IPREM, Thomson-Aranzadi, 2007.
- VIVERO SERRANO, Juan Bautista: «El incremento del salario mínimo interprofesional. La incidencia en la negociación colectiva y en la gestión empresarial de la retribución». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 464, 2021.
- VIZCAÍNO RAMOS, Iván: «El grado de cumplimiento por Francia del capítulo II de la Directiva (UE) 2022/2041, sobre unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea. Un estudio comparado con el grado de cumplimiento español». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. n.º 6, 2023.
- VV. AA. *La regulación de las retribuciones en la negociación colectiva. Observatorio de la negociación colectiva*: Coordinadores: Adrián Todolí Signes; Amparo Esteve Segarra; Amparo Merino Segovia; Ana Belén Muñoz Ruiz; Henar Álvarez Cuesta; José Luis Monereo Pérez; Miguel Ángel Almendros; González Rafael Gómez Gordillo. Cinca, Madrid, 2024.

CAPÍTULO XI

EL DESCUELGUE SALARIAL

JUAN GIL PLANA

Profesor Titular

Universidad Complutense de Madrid

1. INTRODUCCIÓN

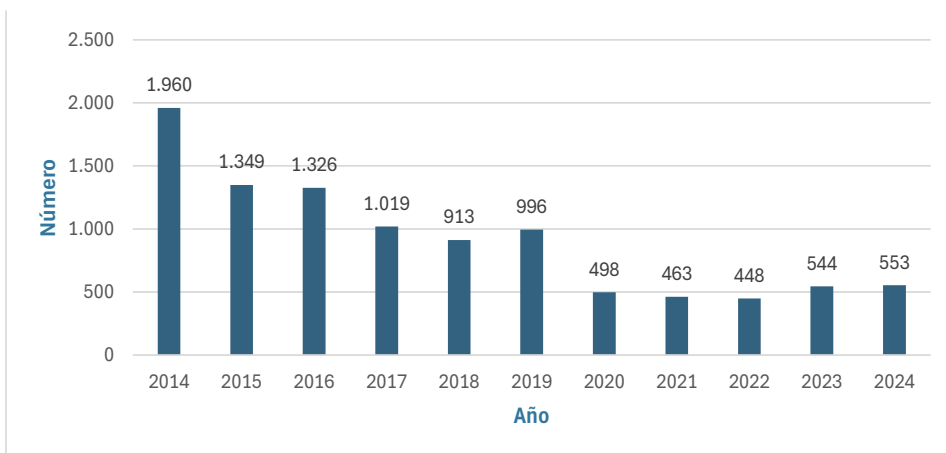
Analizar el descuelgue salarial es adentrarse en un supuesto de inaplicación de convenios vigentes, figura que se erige en una excepción al principio consagrado en el párrafo primero del artículo 82.3 del ET que establece que «los convenios colectivos regulados por esta ley obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia». Supuesto de inaplicación convencional que originariamente estaba regulado de forma aislada en el párrafo segundo del artículo 82.3 del ET, respecto a inaplicaciones referidas a otras condiciones de trabajo vehiculadas en el pasado a través del artículo 41.2 del ET.

Con carácter previo a la exégesis de la ordenación jurídica de la inaplicación de convenios, conocida como descuelgue, resulta conveniente tener presente una serie de datos sobre la realidad de esta institución en el ámbito

de nuestras relaciones laborales tomando una serie histórica desde el 2014 a 2024.

En este período, atendiendo al número de procedimientos de inaplicación registrados, observamos una tendencia descendente desde 2014 hasta 2018 (de 1960 a 913), con un leve repunte en 2019 (996), produciéndose en 2020 un descenso abrupto hasta 498 procedimientos, coincidiendo con el impacto de la pandemia, que se continua de forma moderada en los años 2021 (463) y 2022 (448); advirtiéndose desde entonces una recuperación moderada en 2023 (544) y en 2024 (553). En esta serie se observa además que si bien en la década anterior los procedimientos de inaplicación se situaban en un abanico entre 1960-996, en la actual década se observa, más allá de la incidencia de la pandemia, una disminución significativa al registrarse en los primeros años de la presente década entre 448 y 553 procedimientos.

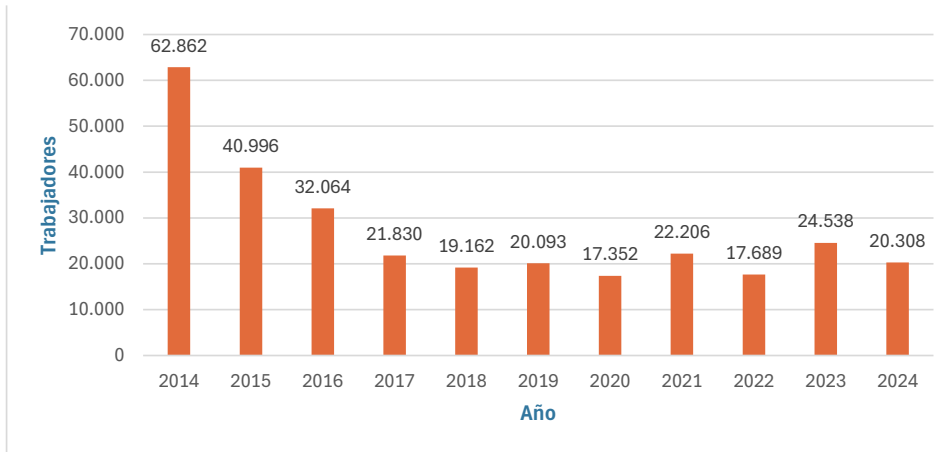
Procedimientos de inaplicación de convenios



Si nos fijamos en el número de trabajadores afectados por los procedimientos de inaplicación, se observa una tendencia descendente hasta el año 2020, con un ligero repunte previo en el año 2019, para a continuación observarse una mayor volatilidad caracterizada por subidas y bajadas significativas de año en año. Así a partir de 2021, experimenta un gran alza

(22.206), el 2022 un gran descenso a niveles del 2020 (17.689), alcanzando su máximo en 2023 (24.538), antes de descender a 20.308 trabajadores afectados en 2024.

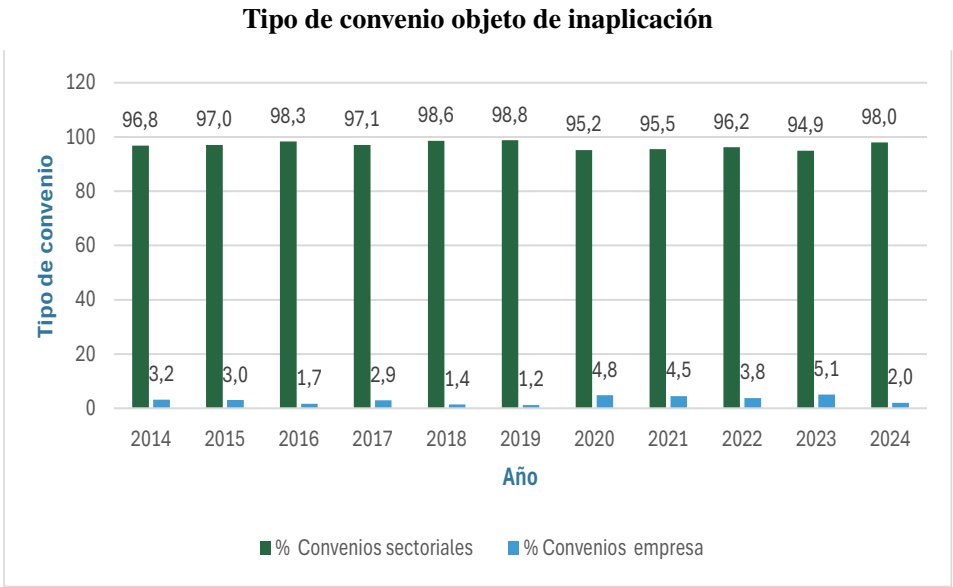
Trabajadores afectados



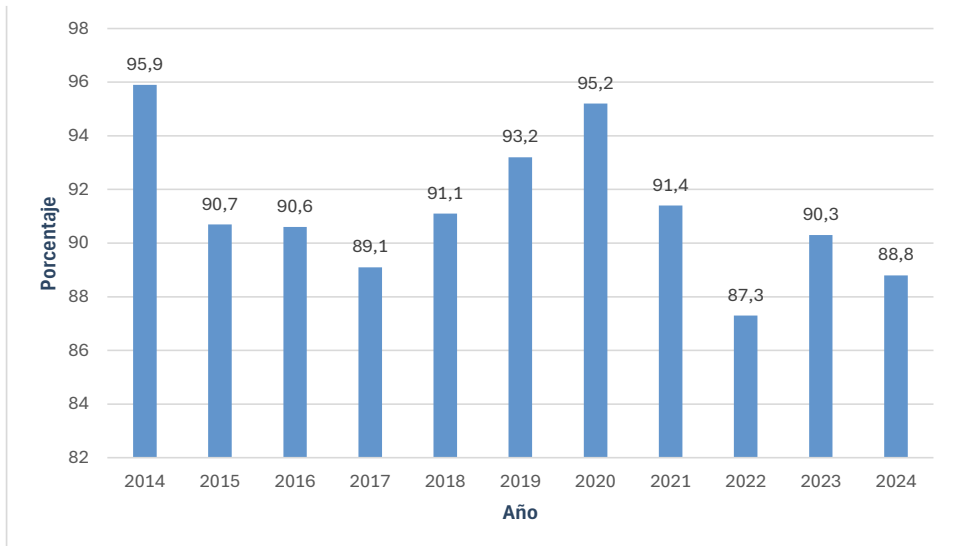
La comparativa de los datos de procedimientos de inaplicación registrados anualmente y trabajadores afectados revela la inexistencia de una tendencia clara, dado que no siempre un mayor número de procedimientos supone un mayor número de trabajadores afectados. A veces porque un descenso no significativo de procedimientos de un año a otro no supone un descenso de trabajadores similar; por ejemplo, en el año 2015 habiéndose registrado 1349 procedimientos de inaplicación, afectaron a 40.996 trabajadores, mientras que el año 2016 se efectuaron 1326 procedimientos –es decir, 23 procedimientos menos– que afectaron a 32.064 trabajadores –lo que supone 8.932 trabajadores menos–. En otras ocasiones sucede que un año que registra mayor número de procedimientos afecta a un número de trabajadores que otro año, por ejemplo, en el año 2020 se registran 498 procedimientos que afectan a 17.352 trabajadores, mientras que el año 2021 contabiliza 463 procedimientos que afectan a 22.206 trabajadores; o el año 2023 registrando 544 procedimientos se vieron afectados 24.538 tra-

bajadores frente a los 20.308 trabajadores en 553 procedimientos abiertos en 2024.

Si nos fijamos en el tipo de convenio que resulta inaplicado, la tendencia histórica resulta muy evidente, el objeto del descuelgue es el convenio sectorial, situándose en niveles muy altos que no bajan del 95% (2023) hasta alcanzar el 98,8% (2019), situándose el promedio de la serie en torno al 96,9%, frente a los niveles ínfimos que revelan las inaplicaciones de convenio empresariales cuyo valor máximo se produce en 2023 (5,1%), situándose el promedio en un 3,1%.



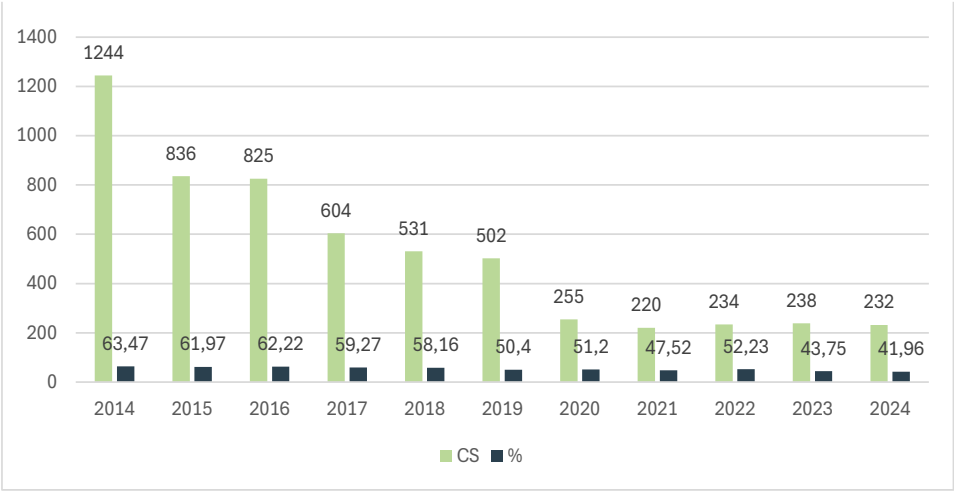
Otro dato que resulta relevante y esclarecedor de la fisonomía de la inaplicación o descuelgue del convenio en nuestro país, es que la mayoría de los procedimientos terminan con acuerdo, en torno al 89-96% en la serie histórica, situándose el promedio en torno al 91,2%.

Inaplicaciones con acuerdo (%)

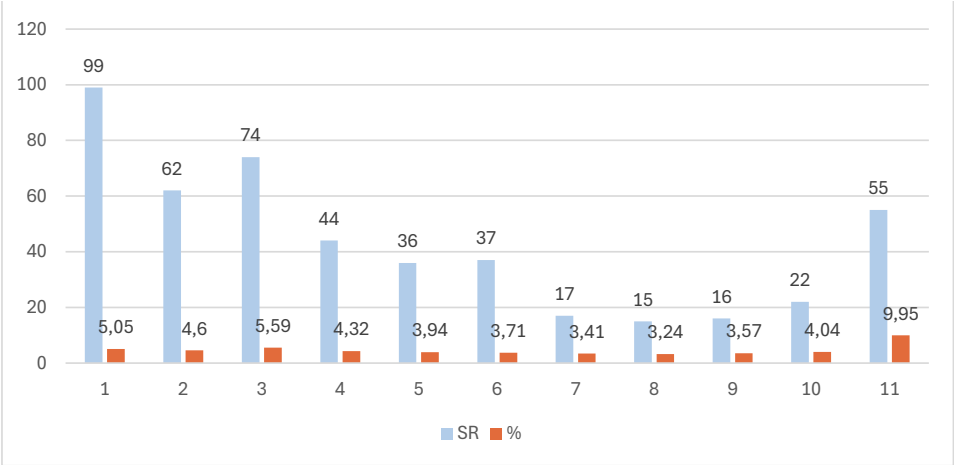
Atendiendo a las materias objeto de inaplicación se evidencia una conclusión clara, la inaplicación afecta fundamentalmente a la cuantía salarial.

En primer lugar, porque la cuantía salarial como única materia objeto de inaplicación arroja el porcentaje de procedimientos de descuelgue más elevado situándose entre el 41,96% y el 63,47% en toda la serie histórica, a pesar de apreciarse una tendencia descendente en la configuración de dicha materia como único objeto del descuelgue; siendo la segunda materia que es objeto único de la inaplicación el sistema de remuneración al situarse entre el 3,24% y 9,95% de los procedimientos; y la jornada de trabajo –no durante toda la serie histórica, solo en algunos años– situándose como tercera materia al arrojar entre el 2,33% y el 5,88% de los procedimientos.

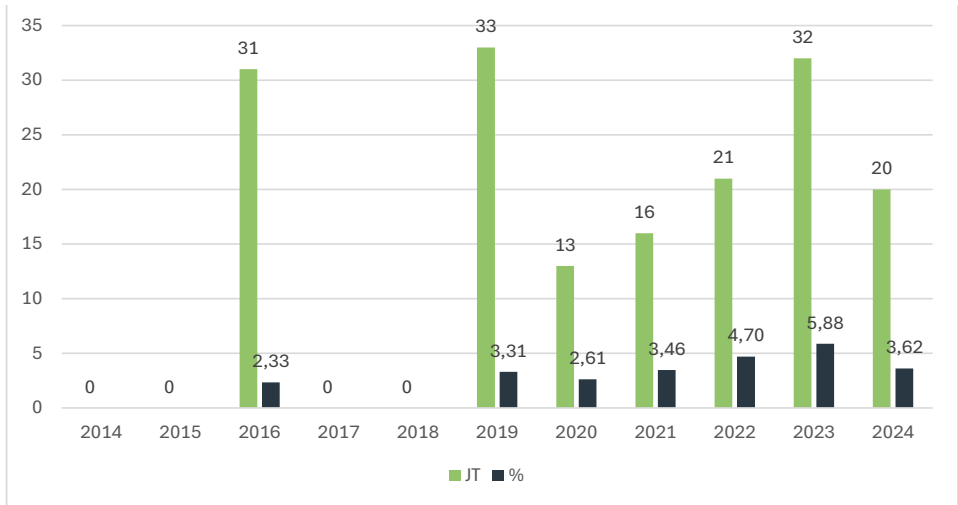
Cuantía salarial



Sistema remuneración

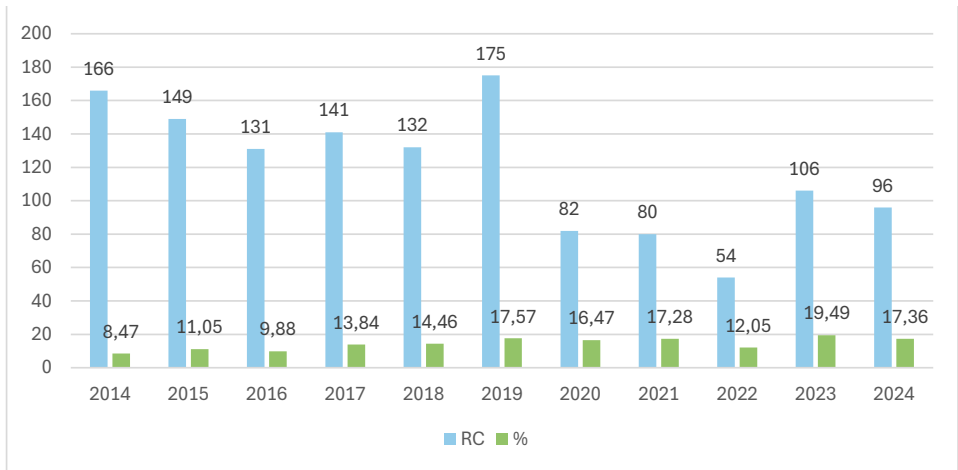


Jornada de trabajo



En segundo lugar, porque la materia salarial resulta ser la que de forma mayoritaria es objeto de negociación, en distintas combinaciones, con otras materias como el sistema de remuneración, la jornada de trabajo, la distribución del tiempo de trabajo, el horario y las mejoras voluntarias de la Seguridad Social. (Ver anexo).

Otras condiciones trabajo inaplicadas



Finalmente debe destacarse que son objeto de inaplicación otras condiciones de trabajo distintas de las enumeradas en el párrafo anterior en porcentajes significativos que oscilan entre el 8,47% y el 19,49% de la serie histórica, que si bien no muestra una tendencia clara, si se aprecia una evolución ascendente de que el transcurso de los años ha ido incrementando las inaplicaciones respecto a otras materias.

Los datos expuestos revelan que en nuestro sistema productivo la inaplicación del convenio viene caracterizada por ser una inaplicación de convenio sectorial negociada y acordada con la representación de los trabajadores y que se centra fundamentalmente en la materia salarial, principalmente en la cuantía económica y, en un segundo plano, en el sistema de remuneración, frente a otras materias susceptibles de ser inaplicadas. La inaplicación del convenio es, esencialmente, una inaplicación o descuelgue salarial.

2. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LA INAPLICACIÓN O DESCUELGE SALARIAL

2.1 Del silencio legislativo al papel precursor de los agentes sociales

En la versión original del Estatuto de los Trabajadores –Ley 8/1980, de 10 de marzo– ninguna referencia se contenía a la posibilidad de inaplicar un convenio colectivo durante su vigencia, por cuanto el artículo 82.3 ET solo establecía que «los convenios colectivos regulados por esta Ley obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia» y tampoco el artículo 41 del ET al configurar la modificación sustancial de condiciones de trabajo ninguna referencia contenía a la posibilidad de inaplicar el convenio colectivo.

Las primeras previsiones en materia de inaplicación o descuelgue se contienen en la negociación colectiva y venían referenciadas a la inaplicación salarial. En efecto, el 5 de enero de 1980, se firmó entre UGT y CEOE el Acuerdo Marco Interconfederal para la negociación colectiva, en su cláusula IV.3 estableció la posibilidad de no aplicar los porcentajes de incremento salarial pactado –aclarando expresamente que la inaplicación solo afectaba al «concepto salarial»– si las empresas acreditaban objetivamente «situaciones de déficit o pérdidas mantenidas» durante los dos años anteriores (1978 y 1979). Para proceder a esta inaplicación se tenía que valorar previamente la existencia de dichas circunstancias teniendo en cuenta datos como «el insuficiente nivel de producción y ventas y se atenderán los datos que resulten de la contabilidad

de las empresas, de sus balances y de sus cuentas de resultados»; pudiendo acudir a informes de auditores o censores de cuentas si había discrepancia en la valoración de los datos. Además se estableció la obligación de entregar a los representantes de los trabajadores la documentación precisa que amparase un distinto e inferior régimen salarial.

Similar formulación se contiene en la concertación social concretada un año después en la cláusula II.23.^a del Acuerdo Nacional sobre Empleo firmado entre Gobierno, CC OO, UGT y CEOE el 9 de junio de 1981, si bien se introduce la novedad de que en las empresas de menos de veinticinco trabajadores se permite sustituir los informes de auditores y censores de cuentas por la documentación contable de la empresa. Siendo esta formulación la recogida ulteriormente tanto en el artículo 3 del Acuerdo Interconfederal firmado por CC OO, UGT, CEOE y CEPYME el 15 de febrero de 1983 y en el artículo 3 del Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 1985-86 suscrito por UGT, CEOE y CEPYME el 9 de octubre de 1984.

2.2 La inicial implementación separada de la inaplicación salarial y la inaplicación de otras condiciones de trabajo

Será la reforma laboral operada con la Ley 11/1994, de 19 de mayo, la que introduzca por primera vez en nuestro ordenamiento la posibilidad de inaplicar un convenio vigente –cláusulas de descuelgue– como una de las medidas para conseguir mejorar la capacidad de adaptación de la negociación colectiva a la realidad de las empresas; y lo hace a través de dos vías diferenciadas, el descuelgue salarial *ex* artículo 82.3 ET y la modificación sustancial colectiva *ex* artículo 41.2 ET.

En efecto, el apartado 3.º del artículo 83 del ET recogió la posibilidad de descuelgue o inaplicación exclusivamente en materia salarial al establecer que «los Convenios Colectivos de ámbito superior a la empresa establecerán las condiciones y procedimientos por los que podría no aplicarse el régimen salarial del mismo a las empresas cuya estabilidad económica pudiera verse dañada como consecuencia de tal aplicación» y «si dichos Convenios Colectivos no contienen la citada cláusula de inaplicación, esta última sólo podrá producirse por acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores cuando así lo requiera la situación económica de la empresa. De no existir acuerdo, la discrepancia será solventada por la Comisión Paritaria del Convenio. La determinación de las nuevas condiciones salariales se producirá mediante

acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores y, en su defecto, podrán encomendarla a la Comisión Paritaria del Convenio».

La inaplicación de otras condiciones establecidas en la negociación colectiva se articuló a través de una nueva configuración de la modificación sustancial de condiciones de trabajo al concebir la modificación sustancial colectiva como la referida a condiciones previstas en convenio colectivo, de manera que al no poner límite alguno a la modificación está podría ser, incluso, la inaplicación de la condición prevista en el convenio. El apartado 2.º del artículo 41 ET, tras la reforma introducida por la Ley 11/1994, establecía que «se considera de carácter colectivo la modificación de aquellas condiciones reconocidas a los trabajadores en virtud de acuerdo o pacto colectivo o disfrutadas por éstos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos. La modificación de las condiciones establecidas en los convenios colectivos regulados en el Título III de la presente Ley sólo podrá producirse por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores y respecto de las materias a las que se refieren las letras b), c), d) y e) del apartado anterior»¹. En consecuencia, se preveía la posibilidad de modificar cualquier condición de trabajo prevista en acuerdo o pacto colectivo y determinadas condiciones –horario, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración y sistemas de trabajo y rendimiento– si estaban recogidas en un convenio estatutario.

Desde esta primigenia configuración, el descuelgue salarial se configuró como una institución causal, al sujetarse a la existencia de causa económica –«estabilidad económica pudiera verse dañada como consecuencia de tal apli-

¹ El apartado 4 del artículo 41 ET estableció que «la decisión de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo deberá ir precedida de un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores de duración no inferior a quince días. Dicho período de consultas deberá versar sobre las causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados.

Durante el período de consultas, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo.

Dicho acuerdo requerirá la conformidad de la mayoría de los miembros del Comité o Comités de Empresa, de los delegados de personal, en su caso, o de representaciones sindicales, si las hubiere, que, en su conjunto, representen a la mayoría de aquéllos.

Tras la finalización del período de consultas, el empresario notificará a los trabajadores su decisión sobre la modificación, que surtirá efectos una vez transcurrido el plazo a que se refiere el apartado 3 de este artículo.

Contra las decisiones a que se refiere el presente apartado se podrá reclamar en conflicto colectivo, sin perjuicio de la acción individual prevista en el número 3 de este artículo. La interposición del conflicto paralizará la tramitación de las acciones individuales iniciadas, hasta su resolución.

El acuerdo con los representantes legales de los trabajadores en el período de consultas se entenderá sin perjuicio del derecho de los trabajadores afectados a ejercitar la opción prevista en el párrafo segundo del apartado tres de este artículo».

cación»— que emerge como pieza básica de aquél². Causa configurada de forma genérica, amplia e imprecisa que otorgaba a los negociadores del acuerdo de inaplicación una gran libertad de acción³; suscitándose un debate interpretativo entre quienes desde una exégesis restrictiva entendieron que el daño debía ser real y actual⁴ y quienes postularon una interpretación laxa admitiendo también la inaplicación ante daños potenciales a verificar en el futuro⁵; o quienes modularon la exigencia causal económica atendiendo a la medida que se fuera a adoptar, de suerte que a mayor drasticidad de los efectos de las medidas de inaplicación mayor rigurosidad debía exigirse en la apreciación de la causa⁶.

La inicial configuración de la inaplicación o descuelgue salarial llamaba, en primer lugar, a la propia negociación, concretamente a los convenios sectoriales, a establecer las condiciones y procedimientos para la inaplicación del régimen salarial previsto en el convenio si la situación económica de la empresa pudiera resultar afectada negativamente por la aplicación del régimen salarial pactado en el convenio. Ante la ausencia de previsión expresa en el convenio, se permitía la inaplicación solo mediante acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores, sometiendo las posibles discrepancias a la comisión paritaria del convenio; debiendo ser objeto de acuerdo también, no solo la inaplicación en sí, sino el nuevo régimen salarial aplicable en la empresa descolgada.

La experiencia negocial posterior demostró que se implementaron presupuestos causales de distinta índole fruto de la libertad reconocida a los agentes sociales, pudiendo, no obstante, destacar un predominio de presupuestos muy garantistas y exigentes para proceder a la inaplicación salarial, como, entre otras, la necesidad de acreditar pérdidas económicas en uno o varios ejercicios contables, que la empresa se encontrara en situación de suspensión de pagos o hubiera iniciado la tramitación judicial de quiebra; de modo que la acción de la autonomía colectiva se caracterizó por circunscribir la inaplicación a la

² Ver entre otros, CASAS BAAMONDE, María Emilia: «Descuelgue salarial, acuerdos de empresa y conflictos de intereses», *Relaciones Laborales*, núm. 1, 1995, p. 25; AGUT GARCÍA, Carmen: *La cláusula de descuelgue salarial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 198; SALA FRANCO, Tomás, ALFONSO MELLADO, Carlos Luis y PEDRAJAS MORENO, Abdón: *Los acuerdos o pactos de empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 30.

³ GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago: «La negociación colectiva en el Real Decreto-Ley de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral», *Temas Laborales*, núm. 115, 2012, p. 104.

⁴ BAYLOS GRAU, Antonio: «Cláusulas de descuelgue», *Gaceta Sindical*, núm. 128, 1994, p. 51; GORELLI HERNÁNDEZ, Juan y VALVERDE ASENCIO, Antonio José: «La reforma de 1994 y los acuerdos de empresa», *Relaciones Laborales*, núm. 2, 1995, p. 430.

⁵ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco: «Mecanismos legales de descuelgue salarial», *Actualidad Laboral*, núm. 1, 1997, pp. 196; SANGUINETI RAYMON, Wilfredo: *La inaplicación parcial del contenido del convenio colectivo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 83.

⁶ SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente y MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, Lourdes: *El descuelgue salarial. Estudio de su régimen jurídico en la negociación colectiva*, Aranzadi, Pamplona, 2009, p. 61.

adopción de esta medida a «empresas cuya viabilidad o subsistencia se veía seriamente amenazada»⁷, en situación prácticamente agonizante⁸, sin que resultara frecuente la valoración de la disminución del beneficio empresarial u otros factores menos rígidos que, de ser considerados, pudieran servir como anuncio de una futura crisis económica⁹; requiriéndose en muchos convenios, además, a la empresa la aportación de un plan de viabilidad o de una memoria justificativa de las causas alegadas, con el objetivo último de incardinar la inaplicación salarial como una de las medidas, no la única, de un plan de superación de la crisis empresarial¹⁰.

La configuración genérica de la alternativa subsidiaria –el acuerdo entre empresa y representante de los trabajadores–, no vinculada a la existencia de daño económico sino únicamente a la situación legal a la empresa, generó el debate acerca de si no se estaban estableciendo dos supuestos diferentes desde el punto de vista causal –uno exigía la verificación de un daño económico, el otro solo una situación económica, con o sin daño económico. Con acierto, se interpretó que las posibles diferencias de redacción no justificaban la existencia de dos regímenes legales al ser diferencias de menor entidad¹¹, y que «la finalidad del descuelgue debe ser la misma en todos los casos»¹².

2.3 La primera gran reforma de la inaplicación o descuelgue salarial

La primera gran reforma del régimen jurídico del descuelgue salarial se llevó a cabo por Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, que tuvo por objetivo mejorar la efectividad de los procedimientos de inaplicación ante una configuración jurídica que se había revelado como ineficiente por cuanto llevaba a una realidad caracterizada por situaciones de bloqueo que impedían adoptar medidas de

⁷ MERCADER UGUINA, Jesús Rafael: «Los acuerdos de descuelgue salarial y promoción de la negociación empresarial en la Ley 35/2010», en AA. VV.: *La reforma del mercado de trabajo*, Lex Nova, Valladolid, 2010.

⁸ POSE VIDAL, Sara: «La cláusula de descuelgue salarial en tiempos de crisis económica», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 784, 2009, p. 4.

⁹ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco: «Mecanismos legales de descuelgue salarial», ob.cit., pp. 191 y ss.

¹⁰ GARRIDO PÉREZ, Eva: «La práctica negocial reciente sobre cláusulas de descuelgue salarial», *Cuadernos de Relaciones Laborales*, núm. 9, 1996, pp. 124-125.

¹¹ AGUT GARCÍA, Carmen: *La cláusula de descuelgue salarial*, ob. cit., p. 200.

¹² ALBIOL MONTESINOS, Ignacio: «El Convenio Colectivo estatutario», en AA. VV.: *Convenios Colectivos y Acuerdos de Empresa en el Derecho Español del Trabajo*, CISS, Valencia, 2007, p. 177.

flexibilidad interna que obligaban a la adopción de medidas de flexibilidad externa que abocaban a la destrucción de empleo.

La nueva configuración de la inaplicación salarial establecía como regla general que solo era posible ésta si existía acuerdo entre la empresa y la representación de los trabajadores respecto a lo contemplado en «los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa» y «previo desarrollo de un periodo de consultas en los términos del artículo 41.4 (ET), [...] cuando la situación y perspectivas económicas de ésta pudieran verse dañadas como consecuencia de tal aplicación, afectando a las posibilidades de mantenimiento del empleo en la misma».

La primera novedad afectó por partida doble a la configuración causal del despido al exigirse una «situación y perspectivas económicas» que «pudieran verse dañadas [...], afectando a las posibilidades de mantenimiento del empleo en la misma». Por un lado, ya no tenía que afectar a la estabilidad económica de la empresa sino a la situación y perspectivas de la empresa, lo que fue interpretado como una ampliación causal que llevó a sostener que tenían cabida situaciones de menor gravedad sin incidencia en la estabilidad económica de la empresa¹³, sosteniéndose la admisión de un descuelgue preventivo¹⁴, dada la referencia a las «perspectivas económicas», aunque también se negó tal posibilidad al considerar que ambos presupuestos —la situación y las perspectivas— eran concurrentes sin posibilidad de ser escindidos¹⁵. Por otro lado, la verificación de la causa no resultó ser suficiente para proceder a la inaplicación al exigirse que ésta estuviera conectada con el mantenimiento del empleo en la empresa, en línea con la razón de ser de la inaplicación salarial como alternativa a la reestructuración empresarial vía mecanismo de flexibilidad externa¹⁶, convirtiéndose en elemento esencial en la procedencia de la medida o medidas contenidas en el acuerdo de inaplicación¹⁷, y configurando el mecanismo de descuelgue sa-

¹³ CRUZ VILLALÓN, Jesús: «La flexibilidad interna en la reforma laboral de 2010», *Relaciones Laborales*, núm. 21, 2010, p. 7.

¹⁴ FERNÁNDEZ AVILÉS, José Antonio: «Las cláusulas de descuelgue salarial como mecanismo de flexibilidad interna», *Relaciones Laborales*, núm. 11, 2011, p. 12; LÓPEZ AHUMADA, José Eduardo: «La apuesta por la solución negociada en los procesos de inaplicación salarial: luces y sombras derivadas de las reformas laborales», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 167, 2014, p. 70.

¹⁵ LÓPEZ ANIORTE, María del Carmen: «Régimen jurídico del descuelgue salarial», *Aranzadi Social*, núm. 6, 2011, p. 6; ALFONSO MELLADO, Carlos Luis: «Las actuaciones para incrementar la flexibilidad interna», en AA. VV.: *La reforma laboral en la Ley 35/2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 134.

¹⁶ CRUZ VILLALÓN, Jesús: «La flexibilidad interna en la reforma laboral de 2010», ob. cit., p. 7.

¹⁷ MERCADER UGUINA, Jesús Rafael: «Los acuerdos de descuelgue salarial y promoción de la negociación empresarial en la Ley 35/2010», ob. cit., p. 195.

larial como garante del nivel de empleo¹⁸, que tuvo como efecto claro que los negociadores de los acuerdos de inaplicación debían realizar concesiones en el procedimiento de negociación teniendo como premisa de partida infranqueable el mantenimiento del empleo¹⁹.

La segunda e importante novedad, fruto seguramente de la práctica negociadora constatada en los años precedentes desde la implementación del mecanismo de descuelgue caracterizada por el establecimiento de rígidos y exigentes presupuestos que dificultaban sobre manera la posibilidad del descuelgue, consistió en eliminar cualquier referencia a su establecimiento en el convenio colectivo desapareciendo así la regla principal, lo que hizo que la regla subsidiaria inicial –la existencia de acuerdo– mutase en regla principal; focalizándose la inaplicación en la empresa²⁰, que emergió como «centro de gravedad de dicha figura (...) y no en el del sector»²¹; sin perjuicio de que mantuvo el ámbito del descuelgue referenciado a los convenios sectoriales, es decir, no tenía cabida la posibilidad de inaplicación de un convenio de empresa.

La tercera novedad consistió en concretar el procedimiento de negociación a seguir, reconduciéndolo al previsto para las modificaciones sustanciales colectivas *ex* artículo 41.4 del ET –que recuérdese seguía regulando la inaplicación o descuelgue de otras condiciones de trabajo y que también fue objeto de reforma por la Ley 35/2010. Al tiempo que se introducía una solución para los supuestos en los que no existiera representación legal de los trabajadores en la empresa, permitiéndose otorgar la representación a «una comisión integrada por un máximo de tres miembros; integrada, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa; sus acuerdos requerirán el voto favorable de la mayoría de sus miembros», debiendo realizarse su designación «en un plazo de cinco días a contar desde el inicio del periodo de consultas, sin que la falta de designación pueda suponer la paralización del mismo» y posibilitándose entonces al empresario «atribuir su representación a las organizaciones empresariales del sector».

La cuarta novedad fue concretar el contenido del acuerdo de inaplicación al prever que debería «determinar con exactitud la retribución a percibir por

¹⁸ FERNÁNDEZ AVILÉS, José Antonio: «Las cláusulas de descuelgue salarial como mecanismo de flexibilidad interna», *ob. cit.*, p. 14.

¹⁹ LAHERA FORTEZA, Jesús: «El descuelgue salarial», en AA. VV.: *La reforma del mercado de trabajo de 2010*, Reus, Madrid, 2011, p. 359.

²⁰ GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago: «La negociación colectiva en el Real Decreto-Ley de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral», *ob. cit.*, p. 105.

²¹ ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo: «Dos reformas trenzadas de la negociación colectiva: la Ley 35/2010 y el Real Decreto-Ley 7/2011», *Relaciones Laborales*, núm. 23-24, 2011, p. 25.

los trabajadores de dicha empresa» y, potestativamente, la programación del proceso de convergencia hacia el régimen salarial inaplicado «en atención a la desaparición de las causas que lo determinaron», estableciendo como límite de duración de la inaplicación «el período de vigencia del convenio o, en su caso, los tres años de duración».

La quinta y fundamental novedad por cuanto fue la reforma directamente encaminada a solventar las situaciones de bloqueo que se constataron con la inicial configuración de la inaplicación salarial debido a que la superación del desacuerdo se residenció en la comisión paritaria que venía a reproducir en muchas ocasiones la divergencia de las partes, se centró en instrumentar, como vía para superar el desacuerdo, la obligatoriedad de acudir a la mediación prevista en los convenios o acuerdos interprofesionales, previendo, además, la posibilidad de que dichos instrumentos contemplen «el compromiso previo de someterse a un arbitraje vinculante para los casos de ausencia de avenencia en la mediación, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma eficacia que los acuerdos en periodo de consultas».

En su convalidación parlamentaria se produjeron algunas modificaciones a esta primera reforma del régimen jurídico de la inaplicación salarial que cristalizaron en la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. En primer lugar, se especifica que los sujetos legitimados para negociar el acuerdo de inaplicación son los contemplados en el artículo 87.1 del ET. En segundo lugar, la solución para los supuestos de ausencia de representación legal de los trabajadores se hace coincidir con la prevista para idéntico supuesto en las modificaciones sustanciales de carácter colectivo al remitirse expresamente al artículo 41.4 del ET, derogando la solución singular introducida por el Real Decreto-ley 10/2010. En tercer lugar, se introduce la presunción de existencia de la causa si el procedimiento termina con acuerdo, de suerte que éste «sólo podrá ser impugnado ante la jurisdicción competente por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión», debiendo notificarse a la comisión paritaria del convenio colectivo. En cuarto lugar, se aclara que la duración máxima del acuerdo de inaplicación se fija bien con la duración del convenio inaplicado o bien «hasta un máximo» de tres años. En quinto lugar, se introduce la garantía de que el acuerdo de inaplicación y la posible programación de su reversión «no podrán suponer el incumplimiento de las obligaciones establecidas en convenio relativas a la eliminación de las discriminaciones retributivas por razones de género». La última novedad es que la superación del posible desacuerdo se remite a los procedimientos que deberán ser establecidos por los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico;

redirigiéndose el papel del propio convenio al contenido mínimo del mismo ex artículo 85.3 c) del ET, dado que los negociadores deberán incluir obligatoriamente entre otros procedimientos el de solución de los desacuerdos en los procesos de inaplicación salarial.

2.4 La reforma del sistema de negociación colectiva

Con el objetivo de introducir un mayor dinamismo en la negociación colectiva, el Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva, otorgó un mayor protagonismo a la institución de la comisión paritaria para contribuir a una más adecuada gestión de los convenios colectivos que irradió en la configuración de la inaplicación salarial como principal novedad al introducir la posibilidad –en términos potestativos– de someter las discrepancias surgidas durante el período de consultas a la comisión paritaria «de un plazo máximo de siete días para pronunciarse, a contar desde que la discrepancia le fuera planteada», de manera que no alcanzándose un acuerdo las partes «podrán recurrir» a los procedimientos previstos en los acuerdos interprofesionales.

La otra novedad afecta a la causa que justifica la inaplicación salarial, al introducirse la «disminución persistente de su nivel de ingresos» como supuesto que podía amparar la inaplicación, junto a la situación y perspectiva económica que pudiera verse «afectada negativamente» –hasta entonces se indicaba que pudiera resultar «dañada»–; lo que supuso una ampliación por cuanto ya no sería necesario la verificación de situación económica «aguada e intensa»²².

2.5 La unificación de la inaplicación de convenios: del descuelgue salarial al descuelgue laboral

La segunda gran alteración del régimen jurídico de la inaplicación salarial se produce con la reforma del 2012, con el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral y su convalidación parlamentaria con la Ley 3/2012, de 6 de julio. Bajo la premisa del favo-

²² MOLERO MARAÑÓN, María Luisa: «El nuevo modelo de flexibilidad interna: el diálogo entre la Ley 35/2010 y el RDL 7/2011», *Relaciones Laborales*, núm. 23-24, 2011, p. 16.

recimiento de la flexibilidad interna frente a las medidas de ajuste externo, dos fueron los ejes vertebradores de la reforma de la institución de la inaplicación.

El primero consistió en la unificación en un solo régimen jurídico de todos los posibles supuestos de inaplicación convencional hasta ahora distribuidos entre el artículo 82.3 y 41 del ET, reconduciéndose todas al primero; de modo que el descuelgue o inaplicación salarial mutó en una institución de descuelgue genérico²³; de aplicación preferente ante la restrictiva y mínima operatividad en el ámbito laboral de la cláusula *rebus sic stantibus*²⁴. Con la unificación de todos los supuestos de inaplicación convencional, no solo el descuelgue salarial, en el artículo 82.3 del ET la referencia causal pasó a estar identificada con la concurrencia de «causas económicas, técnicas, organizativas o de producción» frente a la anterior causalización centrada exclusivamente en causas económicas.

El segundo eje vertebrador de la reforma de la inaplicación convencional, ahondando en la búsqueda de eficiencia en los supuestos de bloqueo que seguían dando altas tasas de a pesar de las modificaciones introducidas por las reformas precedentes, fue reconocer en los supuestos de persistencia del desacuerdo –bien agotado el periodo de negociación sin acudir a los mecanismos de solución autónoma o bien acudiendo a ellos sin éxito– la posibilidad de que cualquiera de las partes pudiera someter la controversia al órgano tripartito consultivo en materia de negociación colectiva –bien la CCNCC o bien el organismo autonómico equivalente–, quienes podrán adoptar la solución «en su propio seno o por un árbitro designado al efecto por ellos mismos», debiendo «dictarse en plazo no superior a veinticinco días a contar desde la fecha del sometimiento del conflicto ante dichos órganos».

Otras novedades fueron, de un lado, que la inaplicación no se circunscribió al ámbito de los convenios sectoriales, al referirse expresamente aquella también a las condiciones establecidas en convenios de empresa; enumerándose una relación de materias que pueden ser objeto de inaplicación, a saber: jornada de trabajo, horario y distribución del tiempo de trabajo, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración y cuantía salarial, sistema de trabajo y rendimiento, funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 del ET y mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social. Produciéndose a continuación una concep-

²³ En palabras de GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago: «La negociación colectiva en el Real Decreto-Ley de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral», ob. cit., p. 103.

²⁴ STS de 29 de febrero de 2024 (Rec. 323/2021).

tualización de las distintas causas²⁵; de otro lado, respecto al acuerdo de inaplicación se deja una única referencia concreta a su contenido mínimo al establecerse que «deberá determinar con exactitud las nuevas condiciones de trabajo aplicables en la empresa y su duración»; aspecto este último que sólo queda sometido al límite máximo de la duración de la vigencia del convenio, desapareciendo la referencia a la posibilidad de las partes de establecer una concreta duración nunca superior a tres años. Se introduce la obligación, además, de comunicar el acuerdo no solo a la comisión paritaria sino también a la autoridad laboral.

Las modificaciones introducidas en materia de inaplicación convencional por la Ley 3/2012, se centraron en perfilar el concepto de causa económica al precisar qué debía de entenderse por disminución persistente, indicando que era el descenso «durante dos trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior»; en reintroducir la garantía de no discriminación del contenido del acuerdo de inaplicación eliminada por el Real Decreto-ley y configurar como obligación –que inicialmente se había articulado como facultad– el tener que acudir a los procedimientos previstos en los acuerdos interprofesionales cuando no se hubiera solicitado la intervención de la comisión o no se hubiera alcanzado un acuerdo en ésta.

La última reforma significativa de la inaplicación convencional, introducida 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 social²⁶, fue de mínimo alcance y consistió en aclarar la dimensión subjetiva del procedimiento de negociación al sustituir la previsión que concretaba quienes eran los sujetos negociadores por la parte social para el supuesto de ausencia de representantes en la empresa por una remisión genérica al artículo 41.4 del ET al indicarse que «la intervención como interlocutores ante la dirección de la empresa en el procedimiento de consultas corresponderá a los sujetos indicados en el artículo 41.4, en el orden y condiciones señalados en el mismo».

²⁵ En este sentido el artículo 83.2 ET estableció que «se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si se produce durante dos trimestres consecutivos» por causas técnicas cuando «se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción»; por causas organizativas «los cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción» y por causas productivas los «cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado».

²⁶ Convalidado por la Ley 1/2014, de 28 de febrero, que no introduce variación alguna respecto de la legislación delegada.

3. DELIMITACIÓN SUBJETIVA, OBJETIVA Y TEMPORAL

3.1 Configuración subjetiva de la inaplicación convencional

La configuración subjetiva de la inaplicación convencional se produce en relación al empresario y la representación de los trabajadores.

El empresario será el principal interesado en alcanzar la inaplicación por cuanto el resultado final será el establecimiento de una condición de trabajo de forma diversa a la establecida en el convenio respecto del que se descuelga por una razón que contribuya a la buena marcha de la empresa; y si esa razón es de índole económica, la inaplicación siempre conllevará la fijación de un nivel salarial por debajo del establecido en el convenio, lo que refuerza que esta institución se articula fundamentalmente en interés del empresario al erigirse en un instrumento de superación de crisis.

La figura empresarial como sujeto legitimado para negociar planteó un primera duda en relación a los grupos de empresa, en el sentido de si estos resultan legitimados para negociar un acuerdo de inaplicación bien de un convenio sectorial, bien de un convenio de grupo de empresa; resulta claro que un empresario está legitimado para acordar la inaplicación respecto de un convenio vigente en el grupo de empresas del que forma parte. La cuestión dividió a la doctrina entre quienes apostaron por admitir la legitimación del grupo de empresas en virtud de la remisión que el artículo 82.3 del ET hace al artículo 87.1 del ET²⁷ o por la extensión analógica del segundo párrafo del artículo 84.2 del ET²⁸; y quienes se posicionan en contra de reconocer dicha legitimación al considerar que el tenor literal del artículo 82.3 del ET se refiere al apartado 1.º del artículo 87 del ET dedicado a los grupos de empresa²⁹. En la actualidad, atendiendo al tenor literal, no hay problema alguno para reconocer su legitimación, desde la reforma operada en el artículo 87.1 del ET por el RD-ley 7/2011, de 10 de junio, al incluirse expresamente las reglas de legitimación para los grupos de empresa y empresas red.

²⁷ MERCADER UGUINA, Jesús Rafael: «La reforma de la negociación colectiva en el RDL 3/2012: la empresa como nuevo centro de gravedad», en GARCÍA PERROTE, Ignacio y MERCADER UGUINA, Jesús Rafael (dirs.): *Reforma laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Lex Nova, Valladolid, 2012, p. 362; MOLL NOGUERA, Rafael: *Negociación colectiva y dimensión de la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 53.1

²⁸ GOERLICH PESET, José María: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 68;

²⁹ SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente y MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, Lourdes: *El descuelgue y otras vías de inaplicación del convenio colectivo*, Francis Lefebvre, Madrid, 2014, p. 86; SÁEZ LARA, Carmen: «Descuelgue convencional y arbitraje obligatorio», *Temas Laborales*, núm. 140, 2017, p. 332; DE CASTRO MARÍN, Emilio: *El descuelgue de Convenio Colectivo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 213.

Respecto a quienes resultan legitimados por la parte social, el artículo 82.3 del ET al remitirse al artículo 87.1 del ET, identifica como posibles negociadores tanto a la representación legal o unitaria como a la representación sindical. Sucede que a continuación, señala expresamente que la interlocución se reconoce a «los sujetos indicados en el artículo 41.4 (del ET), en el orden y condiciones señalados en el mismo». Por lo tanto tenemos dos remisiones que al no ser totalmente coincidentes plantean alguna duda interpretativa.

No hay duda de que resultan legitimadas tanto la representación legal como la sindical, con prevalencia de esta última, por cuando es llamada en primer lugar a negociar la inaplicación y solo en defecto del acuerdo necesario entre las secciones sindicales y la representación que se les exige, es llamada a negociar la representación legal; y ante la ausencia de ambos tipos de representación se reconoce legitimación a comisiones de representación *ad hoc*.

Se plantea la duda de si en materia de inaplicación o descuelgue convencional puede una comisión *ad hoc* negociar el acuerdo, por cuanto no aparece recogida como sujeto negociador en el artículo 87.1 del ET pero sí en el artículo 41.4 del ET. Esta aparente discordancia debe salvarse teniendo presente que fue en la reforma de 2010 cuando se introdujo una regla para los supuestos de inexistencia de sujetos negociadores por la parte social, que consistió en otorgar la legitimación a una comisión *ad hoc*; previsión que como ya se ha expuesto fue modificada por el Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto, al introducir la vigente remisión al artículo 44.1 en la identificación de los interlocutores de la parte social, si bien de forma defectuosa se hizo de forma genérica, lo que ya resultaba redundante si tenemos en cuenta la inicial remisión al artículo 87.1 del ET, lo que nos lleva a interpretar que, estando presente históricamente la contemplación del sujeto negociador ante la posible ausencia de representación legal o sindical, la intención del legislador no fue tanto negar la legitimación de las comisiones *ad hoc*, sino reordenar la intervención de todos los posibles sujetos, lo que unido a que expresamente se prevé que el orden de intervención será el previsto en el artículo 41.4 del ET, resulta admisible reconocer legitimación para acordar una inaplicación a una comisión *ad hoc* siempre y cuando no exista representación sindical y legal que pueda asumir la negociación.³⁰

³⁰ A idéntica conclusión llegan, entre otros, CASTRO ARGÜELLES, María Antonia: *Inaplicación o «descuelgue» del convenio colectivo*, Aranzadi, Navarra, 2013, p. 146; VILA TIerno, Francisco: *La negociación colectiva como instrumento de flexibilidad interna en la empresa. Reflexiones tras cinco años de la última Reforma Laboral*, Comares, Granada, 2017, p. 52; GORELLI HERNÁNDEZ, Juan: *La negociación colectiva de empresa. Descuelgue y prioridad aplicativa del convenio de empresa*, Comares, Granada, 2013, p. 41; MOLL NOGUERA, Rafael: *Negociación colectiva y dimensión de la empresa*, ob. cit., p. 506.

3.2 Configuración objetiva de la inaplicación

Establece el artículo 82.3 del ET que podrá inaplicarse «en la empresa las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable, sea este de sector o de empresa, que afecten a las siguientes materias: a) Jornada de trabajo. b) Horario y distribución del tiempo de trabajo. c) Régimen de trabajo a turnos. d) Sistema de remuneración y cuantía salarial. e) Sistema de trabajo y rendimiento. f) Funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39. g) Mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social».

El precepto legal identifica como convenio objeto de descuelgue el sectorial y el empresarial, pero nada impide que el objeto del descuelgue sea un convenio subsectorial, intersectorial o profesional, dado que al concretar los sujetos negociadores del acuerdo de inaplicación se remite a todos aquellos englobados en el artículo 87.1 del ET que posibilita los ámbitos antecitados³¹.

Se plantea un primer interrogante en torno a si es posible que el descuelgue se pueda producir respecto a un convenio de empresa, lo que supondría admitir la inaplicación de condiciones de trabajo para uno o varios centros de trabajo de la empresa –autodescuelgue–. Se abre en esta cuestión un debate doctrinal entre quienes niegan dicha posibilidad atendiendo a la literalidad que señala que el descuelgue solo puede ser respecto del convenio sectorial o de empresa, entendiendo que en este segundo supuesto la inaplicación debe ser para toda la empresa en su conjunto³²; frente a quienes aceptan la posibilidad de un acuerdo de inaplicación por centro o centros de trabajo. Es esta última interpretación la más acomodada a la norma, por un lado, porque es clara la literalidad del artículo 82.3 del ET que al referir el objeto del descuelgue expresamente señala que el convenio a inaplicar puede ser de sector o de empresa, nada más se dice, no prohibiéndose, por tanto, la inaplicación por centros de trabajo, dado que la referencia legal solo se dirige a determinar el tipo de convenio que puede ser objeto de inaplicación³³; por otro lado, si en materia de legitimación el artículo 82.3 del ET se remite al artículo 87.1 del ET que contempla sujetos negociadores en unidades infraempresariales, debe

³¹ CASTRO ARGÜELLES, María Antonia: *Inaplicación o «descuelgue» del convenio colectivo*, ob. cit., p. 81; GOERLICH PESET, José María: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, ob. cit., p. 81; DE CASTRO MARÍN, Emilio: *El descuelgue de Convenio Colectivo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 213-215.

³² SÁEZ LARA, Carmen: «Descuelgue convencional y arbitraje obligatorio», ob. cit., p. 323.

³³ DE CASTRO MARÍN, Emilio: *El descuelgue de Convenio Colectivo*, ob. cit., pp. 215-220; SEMPÉRRE NAVARRO, Antonio Vicente y MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, Lourdes: *El descuelgue y otras vías de inaplicación del convenio colectivo*, ob. cit., 2014, p. 32.

concluirse que se está dando entrada a la posibilidad de negociar un acuerdo de inaplicación para uno o varios centros de trabajo³⁴. Apoya esta conclusión el hecho de que el artículo 20 del RD 1362/2012, al enumerar la documentación necesaria para solicitar la intervención de la CCNCC, señala que la inaplicación puede referirse bien a la empresa en su conjunto bien a centros de trabajo³⁵, dado que se solicita que se especifique los centros de trabajos afectados por la inaplicación.

Cuestión distinta y controvertida es si para que se pueda dar un acuerdo de inaplicación por centro de trabajo es necesario que la causa justificativa solo afecte al centro de trabajo o sea indiferente que afecte a toda la empresa. Un sector de la doctrina ha considerado que si la causa concurre en toda la empresa no podrá procederse a una inaplicación por centro de trabajo, llegándose a matizar que la causa económica sería menos diferenciable por centro de trabajo, lo que abocaría a una inaplicación para la totalidad de la empresa, mientras que el resto de las causas sería más ajustable por centro de trabajo de acuerdo a la medida negociada en el acuerdo de inaplicación³⁶. Sin desechar esta interpretación, no debe descartarse la posibilidad de inaplicación por centros de trabajo cuando la causa sea económica y concurra en toda la empresa, siempre y cuando se dé una adecuada justificación de porque la implementación de un acuerdo de inaplicación en un centro de trabajo y no en el resto permitiría salvar la situación negativa.

Se plantea un segundo interrogante acerca de si la inaplicación convencional puede operar en otros productos de la negociación colectiva distintos al convenio colectivo. Es verdad que esta institución, al estar ubicada en el Título III del ET, forma parte del régimen jurídico del convenio colectivo estatutario y está dirigida *prima facie* a él –incluyéndose los supuestos de convenios aplicables por adhesión o extensión–³⁷, pero también es posible que pueda producirse el descuelgue en relación con otros resultados de la negociación colectiva, señaladamente aquellos a los que la ley otorga la eficacia o tratamiento reconocido al convenio colectivo estatutario, como los acuerdos marcos interprofesionales mixtos –es decir, cuando no se limitan a establecer normas sobre la estructura negocial, regulando también condiciones de trabajo–, los acuer-

³⁴ CASTRO ARGÜELLES, María Antonia: *Inaplicación o «descuelgue» del convenio colectivo*, ob. cit., p. 81.

³⁵ Ver NAVARRO NIETO, Federico: «El régimen de inaplicación y modificación de convenios colectivos», *Temas Laborales*, núm. 120, 2013, p. 252.

³⁶ GOERLICH PESET, José María: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, ob. cit., p. 67; SÁEZ LARA, Carmen: «Descuelgue convencional y arbitraje obligatorio», ob. cit., p. 332.

³⁷ DE CASTRO MARÍN, Emilio: *El descuelgue de Convenio Colectivo*, ob. cit., pp. 197-201.

dos sobre materias concretas, los acuerdos de aplicación e interpretación de la comisión paritaria, los acuerdos de mediación y arbitraje resolutorios de controversias de aplicación e interpretación del convenio en procedimientos de solución autónoma de conflictos, los acuerdos de conciliación o mediación alcanzados en los procedimientos de conflicto colectivo, la solución adoptada por mayoría simple en un procedimiento seguido ante la autoridad laboral en una controversia de aplicación o interpretación de convenio, el acuerdo de fin de huelga suscrito por quienes tiene legitimación para negociar un convenio y siempre que contenga pactos sobre condiciones de trabajo³⁸.

Más problemática es la admisión del descuelgue respecto de los acuerdos de empresa fruto de las llamadas o reenvíos efectuados en la Ley o en el convenio o del propio acuerdo de inaplicación. No obstante, dado que todos estos acuerdos de empresa constituyendo una fuente reguladora de la relación laboral, gozando de eficacia automática, imperativa e inderogable, siendo congruente con la fuerza vinculante atribuida a los productos de la negociación colectiva, no cabe su modificación unilateralmente por el empresario, pudiendo ser de aplicación la institución del descuelgue *ex* artículo 82.3 del ET³⁹.

Un tercer interrogante que se nos suscita es si el conjunto de materias enumeradas en el artículo 82.3 del ET sobre las que puede operar la inaplicación convencional constituye un listado abierto, que permitiría inaplicar cualquier condición de trabajo establecida en el convenio objeto de descuelgue, o un listado cerrado, de manera que deberemos atenernos a las materias expresamente referenciadas legalmente.

Un sector doctrinal considera que las materias objeto de inaplicación no vienen constreñidas por la enumeración efectuada por el artículo 82.3 del ET, pudiendo bien a través de la concreta negociación del acuerdo de inaplicación o bien vía convenio colectivo establecer otras materias que pudieran ser objeto de deslinde; sosteniéndose, además, que la limitación material solo operaría respecto a procedimientos de inaplicación que finalizasen sin acuerdo, de suerte que si se alcanzase un acuerdo podría afectar a cualquier condición de trabajo⁴⁰.

³⁸ Con mayor detenimiento, ver el excelente análisis de DE CASTRO MARÍN, Emilio: *El descuelgue de Convenio Colectivo*, ob. cit., pp. 180-197.

³⁹ SALA FRANCO, Tomás, ALFONSO MELLADO, Carlos Alfonso y PEDRAJAS MORENO, Abdón: *Los acuerdos o pactos de empresa*, ob. cit., p. 40; GARCÍA MURCIA, Joaquín: *Los acuerdos de empresa*, CES, Madrid, 1998, p. 253; MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana: «Reforma del régimen de inaplicación de condiciones previstas en convenio colectivo», en THIBAUT ARANDA, Javier: *La reforma laboral de 2012. Nuevas perspectivas para el Derecho del Trabajo*, Madrid, La Ley, 2012, p. 242; DE CASTRO MARÍN, Emilio: *El descuelgue de Convenio Colectivo*, ob. cit., pp. 204, 207 y 209.

⁴⁰ GOERLICH PESET, José María: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, ob. cit., p. 75.

Siendo sugerente este posicionamiento, lo cierto es que del tenor literal del artículo 83.2 del ET, el ámbito material se constriñe a las inaplicaciones «que afecten a las siguientes materias», expresión que no deja dudas al carácter tasado de la inaplicación, pues a diferencia de lo que acontece con la enumeración de materias susceptibles de modificación sustancial se ha omitido la expresión «entre otras» u otra equivalente⁴¹; lo que conforma un listado cerrado de materias objeto de ser inaplicadas que constituyen una regla de derecho necesario indisponible, si bien son susceptibles de una interpretación extensiva que acoja una mayor gama de supuestos⁴². En esta dirección apunta la STS de 3 de julio de 2019 (Rec. 51/2018) al afirmar de forma clara que «el elenco de materias respecto de las que cabe la inaplicación es cerrado», por contraposición al listado de materias de la modificación sustancial.

A esta conclusión se llega también si nos atenemos al criterio interpretativo histórico evolutivo porque la inaplicación de otras condiciones distintas a la salarial recogidas inicialmente en el ámbito de la modificación sustancial colectiva, establecía un ámbito material abierto para la inaplicación de condiciones previstas en pactos o acuerdos colectivos, pero cuando se trataba de condiciones previstas en convenios estatutarios solo se permitía la inaplicación de unas concretas condiciones, de manera que desde la implementación del descuelgue de otras condiciones de trabajo en 1994, el ámbito material ha sido cerrado; y cuando se produjo la fusión de los dos mecanismos de inaplicación se pudo cambiar la configuración cerrada del ámbito material por una configuración abierta, como la ya existente para la modificación sustancial y no se hizo. Siendo cerrado el listado de materias, la sugerente posibilidad de incluir materias vía negociación colectiva podría suponer una contravención de la norma legal, con la consiguiente nulidad del precepto convencional que así lo estableciera.

Sentada la limitación de materias susceptibles de ser inaplicadas debe señalarse que estamos ante un elenco amplio⁴³ que viene a permitir subsumir en él a las condiciones de trabajo más significativas en el devenir de una rela-

⁴¹ CRUZ VILLALÓN, Jesús: «El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012», *Revista de Derecho Social*, núm. 57, 2012, p. 236; DE CASTRO MARÍN, Emilio: *El descuelgue de Convenio Colectivo*, ob. cit., pp. 219-220; ÁLVAREZ ALONSO, Diego: «Inaplicación del convenio colectivo y prioridad aplicativa del convenio de empresa: dos vías concurrentes para descentralizar la regulación de condiciones de trabajo», *op. cit.*, p. 1030; VILA TIerno, Francisco: *La negociación colectiva como instrumento de flexibilidad interna en la empresa. Reflexiones tras cinco años de la última Reforma Laboral*, ob. cit., p. 45; SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente y MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, Lourdes: *El descuelgue y otras vías de inaplicación del convenio colectivo*, ob. cit., p. 20.

⁴² DE CASTRO MARÍN, Emilio: *El descuelgue de Convenio Colectivo*, ob. cit., pp. 323-326.

⁴³ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel Carlos: «Eficacia personal e inaplicación del convenio colectivo», en AA. VV.: *XXV Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva: La reforma Laboral de 2012*, CCNCC, Madrid, 2012, p. 17.

ción laboral⁴⁴, identificadas con tres instituciones jurídico-laborales esenciales como son las funciones, el salario y la jornada de trabajo⁴⁵. No obstante, debe advertirse que, incluso, respecto de estas materias juega un doble límite, de manera que la inaplicación no será posible en estas materias si la medida adoptada⁴⁶, por un lado, supone una contravención de las garantías para la eliminación de la discriminación por razón de géneros o de las previstas en el plan de igualdad; por otro lado, no respeta normas de derecho necesario⁴⁷.

3.3 Aspecto temporal de la inaplicación convencional

Al hablar del aspecto temporal de la inaplicación del convenio se suscitan dos interrogantes, el primero de ellos es si es posible un acuerdo de inaplicación preventivo que pudiera darse antes de que se dé la causa que lo justificaría o solo cabe la inaplicación reactiva. No cabe dar una respuesta uniforme para todas y cada una de las causas previstas en el artículo 82.3 del ET⁴⁸.

Para las inaplicaciones fundadas en causas técnicas, organizativas y productivas la dicción literal el artículo 82.3 del ET, al concretar su configuración, exige para su apreciación que «se produzcan cambios», expresión que solo puede ser entendible como que el cambio se ha actualizado en la realidad, lo que implica únicamente la admisión de la inaplicación reactiva.

No se llega tan fácilmente a idéntica conclusión cuando la causa de inaplicación es la económica dado que se considera su concurrencia en una situación económica negativa, como, entre otros supuesto, la «existencia de pérdidas actuales o previstas»; referencia esta última –la de pérdidas previstas– que daría entrada a la inaplicación preventiva para este concreto supuesto de la causa económica. Un sector de la doctrina ha considerado que no cabe dicha inaplicación preventiva por cuanto considera que ambas circunstancias «actuales» y «previstas» de las pérdidas deben darse conjuntamente.

⁴⁴ RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín: «Reformas en el régimen jurídico de la negociación colectiva», *Revista Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 100, 2012, p. 186.

⁴⁵ DE CASTRO MARÍN, Emilio: *El descuelgue de Convenio Colectivo*, ob. cit., p. 312.

⁴⁶ GOERLICH PESET, José María: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, ob. cit., p. 76.

⁴⁷ MORENO GONZÁLEZ-ALLER, Ignacio: «Inaplicación de las condiciones pactadas en convenio colectivo a la luz de la reforma laboral 2012», *Aranzadi Social*, núm. 9, 2013, p. 4. (BIB 2013\14).

⁴⁸ En contra, DE CASTRO MARÍN, Emilio: *El descuelgue de Convenio Colectivo*, ob. cit., p. 242, sostiene «que, en una interpretación lógica, deberán actualizarse en el momento de iniciarse el procedimiento de inaplicación».

te⁴⁹. Sin embargo, la dicción literal del precepto destierra esta interpretación porque se utiliza la conjunción disyuntiva «o» que entraña la configuración de una alternativa, de modo que las pérdidas pueden ser actuales o pueden ser futuras, y, en consecuencia, podría articularse una inaplicación preventiva para este supuesto de causa económica⁵⁰, no siendo posible si la causa económica fuera la disminución del nivel de ingresos o ventas por tener que ser «persistente», lo que implica que deben ser actuales. Como acertadamente se ha señalado, «con independencia del estrecho margen preventivo, el art. 82.3 ET solo es aplicable a posteriori, como una suerte de reacción a una situación adversa, y no como una herramienta de previsión o corrección previa»⁵¹.

El segundo interrogante se relaciona con la posibilidad de que la inaplicación tenga efectos retroactivos, o dicho de otro modo, que el acuerdo de inaplicación pueda desplegar efectos hacia un momento anterior a la fecha de su adopción. El artículo 82.3 del ET señala que el contenido del acuerdo de inaplicación «deberá determinar con exactitud las nuevas condiciones de trabajo aplicables en la empresa», lo llevó a la STS de 6 de mayo de 2015 (Rec. 68/2014) a considerar que «el descuelgue actúa hacia el futuro. Así se colige del propio art. 82.3 ET cuando, incluso con acuerdo, se señala que lo que se determina en él son «las nuevas condiciones de trabajo aplicables en la empresa y su duración». Ello habría de impedir que se afectaran salarios ya devengados, de los que la empresa resulta acreedora aunque se halle en situación de morosidad respecto de los mismos»; criterio que es confirmado por la STS de 7 de julio de 2015 (Rec. 206/2014) al señalar que «en ningún momento el precepto estudiado [el art. 82.3 ET] autoriza a los negociadores del pacto modificativo a fijar una vigencia de ese concierto diferente a la que resulta de la aplicación del convenio que se modifica en parte, novación que no tiene carácter extintivo. [...] Es cierto que el artículo 82.3 del E. T. que se viene estudiando no limita expresamente la posibilidad de dar eficacia retroactiva al pacto modificativo, pero la existencia de esa restricción legal está implícita en el texto de la norma que empieza estableciendo que el convenio colectivo obliga a todos los incluidos en su ámbito de aplicación «durante todo el tiempo de su vigencia». De ese mandato se infiere que el convenio colectivo es de forzo-

⁴⁹ LÓPEZ ANIORTE, María del Carmen: «Régimen jurídico del descuelgue salarial», ob. cit., p. 6. También niega la inaplicación preventiva para este supuesto de causa económica, ALFONSO MELLADO, Carlos Luis: «Las actuaciones para incrementar la flexibilidad interna», ob. cit., p. 134.

⁵⁰ En este sentido, véase FERNÁNDEZ AVILÉS, José Antonio: «Las cláusulas de descuelgue salarial como mecanismo de flexibilidad interna», ob. cit., p. 12; LÓPEZ AHUMADA, José Eduardo: «La apuesta por la solución negociada en los procesos de inaplicación salarial: luces y sombras derivadas de las reformas laborales», ob. cit., p. 70.

⁵¹ MOLL NOGUERA, Rafael: *Negociación colectiva y dimensión de la empresa*, ob. cit., p. 538.

sa aplicación mientras no se acuerde su parcial inaplicación, así como que esa inaplicación, el descuelgue o apartamiento de lo en él acordado sólo puede tener efectos a partir del momento en que se acuerda.

El «descuelgue» o apartamiento del convenio colectivo es algo que como su propio nombre indica sólo produce efectos desde el momento en que se acuerda la inaplicación de la norma convencional, actúa hacia el futuro, [...] y evidencia el hecho de que la norma hable de las nuevas condiciones aplicables en la empresa y su duración, por cuanto al obligar a fijar «las nuevas condiciones... y su duración», la norma se está refiriendo a la permanencia en el tiempo de lo nuevo, lo que indica la imposibilidad de retroacción de efectos porque lo nuevo es antónimo de lo antiguo y la norma nueva sólo es aplicable a partir de su creación. Y es lógico que así sea porque el convenio colectivo regula las condiciones del trabajo que se va a realizar, el futuro, pero no los derechos ya nacidos y consumados por pertenecer ya al patrimonio del trabajador. Ciertamente que el convenio colectivo puede disponer de los derechos de los trabajadores reconocidos en un convenio colectivo anterior (art. 82-3 del E. T., en relación con el 86-4 del mismo texto), pero tal disposición no le faculta a disponer de los derechos que ya se han materializado y han ingresado en el patrimonio del trabajador»⁵². Esta última consideración debe tenerse en cuenta, porque si los derechos de los trabajadores objeto de inaplicación no se han materializado y no han ingresado en su esfera patrimonial entonces cabría darse la posibilidad de una eficacia retroactiva del acuerdo de inaplicación⁵³; no obstante, serían casos muy puntuales y concretos, de suerte que en la mayoría de los casos no cabría la eficacia retroactiva.

3.4 Delimitación entre inaplicación convencional y modificación sustancial de condiciones de trabajo

Más allá de las diferencias entre ambas instituciones en lo atinente a la configuración abierta o cerrada de su ámbito material, la distinta capacidad que se otorga al empresario en la posibilidad de implementar la modificación –cabe la unilateralidad– o la inaplicación –no cabe la unilateralidad–, la divergente duración –ilimitada versus limitada–, la impugnación de la medida mo-

⁵² En idéntico sentido, SSTs de 15 y 16 de septiembre de 2015 (Recs. 218/2014 y 110/2014), 13 de octubre de 2015 (Rec. 222/2014); 2 de junio de 2022 (Rec. 230/2021).

⁵³ Se ha admitido la eficacia retroactiva por no haber ingresado el derecho inaplicado en la esfera patrimonial de los trabajadores, por ejemplo en la STSJ Andalucía, Sevilla, de 27 de febrero de 2014 (Rec. 3364/2013)

dificativa o inaplicada o la consiguiente posibilidad de la persona trabajadora ante la medida; no debería conllevar mucha problemática el deslinde aplicativo entre la modificación y el descuelgue por cuanto el artículo 41.6 del ET de forma clara establece que la «modificación de las condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos regulados en el título III deberá realizarse conforme a lo establecido en el artículo 82.3», de modo que cualquier modificación de condiciones previstas en un convenio colectivo que afectara a alguna de las materias listadas en el artículo 82.3 ET debe tramitarse como una inaplicación convencional y no como una modificación sustantiva. En este sentido la STS de 17 de diciembre de 2014 (Rec. 24/2014) de forma clara sostiene que «sólo los cambios en las condiciones de trabajo que tengan carácter sustancial quedan sometidos al procedimiento previsto en el art. 41 ET. Sin embargo, todas las alteraciones de las condiciones de trabajo previstas por el convenio, sean sustanciales o no, deben quedar sometidas al descuelgue»; confirmando dicho criterio la STS de 23 de junio de 2015 (Rec. 315/2013), además, clarifica que «el empresario habrá de acudir al procedimiento previsto en el ET art. 41 cuando pretenda modificar condiciones de trabajo reconocidas a los trabajadores en el contrato de trabajo, en acuerdos o pactos colectivos o disfrutadas por éstos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos. Por el contrario, la modificación de las condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos deberá realizarse conforme a lo establecido en el artículo 82.3 ET»⁵⁴.

No obstante, debe tenerse presente que no siempre que la condición afectada esté prevista en un convenio colectivo, su modificación se debe tramitar como un supuesto de inaplicación convencional *ex* artículo 82.3 del ET, dado que habrá que estar a los términos en los que esté configurada convencionalmente la condición de trabajo para determinar si debe tramitarse como modificación o como inaplicación, de suerte que si la existencia de la condición de trabajo es configurada como una obligación para el empresario deberá acudir-se al mecanismo de la inaplicación, pero si la existencia de la condición no es obligatoria para el empresario, de modo que sólo se prevén una determinadas condiciones para su ejercicio, su alteración debe vehicularse a través del mecanismo de la modificación sustancial⁵⁵. Por tanto, en última instancia, habrá

⁵⁴ En idéntico sentido, SSTS de 6 de julio de 2016 (Rec. 155/2015); 3 de julio de 2019 (Rec. 51/2018); 3 de febrero de 2021 (Rec. 93/2019).

⁵⁵ En este sentido la STS de 3 de febrero de 2021 (Rec. 93/2019) concluyó que la supresión de un sistema de retenes contemplado en el convenio no debía tramitarse como inaplicación del convenio sino como modificación sustancial dado que el convenio no obligaba a establecer el referido sistema sino que preveía una serie de condiciones si el empresario decidía constituirlo.

que estar al tenor de la configuración que realiza el convenio de la condición a modificar para determinar si debe tramitarse como una modificación sustancial o como una inaplicación o descuelgue convencional.

4. EL PRESUPUESTO CAUSAL DE LA INAPLICACIÓN

La inaplicación convencional es una institución jurídica causal dado que el artículo 82.3 del ET solo permite su utilización «cuando concurran causas económicas, técnicas, organizativas o de producción»⁵⁶; de manera que las empresas solo podrán acudir a este instrumento de flexibilidad interna si su situación se puede enmarcar en alguna de las causas erigidas como presupuestos habilitantes por el antecitado precepto estatutario. A pesar de alguna opinión doctrinal que considera que la causa es irrelevante porque la justificación de la inaplicación pone más el acento en los efectos que en las razones⁵⁷, la inaplicación convencional requiere de la verificación de alguna de las causas listadas, siendo un elemento determinante para que el ulterior acuerdo de inaplicación sea válido; dado que, a pesar de la existencia del acuerdo entre las partes, si no concurre alguna de las causas legalmente previstas aquel estará viciado de nulidad, porque en relación a la inaplicación convencional la mera voluntad de las partes no es suficiente⁵⁸. Estamos ante un recurso extraordinario en su utilización y viabilidad operativa debido a que no deja de ser una excepción a la premisa constitucional de la fuerza vinculante del convenio, plasmada legalmente en la regla de su obligatoriedad para todas las empresas y trabajadores incardinados dentro de su ámbito de aplicación⁵⁹. Como acertadamente se ha observado, una cosa es que el legislador haya querido reforzar el acuerdo de inaplicación mediante la introducción de la presunción de existencia de causa y otra muy distinta es que consienta un descuelgue a causal⁶⁰.

⁵⁶ Para un estudio detallado, entre otros, véase CASTRO ARGÜELLES, María Antonia: *Inaplicación o «descuelgue» del convenio colectivo*, ob. cit., pp. 117-138.

⁵⁷ RUIZ CASTILLO, María del Mar y ESCRIBANO GUTIÉRREZ, Juan: *La negociación y el convenio colectivo en el panorama actual de las fuentes del Derecho del Trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2013, p. 254.

⁵⁸ MOLL NOGUERA, Rafael: *Negociación colectiva y dimensión de la empresa*, ob. cit., p. 537.

⁵⁹ SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente y MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, Lourdes: *El descuelgue y otras vías de inaplicación del convenio colectivo*, ob. cit., p. 38.

⁶⁰ DE CASTRO MARÍN, Emilio: *El descuelgue de Convenio Colectivo*, ob. cit., pp. 243-249, quien de forma clara niega la posibilidad de que la presunción de la causa mediado acuerdo suponga admitir una inaplicación a causal.

4.1 La concreción de las causas de inaplicación convencional

La configuración causal de la inaplicación convencional se produce mediante la enumeración de las posibles causas habilitantes, las mismas que las previstas para la reducción de jornada y suspensión temporal *ex* artículo 47 del ET o para el despido objetivo o colectivo *ex* artículo 52 y 51 del ET, procediéndose a continuación a una definición/concreción de las mismas que, no obstante, no agotan las realidades fácticas que pueden ser subsumidas en cada una de ella, por cuanto el precepto estatutario utiliza las expresiones «en casos tales como» y «produzcan cambios, entre otros»⁶¹. Esta configuración jurídica abierta abre paso a la posibilidad de que la negociación colectiva y la propia autonomía individual puedan adicionar situaciones distintas a las referenciadas legalmente en cualquiera de las causas.

4.1.1 CAUSA ECONÓMICA

En la concreción de la causa económica, el artículo 82.3 del ET indica que «concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas»; señalando respecto de este segundo supuesto que se entenderá producido «si durante dos trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior».

La causa económica se identifica con una situación negativa, que opera como presupuesto condicionante del descuelgue⁶², y que se deduce de los resultados de la empresa, exponiéndose a modo ejemplificativo⁶³, dos supuestos como son, por un lado, las pérdidas actuales o previstas y, por otro lado, la disminución persistente del nivel de ingresos ordinarios o ventas.

⁶¹ DEL REY GUANTER, Salvador: «Estructura de la negociación colectiva y prioridad del nivel de empresa tras la reforma laboral de 2012», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 109, 2014, p. 91

⁶² MERCADER UGUINA, Jesús Rafael: «La reforma de la negociación colectiva en el RDL 3/2012: la empresa como nuevo centro de gravedad», ob. cit., p. 364; DE CASTRO MARÍN, Emilio: *El descuelgue de Convenio Colectivo*, ob. cit., p. 253.

⁶³ GORELLI HERNÁNDEZ, Juan: «El descuelgue del convenio colectivo estatutario», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 34, 2013, p. 14; MORENO GONZÁLEZ-ALLER, Ignacio: «Inaplicación de las condiciones pactadas en convenio colectivo a la luz de la reforma laboral 2012», ob. cit., p. 5.

En relación a la existencia de pérdidas, al contemplarse que puedan ser previstas, se está dando entrada a la posibilidad de que la inaplicación se plantee de forma preventiva a la actualización de la situación económica negativa de la empresa. La previsión de pérdidas «actuales» supone que las mismas son verificables en el momento de su alegación para proceder a la inaplicación. No se contempla criterio alguno o graduación de la gravedad que pudiera condicionar recurrir a la inaplicación, otorgándose al empresario un amplio margen de actuación que puede ser fuente de controversia judicial, puesto que habría que plantearse si cualquier situación de pérdida constatada, sin valorar su entidad e incidencia en la situación de la empresa, justificaría la inaplicación o descuelgue. En este sentido se ha señalado que «bastara la mera existencia de pérdidas de escaso relieve, incluso en empresas con un alto volumen de beneficios, para que la inaplicación fuera ajustada a Derecho»⁶⁴. Siendo esto posible, no parece lógico que pérdidas de escasa relevancia puedan justificar el recurso a la inaplicación convencional. La previsión de pérdidas «previstas» debe estar sostenida en circunstancias actuales que permitan inferir objetivamente su producción si no se acometen medidas⁶⁵.

El otro ejemplo que se expone en el precepto legal es el de la «disminución persistente del nivel de ingresos ordinarios o ventas», que solo permitiría una inaplicación reactiva a una situación ya contrastada; procediendo la norma a identificar un supuesto de disminución persistente que sería «si durante dos trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior». Esta aclaración⁶⁶ opera a modo de presunción *iuris et de iure* de la existencia de causa económica para habilitar la inaplicación convencional⁶⁷, pero no debe olvidarse que la disminución persistente de ingresos o ventas puede ser apreciada sin que se verifique dicha situación, dado que no se constituye como una regla de mínimos, sino como ha señalado la jurisprudencia en materia de despido colectivos perfectamente aplicable en materia de inaplicación, «el referido perio-

⁶⁴ ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo: «El Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero: la envergadura de una reforma profundamente desequilibradora de la negociación colectiva», en AA. VV.: *La negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012*, Cinca, Madrid, 2012, p. 35.

⁶⁵ SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente y MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, Lourdes: *El descuelgue y otras vías de inaplicación del convenio colectivo*, ob. cit., p. 45; GORELLI HERNÁNDEZ, Juan: «El descuelgue del convenio colectivo estatutario», ob. cit., p. 15.

⁶⁶ DE CASTRO MARÍN, Emilio: *El descuelgue de Convenio Colectivo*, ob. cit., p. 254.

⁶⁷ VICENTE PALACIO, María Arántzazu: «El real decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (una breve presentación de la reforma en el ámbito del derecho individual)», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 31, 2012, p. 23.

do de tiempo se concibe por la norma no como necesario presupuesto [...], sino como integrante de una de sus causas, la «disminución persistente» del nivel de ingresos o ventas»⁶⁸. Como ocurre con el anterior supuesto tampoco se gradúa la pérdida de ingresos de cara a la viabilidad de la aplicación convencional, por lo que pareciera que cualquier disminución permanente puede justificarla; sin embargo, como acertadamente advierte la doctrina no cabe recurrir a la inaplicación ante pérdidas que aun siendo persistentes no puedan ser consideradas graves⁶⁹ o de una significativa entidad⁷⁰ por comprometer la situación y viabilidad de la empresa, admitir una interpretación extensiva y amplia provocaría que la medida de inaplicación no superara el juicio de idoneidad⁷¹ del instrumento del descuelgue respecto atendiendo a la finalidad perseguida por éste.

Dos son las condiciones de trabajo de naturaleza retributiva objeto de una posible inaplicación convencional, la cuantía salarial y el sistema de remuneración. Ambas condiciones hasta la reforma laboral del 2012 se concebían y tramitaban bajo distintas instituciones, de suerte que la cuantía salarial solo podía ser inaplicada ante la existencia de una causa económica y el sistema retributivo solo podía ser modificado si concurrían circunstancias técnicas, organizativas o productivas. Tras la unificación en el ámbito de la inaplicación convencional, la cuantía salarial y el sistema retributivo quedan sujetos a todo el abanico causal; de modo que la inaplicación de ambas condiciones salariales puede articularse en cualesquiera de las causas que habilitan aquella. En efecto, no se deriva del artículo 82.3 del ET elemento interpretativo que impida amparar el descuelgue salarial en una causa técnica, organizativa o productiva⁷², pues como, acertadamente advierte la doctrina, «en ningún momento el precepto establece atribuciones de causas distintas a medidas de descuelgue de condiciones diferentes»⁷³.

⁶⁸ STS de 28 de enero de 2014 (Rec. 46/2013).

⁶⁹ GALA DURÁN, Carolina: «Modificación de la cuantía salarial por la vía de los artículos 41 y 82.3 del Estatuto de los Trabajadores tras el Real Decreto Ley 3/2012 (una primera aproximación al tema)», *Actualidad Laboral*, núm. 11, 2012, p. 7.

⁷⁰ DE CASTRO MARÍN, Emilio: *El descuelgue de Convenio Colectivo*, ob. cit., pp. 259 y 261, quien sostiene que una mínima disminución de ingresos o poco significativas pérdidas no permiten justificar la inaplicación convencional.

⁷¹ DE CASTRO MARÍN, Emilio: *El descuelgue de Convenio Colectivo*, ob. cit., p. 273; DE CASTRO MARÍN, Emilio: *El descuelgue de Convenio Colectivo*, ob. cit., pp. 265-266.

⁷² CASTRO ARGÜELLES, María Antonia: *Inaplicación o «descuelgue» del convenio colectivo*, ob. cit., p. 119.

⁷³ CRUZ VILLALÓN, Jesús: «Procedimientos de resolución de conflictos y negociación colectiva en la reforma de 2012», en AA. VV.: *La regulación del Mercado Laboral. Un análisis de la Ley 3/2012 y de los aspectos laborales del Real Decreto-ley 20/2012*, Lex Nova, Valladolid, 2012, p. 472.

4.1.2 CAUSAS TÉCNICAS, ORGANIZATIVAS O PRODUCTIVAS

Tradicionalmente estas causas justificaban la inaplicación de determinadas condiciones de trabajo previstas en los convenios colectivo siendo tratadas como causas habilitantes de la modificación sustancial de condiciones de trabajo, con la reforma laboral de 2012 se produjo la unificación de su tratamiento como inaplicación o descuelgue convencional.

La causa técnicas se circunscribe a los cambios «entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción», como pueden ser la sustitución de los medios e instrumentos utilizados en la producción a consecuencia de su obsolescencia, de modo que las novedades introducidas requieren «la revisión de la ordenación de los puestos de trabajo, sus contenidos y, en ocasiones, hasta la eliminación de algunos de ellos»⁷⁴.

Las causas organizativas se relacionan con las modificaciones que afectan, entre otros, al «ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción», lo que según la doctrina implica «la necesidad de adecuar la estructura empresarial, así como los medios personales y materiales de que dispone la empresa o las líneas de producción que desarrolla»⁷⁵, dotando de mayor eficiencia y eficacia a los recursos productivos disponibles⁷⁶.

Finalmente la causa productiva se identifica por el legislador con alteraciones, entre otros, «en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado», pudiendo subsumirse dentro de ellas las que persiguen «dar una mejor respuesta a las exigencias de la demanda»⁷⁷.

Debemos advertir que en muchos supuestos facticos estas causas aparecen relacionadas entre sí, de modo que es muy frecuente que una misma situación evidencia la concurrencia de varias causas que justifican la inaplicación del convenio. En efecto, por un lado, en muchas ocasiones las razones técnicas, organizativas y productivas están relacionadas con una causa económica⁷⁸; resultando que en la práctica no es sencillo diferenciar unas de otras.

⁷⁴ MELLA MÉNDEZ, Lourdes: «Las causas del despido económico en España tras la reforma laboral de 2010: algunas reflexiones críticas», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 23, 2011, p. 16.

⁷⁵ SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente y MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, Lourdes: *El descuelgue y otras vías de inaplicación del convenio colectivo*, ob. cit., p. 46.

⁷⁶ MELLA MÉNDEZ, Lourdes: «Las causas del despido económico en España tras la reforma laboral de 2010: algunas reflexiones críticas», ob. cit., p. 17.

⁷⁷ SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente y MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, Lourdes: *El descuelgue y otras vías de inaplicación del convenio colectivo*, ob. cit., p. 46.

⁷⁸ LÓPEZ AHUMADA, José Eduardo: «La apuesta por la solución negociada en los procesos de inaplicación salarial: luces y sombras derivadas de las reformas laborales», ob. cit., p. 69.

Sin embargo, aunque el descuelgue salarial se pueda amparar en causas distintas a la económica, ésta sigue erigiéndose como la principal causa a la que se acude para justificarlo⁷⁹. Por otro lado, también es frecuente que exista la concurrencia entre causas técnicas, organizativas o productivas al socaire de situaciones de la reducción de la demanda, la cuota de mercado, de los pedidos, los clientes; como señala nuestra jurisprudencia «la pérdida o disminución de encargos de actividad ha de ser considerada por su origen una causa productiva, en cuanto que significa una reducción del volumen de producción contratada, y por el ámbito en que se manifiesta una causa organizativa, en cuanto que afecta a los métodos de trabajo y a la distribución de la carga de trabajo entre los trabajadores»⁸⁰.

4.2 La adecuación de la causa habilitante de la inaplicación

La adecuación de la causa que ampara la inaplicación convencional plantea dos interesantes cuestiones, una relativa a la idoneidad de las medidas establecidas en el acuerdo de inaplicación a la vista de la causa que lo habilita, otra la valoración de la causa atendiendo a la unidad productiva sobre la que opera la inaplicación o descuelgue.

La idoneidad de la medida con la causa esgrimida para proceder a la inaplicación puede afrontarse desde el plano de su funcionalidad y desde el plano de su razonabilidad o proporcionalidad. Es cierto que a lo largo del artículo 82.3 del ET no aparece previsión alguna relativa a la idoneidad en ninguna de las dimensiones apuntadas, pero parece claro que en la configuración actual, fruto de la reforma del 2012 que suprimió la previsión finalista relativa a «las posibilidades de mantenimiento del empleo en la empresa», no puede someterse a un control finalista la medida de inaplicación atendiendo a la causa que habilita a esta última⁸¹.

⁷⁹ GALA DURÁN, Carolina: «Modificación de la cuantía salarial por la vía de los artículos 41 y 82.3 del Estatuto de los Trabajadores tras el Real Decreto Ley 3/2012 (una primera aproximación al tema)», ob.cit., p. 7.

⁸⁰ STS de 3 de mayo de 2016 (Rec. 3040/2014)

⁸¹ DEL REY GUANTER, Salvador: «Estructura de la negociación colectiva y prioridad del nivel de empresa tras la reforma laboral de 2012», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 109, 2014, p. 90; VILA TIerno, Francisco: *La negociación colectiva como instrumento de flexibilidad interna en la empresa. Reflexiones tras cinco años de la última Reforma Laboral*, ob. cit., p. 247; SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente y MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, Lourdes: *El descuelgue y otras vías de inaplicación del convenio colectivo*, ob.cit., p. 43

No resulta tan clara, a priori, la toma de postura sobre la necesidad de que la medida adoptada sea proporcional a la causa alegada, así mientras que un sector de la doctrina ha venido manifestando que el juicio de razonabilidad no viene previsto en el artículo 82.3 del ET, no pudiendo ser exigido por los operadores jurídicos, ni ser sometido a control judicial⁸²; otro sector doctrinal sí ha postulado el necesario sometimiento de la medida de inaplicación al juicio de proporcionalidad atendiendo a la causa habilitante⁸³. Desde la perspectiva del artículo 82.3 del ET se pueda amparar la exigencia de la razonabilidad o proporcionalidad de la medida de inaplicación a la causa alegada desde la perspectiva del fraude de ley o el abuso de derecho, motivos que expresamente se contemplan para permitir la impugnación de la causa de la inaplicación cuando esta se alcanza con acuerdo entre las partes. Como se ha advertido por la doctrina no es entendible que no sea posible «poder efectuar un juicio, siquiera mínimo, de razonabilidad respecto de la causa aducida, los efectos sobre los trabajadores y su relación con la medida adoptada, buscando el necesario equilibrio entre todos estos indicadores»⁸⁴, dado que no debemos olvidar que solo la existencia de causa habilita el descuelgue lo que conduce a admitir el control judicial sobre su consistencia⁸⁵.

Es más, esta necesaria adecuación se deduce también indirectamente a través del alcance del posible control judicial acerca de la concurrencia de la causa, cuando nuestra jurisprudencia, tras la reforma del año 2012, advierte que aunque no les corresponde a los órganos jurisdiccionales emitir «juicios de «oportunidad» que indudablemente pertenecen ahora –lo mismo que antes de la reforma– a la gestión empresarial, sin embargo [...] a los órganos jurisdiccionales les compete no sólo emitir un juicio de legalidad en torno a la existencia de la causa alegada, sino también de razonable adecuación entre la causa acreditada y la modificación acordada; aparte, por supuesto, de que el Tribunal pueda apreciar –si concurriese– la posible vulneración de derechos

⁸² BLASCO PELLICER, Ángel: «Medidas de flexibilidad interna frente a los despidos colectivos tras la reforma: balance de situación», en GUTIÉRREZ VELASCO, Íñigo (dir.): *Balance crítico de la reforma laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 121; RUIZ CASTILLO, María del Mar y ESCRIBANO GUTIÉRREZ, Juan: *La negociación y el convenio colectivo en el panorama actual de las fuentes del Derecho del Trabajo*, ob. cit., p. 255.

⁸³ CASTRO ARGÜELLES, María Antonia: *Inaplicación o «descuelgue» del convenio colectivo*, ob. cit., p. 121; GOERLICH PESET, José María: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, ob. cit., pp. 85-86.

⁸⁴ CAVAS MARTÍNEZ, Faustino: «El descuelgue: problemas prácticos y primeras experiencias», *Aranzadi Social*, núm. 11, 2014, p. 10.

⁸⁵ GOERLICH PESET, José María: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, ob. cit., p. 85; ESCUDERO RODRÍGUEZ, RICARDO: «El Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero: la envergadura de una reforma profundamente desequilibradora de la negociación colectiva», ob. cit., p. 38.

fundamentales»⁸⁶. Y de la regulación del papel atribuido a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios, dado que el Real Decreto 1362/2012, de 27 de septiembre, por un lado, en su artículo 22.3 al configurar la decisión de la Comisión que resuelve el procedimiento de solución de las discrepancias en los procesos de inaplicación del convenio colectivo, establece que la Comisión habrá de valorar la adecuación entre la causa alegada y los efectos sobre los trabajadores de la medida propuesta⁸⁷; por otro lado, el artículo 24, cuando la solución de las discrepancias se realice mediante laudo arbitral, prevé que el árbitro pueda, atendiendo a la proporcionalidad entre la causa justificativa y la medida propuesta, aceptarla en sus propios términos o proponer una modificación del nivel de intensidad de la inaplicación de las condiciones de trabajo⁸⁸.

Respecto al segundo de los interrogantes, relativo al ámbito locativo en que se debe valorar la existencia de la causa, del tenor literal del artículo 82.3 del ET se deduce que la unidad objeto de descuelgue normalmente será la empresa, aunque al permitirse que el convenio objeto de inaplicación sea empresarial cabe la posibilidad de que la inaplicación afecte a uno o varios centros de trabajo.

Cuando la inaplicación afecta a la empresa en su totalidad, en principio, parece no haber duda alguna sobre el ámbito de valoración de la causa, pero cuando afecta a uno o varios centros de trabajo de la empresa, es cuando surge la duda de cuál ha de ser el ámbito de valoración de la causa. Cuestión a la que se puede dar una inicial respuesta aplicando nuestra jurisprudencia en materia de extinción por causas objetivas que parece distinguir entre la causa económica y las causas técnicas, organizativas o productivas, de modo que la primera debe ser valorada en el conjunto de la empresa aunque se pretenda una inaplicación solo en uno o algunos de los centros de trabajo de la empresa, mientras que el resto de causas podría darse su valoración en el centro o centros de trabajo afectados por la inaplicación; en este sentido de forma clara se ha afirmado que «cuando se alegan causas técnicas, organizativas o productivas no es necesario que la causa alegada "haya de ser valorada y contrastada en la totalidad de la empresa", bastando con que se acredite "exclusivamente en el espacio en el que se ha manifestado la necesidad de suprimir el puesto de trabajo"»⁸⁹.

⁸⁶ SSTs de 27 de enero de 2014 (Rec. 100/2013); 18 de febrero de 2014 (Rec. 96/2013); 23 de septiembre de 2014 (Rec. 231/2013); 18 de noviembre de 2015 (Rec. 19/2025); 26 de enero de 2016 (Rec. 144/2015); 28 de octubre de 2016 (Rec. 1140/2015).

⁸⁷ Argumento expuesto por DE CASTRO MARÍN, Emilio: *El descuelgue de Convenio Colectivo*, ob. cit., p. 260, para amparar el juicio de adecuación entre la causa y la medida.

⁸⁸ DE CASTRO MARÍN, Emilio: *El descuelgue de Convenio Colectivo*, ob. cit., p. 272.

⁸⁹ SSTs 13 de febrero de 2002 (Rec. 1436/2001); 19 de marzo de 2002 (Rec. 1979/2001); 21 de julio de 2003 (Rec. 3549/2002); 31 de enero de 2008 (Rec. 1719/2007).

Es verdad que en algún pronunciamiento se ha matizado el posicionamiento jurisprudencial sosteniendo que la existencia de dificultades en uno o varios centros no se pueden trasladar al resto de centros de la empresa, situando el enjuiciamiento en la racionalidad de la medida adoptada⁹⁰; no obstante, el propio Tribunal Supremo ha advertido que la interpretación tradicional sigue siendo la exégesis de general observancia⁹¹.

Partiendo de la aceptación de esta orientación jurisprudencial debe ser objeto de una matización a partir de la propia premisa en la que sustenta el diferente ámbito de valoración para la causa económica y para el resto de las causas. En efecto, la jurisprudencia señala que el diferente ámbito de valoración se sustenta en la diferente finalidad perseguida dado que las causas «económicas tienen como finalidad contribuir a la superación de situaciones económicas negativas que afectan a una empresa o unidad productiva en su conjunto»⁹², parece claro que nuestra jurisprudencia no solo utiliza en exclusiva el ámbito locativo de la empresa, sino que también alude al ámbito de una unidad productiva, lo que permitiría una valoración de la causa económica respecto a esta, concepto en el que se podría incluir un centro de trabajo si cumple con los presupuestos de lo que ha de entenderse por unidad productiva autónoma, para lo cual debemos tener presente la definición dada en materia de sucesión empresarial en el artículo 44.2 del ET⁹³.

En relación a los grupos de empresa, si se trata de un grupo de empresas mercantil, la valoración de la causa no va más allá del ámbito de cada una de las empresas que lo componen, siguiendo las reglas expuestas anteriormente. Si el grupo de empresas es laboral –otrora grupo patológico– su concepción como una única empresa, debido al levantamiento del velo societario, supone también aplicar las reglas antecitadas.

4.3 Presunción de existencia de la causa de inaplicación

La apreciación de la causa de inaplicación se ve favorecida por la previsión del artículo 82.3 del ET que establece que «cuando el periodo de consultas finalice con acuerdo se presumirá que concurren las causas justificativas

⁹⁰ Véase STS de 29 de noviembre de 2010 (Rec. 3876/2009).

⁹¹ Así se expresa la STS de 17 de marzo de 2016 (Rec. 178/2015).

⁹² SSTs de 13 de febrero de 2002 (Rec. 1436/2001)

⁹³ Con mayor detenimiento, véase el acertado análisis de DE CASTRO MARÍN, Emilio: *El descuelgue de Convenio Colectivo*, ob. cit., pp. 291-296.

[...], y solo podrá ser impugnado ante la jurisdicción social por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión».

Se ha planteado un primer interrogante acerca de la naturaleza de la presunción que ha arrojado un dualidad interpretativa entre quienes consideran que estamos ante una presunción *iuris et de iure* que no admitiría prueba en contrario, si bien ésta sería limitada a los supuestos de existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho⁹⁴; y quienes sostienen que estamos ante una presunción *iuris tantum* que permitiría la prueba en contrario, pues solo alteraría la carga de a prueba⁹⁵.

La disertación sobre la naturaleza de la presunción establecida tiene una indudable trascendencia práctica, dado que si llegamos a la conclusión de que estamos ante una presunción *iuris tantum* sí podría sostenerse que la existencia del acuerdo permitiría cuestionar la existencia de la causa, mientras que si fuera una presunción *iuris et iure* sería más complicado el cuestionamiento de la causa cuya existencia presume el acuerdo.

Una correcta interpretación de la naturaleza de la presunción establecida en el artículo 82.3 del ET debe partir de la propia estructura del precepto advertida por el Tribunal Supremo al indicarnos que «la presunción posee una doble vertiente: la referida a la carga probatoria (onus probandi) y la restrictiva de los motivos de impugnación. Ya no pesa sobre el empleador la obligación de acreditar la realidad de las causas y, además, quien ataque el acuerdo ha de hacerlo solo a partir de los referidos defectos»⁹⁶.

Realmente la presunción no tiene dos vertientes sino una si partimos de que este mecanismo de fijación de certeza se basa en la acreditación de un hecho no probado a partir de una relación de probabilidad de su existencia por su conexión con otro hecho que si es cierto, lo que llevado a la antecitada previsión estatutaria supone que ésta se limita a presumir que si hay acuerdo se entiende que existe la causa, es decir, del hecho de alcanzar un acuerdo se acredita el dato fáctico de la concurrencia de la causa; mientras que la referencia al fraude, dolo, coacción o abuso de derecho va dirigida a establecer no la

⁹⁴ SANMARTÍN MAZZUCONI, Carolina: «La modificación de condiciones de trabajo», en AA. VV.: *La reforma laboral de 2010*, Aranzadi, Pamplona, 2010, p. 429; CRUZ VILLALÓN, Jesús: «La flexibilidad interna en la reforma laboral de 2010», ob. cit., p. 6; RUIZ CASTILLO, María del Mar y ESCRIBANO GUTIÉRREZ, Juan: *La negociación y el convenio colectivo en el panorama actual de las fuentes del Derecho del Trabajo*, ob. cit., p. 255.

⁹⁵ PEDRAJAS MORENO, Abdón y SALA FRANCO, Tomás: «La configuración de las causas justificativas de decisiones empresariales modificativas, suspensivas y extintivas», *Actualidad Laboral*, núm. 10, 2011, p. 10; MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana: «Reforma del régimen de inaplicación de condiciones previstas en convenio colectivo», ob. cit., p. 358; ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo: «Dos reformas trenzadas de la negociación colectiva: la Ley 35/2010 y el Real Decreto-ley 7/2011», ob. cit., p. 25.

⁹⁶ STS 18 de noviembre de 2015 (RJ 19/2015)

destrucción de la presunción sino la impugnación del acuerdo alcanzado lo que se evidencia porque el texto dice en primer lugar «cuando el periodo de consultas finalice con acuerdo se presumirá que concurren las causas justificativas» y seguidamente mediante la conjunción «y» se establece que «solo podrá ser impugnado ante la jurisdicción social por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión», siendo claro que la referencia a la impugnación se refiere al acuerdo dado que se dice «impugnado», si fuera la presunción el objeto de la impugnación se diría «impugnada». Por tanto, estaríamos ante una presunción legal *iuris tantum* que permitiría prueba en contrario, es decir, intentar cuestionar la relación de causalidad entre el acuerdo y la existencia de la causa, lo que, en definitiva, permite cuestionar la existencia de la causa a pesar de haberse alcanzado un acuerdo. Además una configuración *iure et de iure* requería ser más clara y ante la posible duda, que en mi opinión no es tal, debe prevalecer su construcción *iuris tantum*, por cuanto aquella supone una restricción del derecho a la tutela judicial efectiva que debe venir claramente delimitada, lo que como ya se ha expuesto no acontece en el presente supuesto.

Es por ello por lo que coincidimos con el Tribunal Supremo cuando afirma que el alcance de la presunción exonera al empresario y los representantes de los trabajadores que firman el acuerdo de inaplicación de la necesidad de justificar la existencia de la causa, de manera que es aplicable aquí la jurisprudencia recaída en materia de despido colectivo que advierte que la existencia de «un acuerdo ampliamente aceptado de manera claramente mayoritaria por las representaciones sindicales», conlleva atribuir «a lo pactado un especial valor reforzado» de, entre otros aspectos, la existencia de la causa, «a la hora de resolver la impugnación que pudieren haber formulado, legítimamente, los representantes sindicales minoritarios que no lo suscribieron, en lo que no es sino garantía y protección de la negociación colectiva en favor del reconocimiento de su eficacia vinculante; [...] ni que la decisión empresarial [...] no pueda impugnarse sin tratar de invalidar previamente o, al menos, simultáneamente el acuerdo por fraude, dolo, coacción o abuso de derecho»⁹⁷. Se otorga por parte de nuestra jurisprudencia un especial valor a la existencia de acuerdo en torno a la concurrencia de las causas alegadas por la empresa, al entender que la representación de los trabajadores con carácter mayoritario ha entendido que sí existen dichas causas.

⁹⁷ SSTs 25 de junio de 2014 (Rec. 165/2013), 24 de febrero de 2015 (Rec. 165/2014), 10 de mayo de 2016 (Rec. 3541/2014), 1 de junio de 2016 (Rec. 3111/2014), 16 de noviembre de 2016 (Rec. 1245/2015), 21 de diciembre de 2016 (Rec. 1416/2015), 17 de mayo de 2017 (Rec. 221/2016), 13 de julio de 2017 (Rec. 25/2017)

No compartimos, sin embargo, que el acuerdo sólo pueda ser impugnado por los defectos apuntados en el precepto legal, sino que también cabe la impugnación por inexistencia de la causa, al formar ésta parte del contenido del acuerdo y al poderse atacar una presunción que se configura como *iuris tantum*. En definitiva, debemos sostener que la presunción de existencia de causas no significa que ésta pueda ser obviada de forma que el acuerdo resultante pueda carecer, verdaderamente, de causa⁹⁸; lo que nos lleva a admitir la posibilidad de atacar el acuerdo de inaplicación basándonos en la inexistencia de la causa. Además la inexistencia de la causa se puede impugnar no solo atacando la presunción sino subsumiendo su falta de existencia en el fraude de ley que puede revelar determinados hechos que caracterizaron el acuerdo como, por ejemplo, la falta de entrega de documentación hubiera permitido alcanzar el acuerdo mediando fraude⁹⁹.

5. PROCEDIMIENTO DE NEGOCIACIÓN

5.1 Unidad negocial a inaplicar, causa de inaplicación y procedimiento

Tomando como punto de partida que la elección del ámbito de la inaplicación debe presentar una cierta razonabilidad¹⁰⁰, teniendo presente «la causa, el contexto negocial de la empresa y la medida que se plantea como alternativa al régimen del convenio»¹⁰¹, debe partirse de la premisa de que el ámbito de afectación de la causa justificativa —es decir, el ámbito locativo en el que se verifica su existencia— es el elemento que debe servir para determinar el ámbito en el que se ha desarrollar el procedimiento negociador y, en consecuencia, el ámbito de aplicación del acuerdo de descuelgue, exigiéndose una correspondencia entre el ámbito en el que se constatan las dificultades que habilitan el descuelgue y la extensión de los efectos de éste.

Ahora bien, partiendo de la anterior premisa se plantean al menos dos interrogantes en torno a si en determinados supuestos procede desarrollar un

⁹⁸ MERCADER UGUINA, Jesús Rafael: «La empresa como nuevo centro de gravedad de la estructura de la negociación colectiva: la reforma de la Ley 3/2012», en AA. VV.: *La regulación del Mercado Laboral. Un análisis de la Ley 3/2012 y de los aspectos laborales del Real Decreto-ley 20/2012*, Lex Nova, Valladolid, 2012, p. 429.

⁹⁹ STS 24 de julio de 2015 (Rec. 210/2014)

¹⁰⁰ CAVAS MARTÍNEZ, Faustino: «El descuelgue: problemas prácticos y primeras experiencias», ob.cit., p. 3.

¹⁰¹ GOERLICH PESET, José María: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, ob. cit., p. 67.

único procedimiento negociador o varios por cada una de las unidades negociables afectadas, cuando la causa justificativa es la misma. En efecto, en primer lugar, si la causa justificativa de la inaplicación convencional concurre en la totalidad de la empresa a la que se aplica un solo convenio es claro que el procedimiento debe ser único y englobar a toda la empresa; pero que sucede si en la empresa se aplican varios convenios que deben ser objeto de inaplicación, se puede desarrollar un único procedimiento negociador o debe seguirse uno por cada uno de los convenios a inaplicar. En segundo lugar, si la causa habilitante de la inaplicación afecta a varios centros de trabajo –si afectara a uno, no hay problema alguno– de la empresa debe seguirse un procedimiento por cada centro de trabajo o se puede desarrollar un único procedimiento de descuelgue. En ambos casos la problemática se plantea porque la causa justificativa es la misma, si fuera diferente para cada centro de trabajo ya se aplique un convenio distinto –primer supuesto– o se aplique el mismo convenio –segunda posibilidad– debe seguirse un procedimiento por cada centro de trabajo al que se va a inaplicar el convenio al tratarse de causas diversas atendiendo a la necesaria correspondencia entre la causa alegada y la unidad negociadora sobre la que se va a inaplicar el convenio.

En relación al primer interrogante, empresa a la que resultan aplicables varios convenios –empresa multiconvenio– se ha sostenido que no es posible desarrollar un único procedimiento de descuelgue sino que deberán seguirse tantos procedimientos como convenios deban ser objeto de inaplicación¹⁰², aduciendo, en primer lugar, que la negociación debe desarrollarse sobre la base de la adecuación de la medida o medidas a la causa habilitante del descuelgue; en segundo lugar, que de existir discrepancias podrían entrar en acción los distintos mecanismos de resolución de las discrepancias –comisión paritaria de cada uno de los convenios y procedimientos de solución autónoma– que podrían dar lugar a resoluciones diversas para cada convenio. También se ha postulado la admisibilidad de un único procedimiento si se parte de la premisa de tomar como premisa el ámbito del acuerdo y no sus efectos en distintos convenios¹⁰³, de suerte que como el ámbito del acuerdo afecta a toda

¹⁰² SÁEZ LARA, Carmen: «Descuelgue convencional y arbitraje obligatorio», ob. cit., p. 320; LÓPEZ GANDÍA, JUAN: «La inaplicación del convenio colectivo y la prioridad aplicativa del convenio de empresa tras las reformas laborales», en ROQUETA BUI, Remedios (coord.): *Reforma y contrarreforma: nuevos retos del derecho del trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 105.

¹⁰³ REVUELTA GARCÍA, Marina: «El descuelgue en empresas multiconvenio», en AA. VV.: *Perspectivas de evolución de la negociación colectiva en el marco comparado europeo (XXV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social)*, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social-Cinca, 2015, pp. 347 y ss.

la empresa, el procedimiento debe ser único con independencia de que resulten afectados varios convenios.

En línea con lo anterior la SAN de 25 de septiembre de 2014 (Prod. 187/2014), niega la posibilidad de desarrollar un único procedimiento de inaplicación cuando la causa justificativa, afectando a toda la empresa, tiene centros de trabajo a los que se aplican convenios colectivos distintos¹⁰⁴. Se argumenta, como razón fundamental, que «el régimen de inaplicación de convenios, regulado en el art. 82.3 ET, no permite la inaplicación simultánea de todos los convenios provinciales de una empresa, aunque concurra causa y haya conformidad con la mayoría de los representantes unitarios de la empresa, porque la inaplicación del convenio constituye una excepción a la regla de eficacia general del convenio (art. 37 CE), como se desprende de la expresión "sin perjuicio de lo anterior...", utilizada por el art. 82.3 ET, de manera que su inaplicación solo podrá acordarse con los representantes de los centros de trabajo, a los que se aplicaba cada uno de los convenios, aplicándose el principio de correspondencia exigido por el art. 41.4 ET. Si no fuera así, admitiéndose que representantes de los trabajadores, a quienes no se aplicaba un convenio, pudieran acordar la inaplicación del mismo, se quebraría el citado principio de correspondencia, que no puede ser superado por elevación».

Como argumentos adicionales se apunta, por un lado, que «cada convenio tiene su propia vigencia y el acuerdo de inaplicación no puede, sin vulnerar lo dispuesto en el art. 82.3 ET, prolongarse más allá del plazo de vigencia de cada convenio, ni cabe tampoco, a nuestro juicio, pactar cláusulas, por las que los negociadores del acuerdo se comprometen a mantener lo acordado, fuere cual fuere la situación económica y productiva de la empresa en cada momento, para inaplicar convenios futuros, porque dicha actuación supone objetivamente «normalizar» la inaplicación del convenio, cuando se trata de una herramienta excepcional, que solo cabe aplicar cuando concurren causas actuales, que deberán examinarse en cada descuelgue»; por otro lado, que «si el período de consultas concluye sin acuerdo, el procedimiento de gestión del desacuerdo, regulado en el art. 82.3 ET, quedaría bloqueado para la inaplicación paralela de diez convenios colectivos, por cuanto habría de someterse a la comisión paritaria de cada convenio, cuando se pretende la inaplicación de diez convenios. Si cada convenio ha establecido, de conformidad con lo dispuesto en el art. 85.3.e ET, un procedimiento específico para solucionar extra-

¹⁰⁴ Criterio que ha sido reiterado por la SAN de 19 de abril de 2021 (Prod. 210/2020); sentencia confirmada por la STS de 2 de junio de 2022 (Rec. 230/2021), aunque no es objeto de recurso —y por tanto de pronunciamiento expreso— la posibilidad de llevar a cabo un único procedimiento de descuelgue para la empresa con centros con convenios de aplicación distintos.

judicialmente los conflictos, no será posible acudir a cada uno de ellos, cuando se pretende la inaplicación de todos a la vez»; y, en tercer lugar «al pretenderse la inaplicación de convenios de diferentes provincias, no existe modo de precisar si competirá la resolución definitiva a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, o a los órganos correspondientes de cada comunidad autónoma».

Sobre esta problemática no se ha pronunciado todavía el Tribunal Supremo, y si bien es cierto que con carácter general éste ha venido exigiendo en materia de conflictos colectivos, negociación colectiva o despidos colectivos, la necesaria correspondencia entre el objeto de actuación y la representación¹⁰⁵, debe cuestionarse el argumento principal esgrimido por la AN relativo a la necesidad de correspondencia para negar la validez de un único procedimiento en las empresas multiconvenio, apostando por su admisibilidad porque el aspecto procedimental de inaplicación de convenios al remitirse al artículo 41.4 del ET y concretar los posibles sujetos negociadores permite afirmar que procede a no exigir dicho principio de correspondencia lo que ha llevado a la doctrina, acertadamente, a hablar de superación del mismo en las empresas multicentro¹⁰⁶. En efecto, el referido artículo 41 del ET contempla la posibilidad, por un lado, de que si algún centro no tiene representación la comisión quede válidamente constituida por los representantes del resto de centros si en aquel no se procede a constituir una comisión *ad hoc*, lo que evidencia la ruptura prevista legalmente del principio de correspondencia; en segundo lugar, si no existiera representación en ninguno de los centros de trabajo, estos podrían cada uno de ellos designar una comisión *ad hoc* para crear luego entre ellos una comisión *ad hoc* a nivel de la empresa, pero tampoco se exige que todos y cada uno de los centros designe esta comisión *ad hoc*, con lo que la comisión *ad hoc* a nivel de empresa podría estar válidamente constituida solo por representantes de alguna de las comisiones y negociar el acuerdo de inaplicación para toda la empresa, segundo evidencia de ruptura del principio de correspondencia. En consecuencia, si la norma permite la negociación por sujetos que representan a determinados centros de trabajo, no a todos, de un acuerdo de inaplicación con efectos para todos los centros, no hay obstáculo alguno para admitir el desarrollo de un solo procedimiento aun cuando el descuelgo suponga inaplicar varios convenios.

¹⁰⁵ Entre otras muchas, SSTs de 2 de marzo de 2012 (Rec. 37/2011), 2 de julio de 2012 (Rec. 2086/2011), 25 de noviembre de 2013 (Rec. 87/2013), 25 de febrero de 2015 (Rec. 36/2014), 21 de abril de 2015 (Rec. 311/2014), 24 de febrero de 2016 (Rec. 268/2013), 7 de marzo de 2018 (Rec. 239/2016), 25 de octubre de 2018 (Rec. 190/2017).

¹⁰⁶ MOLL NOGUERA, Rafael: *Negociación colectiva y dimensión de la empresa*, ob.cit., pp. 529-530.

El resto de las objeciones, doctrinal y judicialmente enarboladas, se sitúan, en mi parecer, más en el ámbito de la gestión del acuerdo que en el de la validez y admisibilidad de un único procedimiento y del acuerdo alcanzado en él, que pueden ser superadas mediante la articulación de un único acuerdo con previsiones diferenciadas para cada centro con diferente convenio objeto de inaplicación.

Se aduce que la medida debe ser negociada mediando su adecuación a la causa que lo habilita, sin embargo no habría inconveniente a un procedimiento único mediante el establecimiento de diferentes medidas a la vista de cada convenio siendo la causa la misma.

En segundo término, se incide en que cada convenio tiene su propia vigencia y el acuerdo de inaplicación no puede prologarse más allá de su vigencia, y admitir un único procedimiento podría llevar a establecer una duración más allá de la del convenio o establecer su vigencia respecto de convenios futuros; pero esta objeción parte de la premisa de establecer una única duración del acuerdo de inaplicación, cuando el artículo 82.3 del ET nada dice al respecto, salvo de forma general que la vigencia del acuerdo de inaplicación no podrá extenderse más allá de la duración del convenio, pero nada impide establecer un acuerdo de inaplicación con vigencias diferenciadas ajustadas a las de los convenios objeto de inaplicación.

En tercer lugar, se manifiesta que podrían producirse situaciones de bloqueo y/o soluciones diversas al acudir a los mecanismos de solución de discrepancias –comisión paritaria y/o solución autónoma de conflictos–, objeción como la anterior que parte de la errónea premisa de deducir que del artículo 82.3 del ET solo cabe establecer una medida o medidas para todas las unidades afectadas, cuando es posible incluir en el acuerdo de inaplicación medidas diferenciadas por centro de trabajo, que darían lugar a que cada una de ellas se sometiese a la comisión paritaria del correspondiente convenio, afectando su resolución solo a esa medida o medidas para ese centro, así como su sometimiento a los mecanismos correspondientes.

Todas estas objeciones adicionales parecen estar construidas tomando como supuesto la existencia de varios centros de trabajo a los que les resulta de aplicación un convenio distinto a cada uno de ellos; pero también cabe la posibilidad de que en un mismo centro de trabajo existan trabajadores a los que se aplican varios convenios distintos –por ejemplo una empresa multiservicios–, también en este supuesto ¿debería irse a un procedimiento ya no por centro de trabajo sino por colectivos? No parece que está sea una solución lógica, siendo más plausible el desarrollo de un único procedimiento atendiendo a la causa de inaplicación y no a los posibles convenios objeto de inaplicación.

En relación al segundo supuesto, la existencia de varios centros de trabajo afectados por la misma o mismas causas de inaplicación a los que se aplica el mismo convenio, debe aplicarse idéntica solución a la expuesta anteriormente ¹⁰⁷.

5.2 La negociación para la inaplicación del convenio colectivo

A los efectos de alcanzar un acuerdo de descuelgue, será necesario desarrollar un período de consultas previo entre las partes legitimadas en los términos previstos en el artículo 41.4 del Estatuto de los Trabajadores. Esta remisión al precepto regulador de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo determina que el procedimiento para la adopción de ambas medidas resulte muy similar, aunque en este caso se pretenda la inaplicación de las condiciones reguladas en un convenio colectivo; su diferenciación se encuentra en la facultad empresarial de proceder unilateralmente a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo cuando el procedimiento finaliza sin acuerdo, lo que no es posible en el caso del descuelgue del convenio, donde no se admite la decisión unilateral de la empresa, sino que se impone la necesidad de alcanzar un acuerdo o alcanzar una solución a las discrepancias mediante distintos mecanismos de mediación y arbitraje ¹⁰⁸.

El inicio del procedimiento corresponderá normalmente a la empresa, pues suele ser la parte interesada en la inaplicación de las condiciones de trabajo fijadas en el convenio aplicable. Aunque nada impide que se produzca a instancia de los representantes de los trabajadores, para evitar que las circunstancias concurrentes en la empresa conlleven la adopción de otras medidas más perjudiciales. En este sentido, la disposición adicional cuarta del Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo, establece que la solicitud de depósito de los acuerdos de inaplicación de las condiciones de trabajo previstas en los convenios colectivos por la vía del artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores corresponderá a la parte que inició el procedimiento o a la comisión paritaria del convenio de aplicación.

El inicio del procedimiento debe comunicarse de manera fehaciente a la otra parte, a los efectos de que sea posible su ulterior acreditación. Tomando

¹⁰⁷ Posibilidad que también admite, REVUELTA GARCÍA, Marína: «El descuelgue en empresas multi-convenio», ob.cit., pp. 347 y ss.

¹⁰⁸ Ver STS 8 de octubre de 2020 (Rec. 122/2019).

como referencia las previsiones contenidas en los artículos 3 y siguientes del RD 1483/2012 del Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y suspensión de contrato y reducción de jornada, se considera conveniente que, en la comunicación del inicio del período de consultas, queden ya determinadas las causas justificativas de la inaplicación, se especifiquen las medidas concretas que se proponen y los trabajadores afectados, así como que se identifique a los representantes de los trabajadores que integrarán la comisión negociadora o, en su caso, la falta de constitución de ésta, acompañándose de una memoria explicativa de las causas justificativas¹⁰⁹.

La apertura del procedimiento podrá producirse, en principio, en cualquier momento desde la entrada en vigor del convenio colectivo cuya inaplicación se pretende y durante toda su vigencia. El artículo 82.3 del ET no establece límite alguno al respecto, por lo que se entiende que tampoco los convenios colectivos podrán establecer restricciones que limiten la libertad que la norma ha dado a las partes para poner en marcha la inaplicación en el momento que consideren apropiado, en función de las circunstancias de la empresa¹¹⁰.

El período de consultas se celebrará con una única comisión negociadora, compuesta por un máximo de trece integrantes por cada representación, que deberá constituirse en el plazo de siete días desde la recepción de la comunicación de inicio del procedimiento, salvo en los supuestos de ausencia de representación de los trabajadores, en cuyo caso se dispondrá de un plazo ampliado de quince días.

La importancia del plazo de constitución de la comisión radica en el hecho de que, transcurrido éste, la empresa podrá comunicar el comienzo del período de consultas a los representantes de los trabajadores, en cuyo caso se entenderá iniciado el procedimiento y comenzará a computarse el plazo de duración máxima, aunque no exista aún una comisión, y sin que su posterior constitución determine la ampliación de la duración del período de consultas.

De este modo, el incumplimiento de los plazos de constitución de la comisión negociadora no impedirá que se entienda cumplido el plazo de consultas y aunque, como es obvio, resultará imposible que el mismo finalice con un acuerdo de inaplicación, esta previsión resulta importante por cuanto permite acudir a los procedimientos de resolución de las discrepancias por voluntad unilateral del empresario, conforme a lo establecido los apartados octavo y noveno de la norma de referencia. Se trata, por tanto, de

¹⁰⁹ SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente y MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, Lourdes: *El descuelgue y otras vías de inaplicación del convenio colectivo*, ob. cit., p. 90.

¹¹⁰ CASTRO ARGÜELLES, María Antonia: *Inaplicación o «descuelgue» del convenio colectivo*, ob. cit., p. 140.

una medida eficaz para evitar bloqueos, aunque el plazo fijado pudiera resultar demasiado breve ¹¹¹.

Por su parte, el período de consultas tendrá una duración no superior a quince días. Esta limitación temporal de las negociaciones fue introducida por la reforma del mercado de trabajo de 2010. Hasta entonces, su duración no podía ser inferior a quince días. Se consiguió así evitar que las negociaciones se dilaten en exceso pues, cumplido el plazo sin haberse alcanzado acuerdo, será posible acudir a los mecanismos de resolución de discrepancias. Ahora bien, conlleva el riesgo de que pueda llegar a implicar que los negociadores se sientan forzados a alcanzar un pacto, teniendo en cuenta que, de finalizar el período de negociaciones sin lograrse un acuerdo de inaplicación, al resultar posible acudir a los mecanismos de resolución de las controversias incluso por voluntad unilateral del empresario, la decisión sobre el descuelgue del convenio podría quedar en manos de terceros ajenos a la relación laboral ¹¹².

Se ha planteado, además, la posibilidad de que las partes acuerden una prórroga a la duración máxima del período de consultas. Pues bien, el RDL 10/2010, de 16 de junio, al introducir esta novedad lo hizo con expreso carácter improrrogable, si bien, tal expresión fue eliminada de la versión definitiva –y ahora vigente– por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, suscitándose así dudas interpretativas. A favor de la posibilidad de prórroga se ha argumentado que la literalidad del precepto que formula este plazo máximo del período de negociaciones no impide que las partes acuerden seguir negociando para alcanzar un pacto, si aún existe posibilidad de acercar posiciones, entendiéndose que, transcurrido el plazo señalado, únicamente desaparece la obligación de seguir negociando, pero no la posibilidad de continuar haciéndolo en caso de voluntad conjunta de las partes negociadoras ¹¹³.

Durante el periodo de consultas las partes deberán negociar de buena fe, evitándose las conductas obstruccionistas e intentando alcanzar un acuerdo. A estos efectos, como consecuencia del carácter causal del descuelgue, resultará esencial que se aporte la información y documentación justificativa de la necesidad de las medidas que se pretenden adoptar. La obligación de negociar de

¹¹¹ Críticos con la limitación temporal, entre otros, GORELLI HERNÁNDEZ, Juan: *La negociación colectiva de empresa. Descuelgue y prioridad aplicativa del convenio de empresa*, ob. cit., p. 83. MELLA MÉNDEZ, Lourdes: «Las causas del despido económico en España tras la reforma laboral de 2010: algunas reflexiones críticas», ob.cit., 40.

¹¹² MOLERO MARAÑÓN, María Luisa: «El nuevo modelo de flexibilidad interna: el diálogo entre la Ley 35/2010 y el RDL 7/2011», en AA. VV., *La negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012*, Cinca, 2012, p. 185.

¹¹³ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana: «Reforma del régimen de inaplicación de condiciones previstas en convenio colectivo», ob. cit., p. 391.

buena fe implica, por tanto, la exigencia de facilitar la información y documentación necesaria para que los representantes de los trabajadores puedan conocer las causas justificativas y contrastar su existencia, valorando la adecuación entre ésta y la concreta medida empresarial que se propone, pudiendo asimismo formular propuestas para reducir sus efectos.

Por la parte social estarán legitimadas las secciones sindicales y los representantes unitarios de los trabajadores en la empresa. Las primeras gozarán de prioridad en la intervención de las negociaciones cuando así lo acuerden, requiriéndose que tengan la representación mayoritaria en los comités de empresa o entre los delegados de personal. Esta novedad fue introducida por el Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio, que vino a ofrecer solución a los conflictos surgidos en la práctica a consecuencia de la posible concurrencia de legitimados para las negociaciones. Hasta entonces, la elección entre una u otra representación era consecuencia natural del desarrollo del proceso negociador, correspondiendo a quien se atribuyera el papel de interlocutor en primer lugar, quedando excluido el otro ¹¹⁴, lo que, en la práctica, suponía que normalmente fuera el propio empresario, al iniciar el proceso de descuelgue, quien eligiera a sus interlocutores entre una u otra opción ¹¹⁵. En su defecto, la comisión se integrará, si resulta afectado un único centro de trabajo, por el comité de empresa o los delegados de personal, según corresponda; y, de resultar afectados varios, por el comité intercentros, si tiene atribuida esta función en el convenio colectivo que lo regula o, subsidiariamente, una comisión integrada por los representantes de los trabajadores de los centros de trabajo afectados, si todos ellos cuentan con representación unitaria.

Ahora bien, para solucionar los problemas de interlocución comercial derivados de la existencia de centros de trabajo sin representantes de los trabajadores, se ha optado por habilitar, también en este caso, la actuación de las comisiones *ad hoc* de hasta un máximo de tres miembros. De este modo, cuando el procedimiento afecte a un único centro de trabajo, los trabajadores podrán designar una comisión representativa formada por trabajadores de la propia empresa y elegida por éstos democráticamente o bien por los sindicatos más representativos o simplemente representativos del sector al que pertenezca la empresa, legitimados para integrar la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación, conocidas como comisiones laborales o sindicales, res-

¹¹⁴ MERCADER UGUINA, Jesús Rafael: «Los acuerdos de descuelgue salarial y promoción de la negociación empresarial en la Ley 35/2010», ob. cit., p. 197.

¹¹⁵ FERNÁNDEZ AVILÉS, José Antonio: «Las cláusulas de descuelgue salarial como mecanismo de flexibilidad interna», ob. cit., p. 15.

pectivamente ¹¹⁶. Por el contrario, si el procedimiento afecta a varios centros de trabajo y unos cuentan con representación y otros no, los representantes de los trabajadores de los centros donde existan compondrán la comisión negociadora, salvo que los trabajadores de los centros sin representación legal decidan designar una comisión *ad hoc* que, junto con los representantes legales de los trabajadores de los centros en los que existan, integrarán la comisión negociadora en proporción al número de trabajadores que representen. Por último, si ninguno de los centros de trabajo afectados tuviera representación legal, la comisión representativa se compondrá por y entre los elegidos que integraran las comisiones designadas en los centros de trabajo afectados, también proporcionalmente al número de trabajadores que representen.

Surge el interrogante de si sería posible llevar a cabo el procedimiento de negociación del descuelgue a través de una comisión *ad hoc* si la empresa o el centro de trabajo tiene menos de tres trabajadores. Desde luego si la comisión *ad hoc* tiene composición sindical no se presenta obstáculo alguno para ello y si fuera una comisión laboral en la medida en el que artículo 41.1 del ET configura la composición de la comisión *ad hoc* «hasta un máximo de tres miembros», no parece que pueda negarse tampoco la viabilidad de la negociación del descuelgue ¹¹⁷, incluso si está compuesta por un único trabajador ¹¹⁸. No obstante, esta posibilidad que consideramos factible, supone, DE FACTO, dejar en manos de la decisión de inaplicación ante la débil posición que tendría el trabajador/es que negocian el descuelgue, lo que debe llevarnos a una reforma de la normativa para que o bien la comisión negociadora en empresas de pequeñas con reducido número de trabajadores solo pueda ser sindical.

Como es sabido, es esta una solución aplicable a todos los supuestos de negociación de los mecanismos de flexibilidad interna y externa –modificación sustancial de condiciones de trabajo (art. 41.1 ET), despidos colectivos (art. 51.2 ET) y suspensión del contrato o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (art. 47.1 ET), junto con la inaplicación de las condiciones de trabajo previstas en convenio colectivo (art. 82.3 ET)–, pero efímera, puesto que su mandato representativo concluye

¹¹⁶ DE LA VILLA GIL, Luis Enrique: «Comisiones laborales y comisiones sindicales. Una sorpresa escondida en la reforma laboral de 2010,» *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 23, 2011, p. 3.

¹¹⁷ SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente y MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, Lourdes: *El descuelgue y otras vías de inaplicación del convenio colectivo*, ob.cit., p. 72.

¹¹⁸ En contra MOLL NOGUERA, Rafael: *Negociación colectiva y dimensión de la empresa*, ob. cit., p. 528.

con la finalización del periodo de consultas ¹¹⁹. Y, aunque útil para permitir la negociación de medidas de flexibilidad interna en supuestos en que no existan representantes de los trabajadores, no está exenta de críticas, destacando el peligro de que se produzcan intromisiones por parte de la empresa, tanto a la hora de que los trabajadores elijan entre un tipo u otro de comisión, instando a que opten por la interna, normalmente más sometida al poder empresarial y, por tanto, menos problemática, como en las facultades de negociación y decisión de las propias comisiones ¹²⁰.

Finalmente, si la comisión fuera de naturaleza sindical, se prevé que el empresario pueda atribuir su representación a las organizaciones empresariales en las que estuviera integrado, ya tengan carácter intersectorial o sectorial. Parece que esta posibilidad de conferir la representación empresarial requiere la verificación de dos presupuestos, que la comisión sea sindical y que el empresario esté integrado en la asociación a la que otorga su representación; sin embargo, la aplicación de las reglas de mandato civiles, ante el silencio que guarda el legislador, son perfectamente aplicables en el supuesto de comisiones laborales, lo que permitiría al empresario otorgar su representación a quien estimase oportuno, incluso a una asociación empresarial a la que no estuviera asociado; llegándose a idéntica conclusión en lo atinente a otorgar su representación a una asociación a la que no está afiliado en el supuesto de negociar con una comisión sindical ¹²¹.

5.3 Los mecanismos de solución de discrepancias

El régimen legal de la inaplicación del convenio se completa con la previsión de diversos mecanismos de solución de las discrepancias surgidas en la negociación. Ciertamente, se aprecia un fuerte interés del legislador en las últimas reformas introducidas en la norma por habilitar instrumentos que permitan resolver estas discrepancias, agilizando los procesos de adaptación de las condiciones de trabajo, reduciendo la conflictividad laboral y sirviendo, así, a la finalidad general de potenciar la eficacia de los mecanismos de flexibilidad interna.

¹¹⁹ Sobre esta materia, NIETO ROJAS, Patricia: «Comisión ad hoc y reorganización productiva empresarial. Una solución para las empresas sin representación legal de los trabajadores», en AA. VV.: *La negociación colectiva en las reformas 2010, 2011 y 2012*, Cinca, 2012, p. 59.

¹²⁰ FERNÁNDEZ AVILÉS, José Antonio: «Las cláusulas de descuelgue salarial como mecanismo de flexibilidad interna», ob. cit., p. 15.

¹²¹ MOLL NOGUERA, Rafael: *Negociación colectiva y dimensión de la empresa*, ob. cit., pp. 511-512.

La imposibilidad de proceder al descuelgue por decisión unilateral del empresario ha conducido a una acumulación de alternativas para evitar la imposibilidad de frustrar su puesta en práctica ¹²², que se articulan como instancias sucesivas, lo que puede llegar a implicar cierta presión en los representantes de los trabajadores para alcanzar un acuerdo que evite que la decisión sea adoptada por un tercero ¹²³. En este sentido, la jurisprudencia ha sido clara al afirmar que «la posibilidad de acogerse al descuelgue no permite en modo alguno la inaplicación unilateral del convenio, debiendo en todo caso agotarse el procedimiento legalmente establecido para alcanzar ese resultado. Así, de no alcanzarse acuerdo con la representación de los trabajadores legitimada, solo el agotamiento de las vías que el texto legal abre –como acudir a la comisión paritaria del convenio, a los procedimientos del art. 83ET en su caso, y, finalmente, a la correspondiente Comisión consultiva de convenios– pueden acabar por permitir a la empresa el apartamiento de la cláusula convencional controvertida, descartándose la adopción de medidas de descuelgue de forma unilateral» ¹²⁴.

De este modo, si ya durante el propio desarrollo del período de consultas se bloquean las negociaciones, se prevé la posibilidad de acudir al procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en la empresa, y que deberá celebrarse dentro del plazo máximo de duración del período de consultas. Para ello, será necesario que ambas partes estén de acuerdo en dar por finalizado el periodo de consultas e iniciar el procedimiento de resolución de las discrepancias.

En otro caso, si el periodo de consultas finaliza sin acuerdo, las discrepancias podrán ser sometidas a la comisión paritaria del convenio a instancia de cualquiera de las partes, no siendo necesario la propuesta conjunta de ambas partes para la validez de la ulterior y posible solución dada por aquella ¹²⁵; no siendo asimilable a la comisión paritaria de aplicación o interpretación las comisiones de seguimiento de medidas de carácter colectivo –ERTE o ERE– ¹²⁶. De este modo, la participación de la comisión paritaria en la solución de las controversias surgidas durante las negociaciones ha sido formulada como una opción para los negociadores, no siendo obligada su intervención si ninguno lo

¹²² BAYLOS GRAU, Antonio: «Unilateralidad empresarial e inaplicación del convenio», en AA. VV.: *Garantías de empleo y derechos laborales en la Ley 35/2010 de Reforma Laboral*, Bomarzo, Albacete, 2011, p. 245.

¹²³ GORELLI HERNÁNDEZ, Juan: *La negociación colectiva de empresa. Descuelgue y prioridad aplicativa del convenio de empresa*, ob. cit., p. 106.

¹²⁴ STS de 3 de febrero de 2021 (Rec. 93/2019).

¹²⁵ STS de 28 de abril de 2016 (Rec. 173/2015).

¹²⁶ STS (Sala 3.ª) de 20 de marzo de 204 (Rec. 139/2022).

solicita, salvo que así lo establezca el convenio colectivo aplicable. El modo de funcionamiento y adopción de acuerdos será el previsto en el propio convenio colectivo que la regula, lo que permite a la negociación colectiva un amplio margen de concreción de este mecanismo ¹²⁷. Si en el seno de la comisión paritaria se alcanza un acuerdo sobre la inaplicación, sea admitiéndola o rechazándola o incluso se alcanza una decisión parcial el procedimiento debe considerarse finalizado, no pudiendo ninguna de las partes proseguir con él ante los mecanismos de solución autónoma. En este sentido, el Tribunal Supremo de forma clara ha señalado, en un supuesto en el que la comisión paritaria por unanimidad desestimó la solicitud empresarial de inaplicación convencional, que «el procedimiento de inaplicación del convenio debería darse por finalizado con el pronunciamiento unánime alcanzado en la Comisión paritaria, al rechazar el descuelgue empresarial» ¹²⁸.

Cuando se haya obviado la posibilidad de someter la controversia a la comisión paritaria del convenio o ésta no haya puesto fin al procedimiento, las partes deberán acudir a los mecanismos previstos en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico de resolución de las discrepancias. Así, de la literalidad del precepto que lo regula, se deduce que se trata de un trámite obligatorio en caso de que el período de consultas haya finalizado sin acuerdo y tampoco la comisión paritaria haya solucionado la controversia, necesario con carácter previo a acudir a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos u órgano autonómico equivalente ¹²⁹. El precepto incluye, además, con carácter expreso, la posibilidad de que exista un compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje vinculante; en el bien entendido que esta última posibilidad es facultativa para las partes y vinculante si se ha establecido, frente al carácter obligatorio de forma incondicional de la mediación ¹³⁰.

Cuando los procedimientos aludidos no fueran de aplicación o no hubieran puesto solución a la falta de acuerdo, las partes podrán someter las controversias a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos u órgano autonómico equivalente (art. 82.3 párrafo noveno ET). De este modo, se configura como una intervención subsidiaria, a la que solo se puede acudir si

¹²⁷ Sobre esta materia, véase PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco: «Los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos en la gestión de la flexibilidad interna en la empresa», *XIII Jornadas de la Fundación SIMA*, Madrid, 2011, p. 13.

¹²⁸ STS de 28 de abril de 2016 (Rec. 173/2015).

¹²⁹ SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente y MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, Lourdes: *El descuelgue y otras vías de inaplicación del convenio colectivo*, ob. cit., p. 125.

¹³⁰ GOERLICH PESET, José María: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, ob. cit., p. 98.

no han dado sus frutos los mecanismos de resolución de discrepancias a los que se refiere el artículo 82.3 ET y se ha negociado de buena fe,¹³¹ que requerirá la acreditación del cumplimiento de trámite del período de consultas, así como de los procedimientos de resolución de las discrepancias previos que resultaran de aplicación.¹³² Posibilidad que ha sido calificada como desacertada por un sector doctrinal por cuanto podía suponer un elemento desincentivador a recurrir con intención de llegar a un acuerdo a los mecanismos que le preceden¹³³ —comisión paritaria y soluciones autónomas de conflictos— e, incluso, fomentar la negociación de mala fe con el objetivo de minimizar a la parte social en el procedimiento de negociación;¹³⁴ opiniones que no corroboran, como ya se expuso, la serie histórica de inaplicaciones registradas en los últimos años, donde el promedio de descuelgues con acuerdo se sitúa en el 91.2%, pero es que además, dichas opiniones parecen partir de la premisa de que el órgano consultivo dará la razón al empresario, cuando realmente no tiene seguridad alguna de cuál será la decisión que adopte dicho organismo o el árbitro designado.¹³⁵

El procedimiento para someter la discrepancia a la citada Comisión o, en su caso, al órgano autonómico equivalente podrá iniciarse a instancia de cualquiera de las partes negociadoras, sin que sea necesario que éstas alcancen un acuerdo al respecto. La solicitud, que deberá concretar el motivo de la discrepancia y el objeto de la inaplicación que se pretende, entregándose copia de la misma a la otra parte, a los efectos de que pueda formular las alegaciones oportunas, se acompañará de la documentación prevista en el artículo 20 del Real Decreto 1362/2012, de 28 de septiembre, entre la que se incluye la identificación de las partes negociadoras, la acreditación de la celebración del desarrollo del periodo de consultas y de los procedimientos de resolución de las discrepancias previos que resultaran aplicables, la identificación del convenio objeto de inaplicación, la documentación acreditativa de las causas justificativas alegadas, la relación de condiciones de trabajo de las que se pretende descolgarse, así como del régimen sustitutorio, etc. De este modo, se deduce que a la Comisión le corresponderá inicialmente efectuar un control

¹³¹ En este sentido, STS de 15 de septiembre de 2015 (Rec. 218/2014).

¹³² BLASCO PELLICER, Ángel: «El nuevo Reglamento de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos», *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2013, p. 8.

¹³³ LÓPEZ GANDÍA, Juan: «La inaplicación del convenio colectivo y la prioridad aplicativa del convenio de empresa tras las reformas laborales», ob. cit., p. 104.

¹³⁴ VILA TIerno, Francisco: *La negociación colectiva como instrumento de flexibilidad interna en la empresa. Reflexiones tras cinco años de la última Reforma Laboral*, ob. cit., p. 55.

¹³⁵ CASTRO ARGÜELLES, María Antonia: *Inaplicación o «descuelgue» del convenio colectivo*, ob. cit., p. 12; MOLL NOGUERA, Rafael: *Negociación colectiva y dimensión de la empresa*, ob. cit., p. 518.

de los presupuestos procedimentales, a saber, legitimación del solicitante, competencia de la Comisión, cumplimiento de las fases previas del procedimiento (desarrollo del período de consultas y de los mecanismos de solución de las discrepancias previos)¹³⁶.

La competencia corresponderá a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos cuando la inaplicación de las condiciones laborales afecte a centros de trabajo situados en el territorio de más de una Comunidad Autónoma y, en los demás supuestos, a los órganos autonómicos correspondientes (art. 17 RD 1362/2012, de 27 de septiembre). La doctrina ha advertido de posibles problemas derivados de esta previsión, por cuanto los órganos autonómicos consultivos presentan características dispares, especialmente relevantes en lo relativo a la composición y a las competencias atribuidas¹³⁷. En cualquier caso debe quedar claro que la intervención de uno u otros dependerá, no del ámbito de aplicación del convenio objeto de descuelgue, sino del ámbito de afectación de la medida¹³⁸, y en la medida en que el acuerdo de inaplicación pudiera contener diversas medidas con diferente alcance podría producirse también una distinta atribución de la resolución de la discrepancia entre órgano consultivo estatal y autonómico para el mismo acuerdo.

Las partes, de mutuo acuerdo, podrán decidir entre que resuelva el órgano competente según la regla indicada o designar un árbitro al efecto. Subsidiariamente, será la propia Comisión la que optará por una u otra opción (art. 16.3 RD 1362/2012, de 27 de septiembre).

La decisión de la Comisión, que deberá pronunciarse en el plazo de veinticinco días a contar desde la fecha del sometimiento del conflicto (art. 21 RD 1362/2012, de 27 de septiembre), será motivada, pronunciándose sobre la concurrencia de las causas justificativas, su adecuación a las medidas propuestas y sus efectos. De este modo, la decisión podrá aceptar la pretensión formulada por la parte en sus propios términos o concretar una fórmula alternativa de inaplicación en distinto grado de intensidad o duración (art. 22 RD 1362/2012, de 27 de septiembre). El procedimiento contiene, por consi-

¹³⁶ CAVAS MARTÍNEZ, Faustino: «El procedimiento de inaplicación de convenios colectivos ante la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos», en AA. VV.: *Jornada Técnica de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos sobre los procedimientos estatal y autonómico sobre inaplicación de convenios colectivos del art. 82.3 ET*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 2014, pp. 32 y ss.

¹³⁷ OLARTE ENCABO, Sofía: «Las comisiones paritarias y la comisión consultiva nacional de convenios colectivos ante los descuelgues», *Aranzadi Social*, núm. 9, 2014, p. 32.

¹³⁸ GOERLICH PESET, José María: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, ob. cit., p. 103.

guiente, un doble pronunciamiento; el primero, sobre la concurrencia de las causas justificativas, y el segundo, tan sólo si se entiende adecuadas aquéllas atendiendo a la medida o medidas que pretenden adoptarse, que permitirá modularla y acotarla temporalmente, no así proponer una inaplicación distinta¹³⁹. La decisión, que tendrá naturaleza vinculante y será inmediatamente ejecutiva (art. 22 RD1862/2012, de 27 de septiembre), se adoptará, a ser posible, por consenso. Subsidiariamente, será suficiente la mayoría absoluta de los miembros de la comisión permanente o, en su caso, del pleno (art. 8.3 RD 1862/2012, de 27 de septiembre).

En caso contrario, si resuelve un árbitro designado al efecto, su designación corresponderá preferentemente a las partes de común acuerdo. De no ser posible, será la comisión quien lo designe conforme a las reglas previstas en el artículo 23.1 RD1862/2012, de 27 de septiembre, de manera que se «garantiza la imparcialidad e independencia y asegura el nombramiento que, en buena lógica, debería producirse en todo caso»¹⁴⁰. Una vez elegido, se le comunicará formalmente el encargo y se le hará entrega de la documentación (art. 23.2 RD1862/2012, de 27 de septiembre). El árbitro designado citará a las partes y solicitará la documentación complementaria en el artículo 91 del ET que estime oportuna. El procedimiento se resolverá mediante laudo, que deberá dictarse también dentro del plazo establecido, y decidirá la solicitud motivadamente, pronunciándose sobre la concurrencia de las causas justificativas y, en consecuencia, estimando o desestimando la inaplicación o, en su caso, concretando su intensidad y/o duración (art. 24 RD1862/2012, de 27 de septiembre).

En ambos casos, tanto si el procedimiento finaliza por decisión de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos como por laudo de un árbitro externo, tendrá la eficacia de los acuerdos alcanzados en periodo de consultas, de manera que únicamente podrá ser recurrida conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos para la impugnación de convenios colectivos; estableciéndose expresamente en la impugnación del laudo que podrá producirse ésta por no haberse seguido en su desarrollo los requisitos y formalidades establecidos o el arbitraje hubiera resuelto sobre asuntos no sometidos a su decisión.

¹³⁹ DE CASTRO MARÍN, Emilio: *El descuelgue de Convenio Colectivo*, ob. cit., p. 589.

¹⁴⁰ BLASCO PELLICER, Ángel: «El nuevo Reglamento de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos», ob. cit., p. 12.

5.4 El acuerdo de inaplicación

El artículo 82.3 del ET también se refiere al contenido y vigencia del posible acuerdo que se alcance tras el procedimiento de negociación del descuelgue y que pone fin al mismo.

En relación con su contenido el acuerdo debe establecer las condiciones de la inaplicación y su vigencia. Estamos ante un contenido mínimo y genérico que otorga a los negociadores un amplio margen de libertad para estructurar esas medidas, bien con carácter general para toda la empresa, bien de forma diferenciada por centro de trabajo, siempre que en este último supuesto tal articulación esté debidamente justificada para no proceder a su configuración general para toda la empresa. Esta referencia genérica del contenido, además, permite incorporar al acuerdo de inaplicación contenidos adicionales, señaladamente la posibilidad de establecer un cronograma de recuperación de la inicial regulación de la condición de trabajo establecida en el convenio objeto de descuelgue –previsión que se mencionaba como contenido adicional hasta la reforma laboral de 2012–¹⁴¹. En cualquier caso, la negociación deberá tener por objeto condiciones de trabajo previstas en el convenio vigente cuando se produce el descuelgue, en ningún caso cabe establecer condiciones aplicables a un futuro convenio que venga a sustituir al convenio inaplicado¹⁴².

En relación a las condiciones señala que debe «determinar con exactitud las nuevas condiciones de trabajo», estableciendo como garantía, que actúa como límite infranqueable, de esta nueva ordenación de las condiciones objeto de descuelgue que no podrá suponer el «incumplimiento de las obligaciones establecidas en convenio relativas a la eliminación de las discriminaciones por razones de género o de las que estuvieran previstas, en su caso, en el plan de igualdad aplicable en la empresa».

La segunda referencia que ha de contener el acuerdo de inaplicación es la relativa a su duración, lo que revela su carácter temporal, teniendo las partes libertad para fijarla, pudiendo someterlo tanto a una condición como a un término, y en este segundo supuesto, incluso, pudiendo fijar un término progresivo que permita una vuelta al convenio escalonada. Ahora bien esta libertad de las partes no es absoluta porque se haya condicionada a un momento temporal infranqueable que es la vigencia del convenio objeto de inaplicación, dado que la norma señala que el acuerdo de inaplicación «no podrá prolongarse más allá

¹⁴¹ En este sentido MOLL NOGUERA, Rafael: *Negociación colectiva y dimensión de la empresa*, ob. cit., p. 550; GORELLI HERNÁNDEZ, Juan: *La negociación colectiva de empresa. Descuelgue y prioridad aplicativa del convenio de empresa*, ob. cit., p. 91.

¹⁴² Así lo ha establecido, acertadamente, la STS 2 de junio de 2022 (Rec. 230/2021).

del momento en que resulte aplicable un nuevo convenio en dicha empresa». Al establecerse el límite temporal de vigencia del acuerdo de inaplicación a que «resulte aplicable un nuevo convenio» debe admitirse la vigencia del mismo en el supuesto en el que el convenio inaplicado está en situación de ultra-actividad¹⁴³. Más problemático resulta determinar si el acuerdo de inaplicación pierde su vigencia ante la firma no de un nuevo convenio colectivo, sino de un acuerdo parcial que lo modifica; es verdad, que el precepto habla de la aplicación de «un nuevo convenio» y un acuerdo parcial no lo es, pero no debe descartarse la pérdida de vigencia del acuerdo de inaplicación ante la firma de un ulterior acuerdo parcial, situando su mantenimiento o su pérdida de vigencia en el hecho de si el acuerdo parcial establece una nueva regulación de una condición objeto del acuerdo de inaplicación, en cuyo caso éste perderá su vigencia; en caso contrario, si la condición objeto de inaplicación no resulta afectada por el acuerdo parcial, se mantendrá su vigencia.

El acuerdo deberá ser notificado a la comisión paritaria del convenio colectivo y a la autoridad laboral, en segundo supuesto, a efectos nada más de depósito.

El acuerdo de inaplicación convencional podrá ser objeto de impugnación, pero a diferencia de lo que sucede con el laudo arbitral respecto del cual se menciona expresamente que la vía de impugnación es la modalidad procesal de impugnación de convenios –prevista en los artículos 163 a 166 de la LRJ–, nada dice el artículo 82.3 del ET sobre la modalidad procesal por la que debe encauzarse la impugnación del descuelgue.

Se abren para ello dos posibilidades, la primera sería su encauzamiento por la modalidad de impugnación de convenios colectivos, partiendo de la premisa de otorgar naturaleza de convenio colectivo ex Título III del ET al acuerdo de inaplicación¹⁴⁴; la segunda, sería su tramitación por la modalidad de conflicto colectivo¹⁴⁵. La impugnación judicial de los productos de la negociación colectiva articulada en la LRJS está diseccionada entre la modalidad de impugnación de convenios colectivos a la que su artículo 163.1 atribuye como objeto procesal la «impugnación de un convenio colectivo de los regulados en el Título III del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores o de los laudos arbitrales sustitutivos de éstos»; y la modalidad de conflicto colectivo, entre cuyos objetos procesales, el artículo 153.2, sitúa «la

¹⁴³ Ver STS de 26 de junio de 2018 (Rec. 153/2017).

¹⁴⁴ DE CASTRO MARÍN, Emilio: *El descuelgue de Convenio Colectivo*, ob. cit., p. 744-753. ROQUETA BUJ, Remedios: *La flexibilidad interna tras la reforma laboral. La Ley 3/2012, de 6 de julio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 63.

¹⁴⁵ GOERLICH PESET, José María: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, ob. cit., p. 120.

impugnación de convenios colectivos y de los laudos arbitrales sustitutivos de éstos, de conformidad con lo dispuesto en el Capítulo IX del presente Título», es decir, el resto de productos de la negociación colectiva. Es evidente que la toma de postura en torno a una u otra posibilidad tiene como piedra angular la consideración o no del acuerdo de inaplicación como un convenio estatutario, para lo cual debe ajustarse a todas las previsiones contenidas en el ET, lo que, en mi opinión, no acontece dado que no cumple con parte de las previsiones establecidas en el artículo 90 del ET, que exige su depósito, registro y publicación, señaladamente su registro y publicación, lo que nos lleva a considerar que el acuerdo de inaplicación no puede ser conceptuado como un convenio colectivo estatutario y, en consecuencia, su impugnación debe encauzarse por la modalidad de conflicto colectivo¹⁴⁶.

La impugnación del acuerdo plantea una segunda duda acerca del alcance limitado o no de los posibles motivos de impugnación, consecuencia de la deficiente redacción de la presunción de existencia de la causa al alcanzarse un acuerdo. En interpretación de esta presunción, ya hemos indicado que, acertadamente, nuestro Tribunal Supremo distingue entre la carga de la prueba y los motivos de impugnación; aunque no compartimos el razonamiento en la interpretación de los motivos de impugnación; derivada de esta segunda exégesis, ha procedido a distinguir lo es que la impugnación del acuerdo y la impugnación de la medida o medidas contenidas en él, de manera que el acuerdo solo podrá impugnarse por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho, lo que impediría atacar el acuerdo por inexistencia de causa; mientras que las medidas podrán ser impugnadas por cualquier motivo, incluida la inexistencia de la causa que la justifica.

En efecto, señala nuestra jurisprudencia que del «único mandato que la norma contiene sobre la impugnación del «acuerdo» y de su tenor literal se deriva que la existencia de «acuerdo» sobre la concurrencia de las causas que justifican el «descuelgue» da lugar a que se presuma, legalmente, la concurrencia de esas causas y que el «acuerdo» sólo se pueda impugnar por fraude, dolo u otros vicios «en su conclusión»»; y sobre esta premisa considera que «la ley distingue entre la validez del «acuerdo» por vicios «en su conclusión» y la validez de todas y cada una de las modificaciones convencionales y contractuales que en él se acuerdan, de forma que limita la posibilidad de impugnar el

¹⁴⁶ En este sentido, resulta extrapolable la interpretación contenida en la SAN de 14 de enero de 2014 (Prod. 400/2013) que expresamente, al tratar la modalidad idónea para la impugnación de un acuerdo de la comisión paritaria que estableció una modificación del convenio vigente, señala que «no reúne la naturaleza de convenio colectivo estatutario, porque ni ha sido registrado, ni depositado, ni publicado».

acuerdo por la no concurrencia de las causas que justifican las modificaciones que en él se conciertan, pero no restringe, ni recorta, la posibilidad de impugnar o rebatir la validez de las modificaciones acordadas así como la de pedir una interpretación de las mismas que se ajuste a lo dispuesto en la Ley»¹⁴⁷.

Sin embargo, como ya hemos señalado, no compartimos que el acuerdo sólo pueda ser impugnado por los defectos apuntados en el precepto legal, sino que también cabe la impugnación por inexistencia de la causa dado que otra exégesis del párrafo que contiene la presunción es posible. Al construirse la presunción de existencia de causa a través de una presunción legal no limitada en la posibilidad de prueba en contrario, el acuerdo que se basa en una causa presunta puede ser impugnado mediante la prueba en contrario de dicha causa, por lo tanto, no es cierto que el legislador limite los motivos de impugnación solo a los vicios contemplados en el precepto estatutario, sino que también al posibilitar la prueba en contrario de la presunción, está admitiendo la posibilidad de atacar la inexistencia de causa mediante destrucción de la relación de probabilidad de existencia de la causa a partir de la firma del acuerdo. Que esto último es así, lo demostraría también el hecho de que la distinción elaborada por nuestra jurisprudencia sobre los distintos motivos de impugnación resulta artificial e innecesaria dado que cabe preguntarse qué consecuencias prácticas tiene negar la impugnación del acuerdo por inexistencia de causa y luego permitir la impugnación de la medida por la falta de causa justificativa de la misma, el resultado conduce a la nulidad de la medida y a la nulidad total o parcial del acuerdo, dependiendo de si es o no la única medida contenida en él.

6. BIBLIOGRAFÍA

- AGUT GARCÍA, Carmen: *La cláusula de descuelgue salarial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- ALBIOL MONTESINOS, Ignacio: «El Convenio Colectivo estatutario», en AA. VV.: *Convenios Colectivos y Acuerdos de Empresa en el Derecho Español del Trabajo*, CISS, Valencia, 2007.
- ALFONSO MELLADO, Carlos Luis: «Las actuaciones para incrementar la flexibilidad interna», en AA. VV.: *La reforma laboral en la Ley 35/2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

¹⁴⁷ STS de 7 de julio de 2015 (Rec. 206//2014); STS de 16 de septiembre de 2015 (Rec. 110/2014).

- ÁLVAREZ ALONSO, Diego: «Inaplicación del convenio colectivo y prioridad aplicativa del convenio de empresa: dos vías concurrentes para descentralizar la regulación de condiciones de trabajo», en AA. VV.: *Las reformas del Derecho del Trabajo en el contexto de la crisis económica. La reforma laboral de 2012 (XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- BAYLOS GRAU, Antonio: «Cláusulas de descuelgue», *Gaceta Sindical*, núm. 128, 1994.
- «Unilateralidad empresarial e inaplicación del convenio», en AA. VV.: *Garantías de empleo y derechos laborales en la Ley 35/2010 de Reforma Laboral*, Bomarzo, Albacete, 2011.
- BLASCO PELLICER, Ángel: «El nuevo Reglamento de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos», *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2013.
- «Medidas de flexibilidad interna frente a los despidos colectivos tras la reforma: balance de situación», en GUTIÉRREZ VELASCO, Íñigo (dir.): *Balance crítico de la reforma laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- CASAS BAAMONDE, María Emilia: «Descuelgue salarial, acuerdos de empresa y conflictos de intereses», *Relaciones Laborales*, núm. 1, 1995.
- CASTRO ARGÜELLES, María Antonia: *Inaplicación o «descuelgue» del convenio colectivo*, Aranzadi, Navarra, 2013.
- CAVAS MARTÍNEZ, Faustino: «El descuelgue: problemas prácticos y primeras experiencias», Aranzadi *Social*, núm. 11, 2014.
- «El procedimiento de inaplicación de convenios colectivos ante la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos», en AA. VV.: *Jornada Técnica de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos sobre los procedimientos estatal y autonómico sobre inaplicación de convenios colectivos del art. 82.3 ET*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 2014.
- CRUZ VILLALÓN, Jesús: «El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012», *Revista de Derecho Social*, núm. 57, 2012.
- «La flexibilidad interna en la reforma laboral de 2010», *Relaciones Laborales*, núm. 21, 2010.
- «Procedimientos de resolución de conflictos y negociación colectiva en la reforma de 2012», en AA. VV.: *La regulación del Mercado Laboral. Un análisis de la Ley 3/2012 y de los aspectos laborales del Real Decreto-ley 20/2012*, Lex Nova, Valladolid, 2012.
- DE CASTRO MARÍN, Emilio: *El descuelgue de Convenio Colectivo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- DE LA VILLA GIL, Luis Enrique: «Comisiones laborales y comisiones sindicales. Una sorpresa escondida en la reforma laboral de 2010», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 23, 2011.

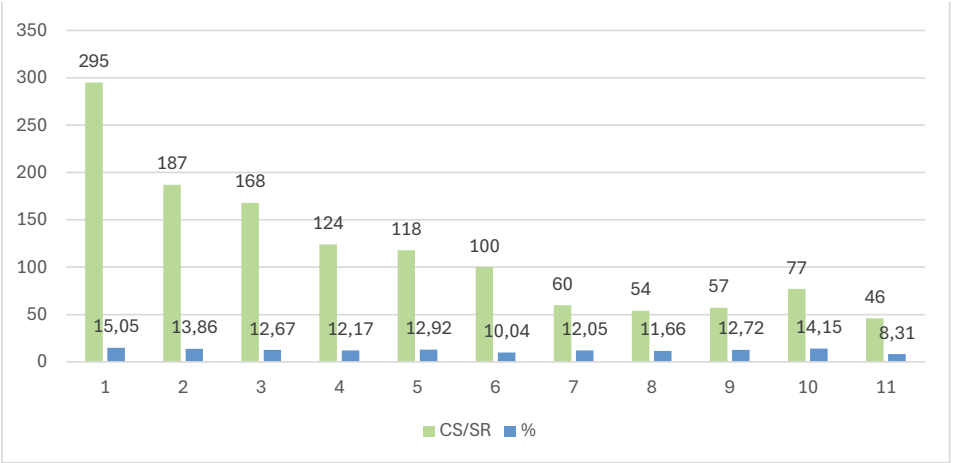
- DEL REY GUANTER, Salvador: «Estructura de la negociación colectiva y prioridad del nivel de empresa tras la reforma laboral de 2012», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 109, 2014.
- ESCUADERO RODRÍGUEZ, Ricardo: «Dos reformas trenzadas de la negociación colectiva: la Ley 35/2010 y el Real Decreto-Ley 7/2011», *Relaciones Laborales*, núm. 23-24, 2011.
- «El Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero: la envergadura de una reforma profundamente desequilibradora de la negociación colectiva», en AA. VV.: *La negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012*, Cinca, Madrid, 2012.
- FERNÁNDEZ AVILÉS, José Antonio: «Las cláusulas de descuelgue salarial como mecanismo de flexibilidad interna», *Relaciones Laborales*, núm. 11, 2011.
- GALA DURÁN, Carolina: «Modificación de la cuantía salarial por la vía de los artículos 41 y 82.3 del Estatuto de los Trabajadores tras el Real Decreto Ley 3/2012 (una primera aproximación al tema)», *Actualidad Laboral*, núm. 11, 2012.
- GARCÍA MURCIA, Joaquín: *Los acuerdos de empresa*, CES, Madrid, 1998.
- GARRIDO PÉREZ, Eva: «La práctica negocial reciente sobre cláusulas de descuelgue salarial», *Cuadernos de Relaciones Laborales*, núm. 9, 1996.
- GOERLICH PESET, José María: *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago: «La negociación colectiva en el Real Decreto-Ley de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral», *Temas Laborales*, núm. 115, 2012.
- GORELLI HERNÁNDEZ, Juan: «El descuelgue del convenio colectivo estatutario», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 34, 2013.
- *La negociación colectiva de empresa. Descuelgue y prioridad aplicativa del convenio de empresa*, Comares, Granada, 2013.
- GORELLI HERNÁNDEZ, Juan y VALVERDE ASENCIO, Antonio José: «La reforma de 1994 y los acuerdos de empresa», *Relaciones Laborales*, núm. 2, 1995.
- LAHERA FORTEZA, Jesús: «El descuelgue salarial», en AA. VV.: *La reforma del mercado de trabajo de 2010*, Reus, Madrid, 2011.
- LÓPEZ AHUMADA, José Eduardo: «La apuesta por la solución negociada en los procesos de inaplicación salarial: luces y sombras derivadas de las reformas laborales», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 167, 2014.
- LÓPEZ ANIORTE, María del Carmen: «Régimen jurídico del descuelgue salarial», *Aranzadi Social*, núm. 6, 2011.
- LÓPEZ GANDÍA, Juan: «La inaplicación del convenio colectivo y la prioridad aplicativa del convenio de empresa tras las reformas laborales», en ROQUETA BUI, Remedios (coord.): *Reforma y contrarreforma: nuevos retos del derecho del trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana: «Reforma del régimen de inaplicación de condiciones previstas en convenio colectivo», en THIBAUT ARANDA, Javier: *La reforma laboral de 2012. Nuevas perspectivas para el Derecho del Trabajo*, Madrid, La Ley, 2012.

- MELLA MÉNDEZ, Lourdes: «Las causas del despido económico en España tras la reforma laboral de 2010: algunas reflexiones críticas», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 23, 2011.
- MERCADER UGUINA, Jesús Rafael: «La empresa como nuevo centro de gravedad de la estructura de la negociación colectiva: la reforma de la Ley 3/2012», en AA. VV.: *La regulación del Mercado Laboral. Un análisis de la Ley 3/2012 y de los aspectos laborales del Real Decreto-ley 20/2012*, Lex Nova, Valladolid, 2012.
- «La reforma de la negociación colectiva en el RDL 3/2012: la empresa como nuevo centro de gravedad», en GARCÍA PERROTE, Ignacio y MERCADER UGUINA, Jesús Rafael (dirs.): *Reforma laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Lex Nova, Valladolid, 2012.
- «Los acuerdos de descuelgue salarial y promoción de la negociación empresarial en la Ley 35/2010», en AA. VV.: *La reforma del mercado de trabajo*, Lex Nova, Valladolid, 2010.
- MOLERO MARAÑÓN, María Luisa: «El nuevo modelo de flexibilidad interna: el diálogo entre la Ley 35/2010 y el RDL 7/2011», *Relaciones Laborales*, núm. 23-24, 2011. (También se puede consultar en AA. VV., *La negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012*, Cinca, 2012).
- MOLL NOGUERA, Rafael: *Negociación colectiva y dimensión de la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- MORENO GONZÁLEZ-ALLER, Ignacio: «Inaplicación de las condiciones pactadas en convenio colectivo a la luz de la reforma laboral 2012», *Aranzadi Social*, núm. 9, 2013. (BIB 2013\14).
- NAVARRO NIETO, Federico: «La reforma del marco normativo de la negociación colectiva», en AA. VV.: *Las reformas del Derecho del Trabajo en el contexto de la crisis económica. La reforma laboral de 2012 (XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- NIETO ROJAS, Patricia: «Comisión *ad hoc* y reorganización productiva empresarial. Una solución para las empresas sin representación legal de los trabajadores», en AA. VV.: *La negociación colectiva en las reformas 2010, 2011 y 2012*, Cinca, 2012.
- OLARTE ENCABO, Sofía: «Las comisiones paritarias y la comisión consultiva nacional de convenios colectivos ante los descuelgues», *Aranzadi Social*, núm. 9, 2014.
- PEDRAJAS MORENO, Abdón y SALA FRANCO, Tomás: «La configuración de las causas justificativas de decisiones empresariales modificativas, suspensivas y extintivas», *Actualidad Laboral*, núm. 10, 2011.
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco: «Mecanismos legales de descuelgue salarial», *Actualidad Laboral*, núm. 1, 1997.
- «Los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos en la gestión de la flexibilidad interna en la empresa», *XIII Jornadas de la Fundación SIMA*, Madrid, 2011.

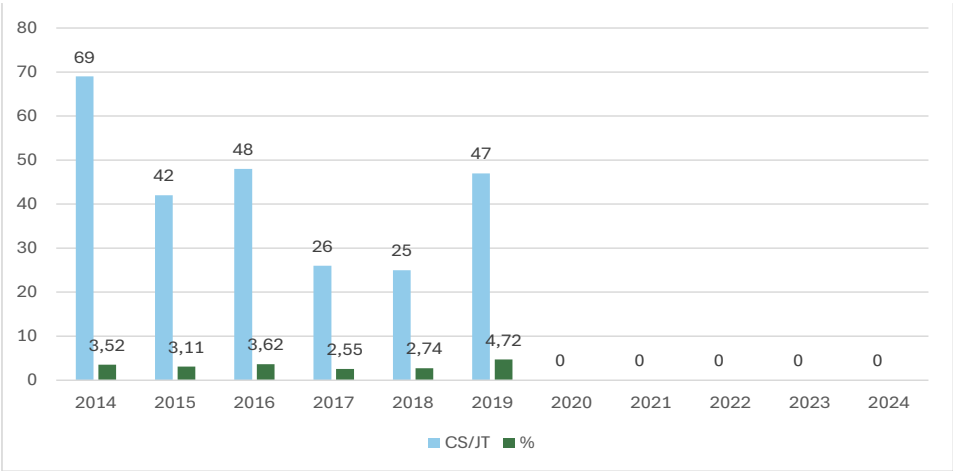
- POSE VIDAL, Sara: «La cláusula de descuelgue salarial en tiempos de crisis económica», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 784, 2009.
- REVUELTA GARCÍA, Marina: «El descuelgue en empresas multiconvenio», en AA. VV.: *Perspectivas de evolución de la negociación colectiva en el marco comparado europeo (XXV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social)*, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social-Cinca, 2015.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel Carlos: «Eficacia personal e inaplicación del convenio colectivo», en AA. VV.: *XXV Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva: La reforma Laboral de 2012*, CCNCC, Madrid, 2012, p. 17.
- RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín: «Reformas en el régimen jurídico de la negociación colectiva», *Revista Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 100, 2012.
- ROQUETA BUJ, Remedios: *La flexibilidad interna tras la reforma laboral. La Ley 3/2012, de 6 de julio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- RUIZ CASTILLO, María del Mar y ESCRIBANO GUTIÉRREZ, Juan: *La negociación y el convenio colectivo en el panorama actual de las fuentes del Derecho del Trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2013.
- SÁEZ LARA, Carmen: «Descuelgue convencional y arbitraje obligatorio», *Temas Laborales*, núm. 140, 2017.
- SALA FRANCO, Tomás, ALFONSO MELLADO, Carlos Luis y PEDRAJAS MORENO, Abdón: *Los acuerdos o pactos de empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- SANGUINETI RAYMON, Wilfredo: *La inaplicación parcial del contenido del convenio colectivo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- SANMARTÍN MAZZUCONI, Carolina: «La modificación de condiciones de trabajo», en AA. VV.: *La reforma laboral de 2010*, Aranzadi, Pamplona, 2010.
- SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente y MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, Lourdes: *El descuelgue y otras vías de inaplicación del convenio colectivo*, Francis Lefebvre, Madrid, 2014.
- *El descuelgue salarial. Estudio de su régimen jurídico en la negociación colectiva*, Aranzadi, Pamplona, 2009.
- VICENTE PALACIO, María Arántzazu: «El real decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (una breve presentación de la reforma en el ámbito del derecho individual)», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 31, 2012.
- VILA TIerno, Francisco: *La negociación colectiva como instrumento de flexibilidad interna en la empresa. Reflexiones tras cinco años de la última Reforma Laboral*, Comares, Granada, 2017.

7. ANEXO

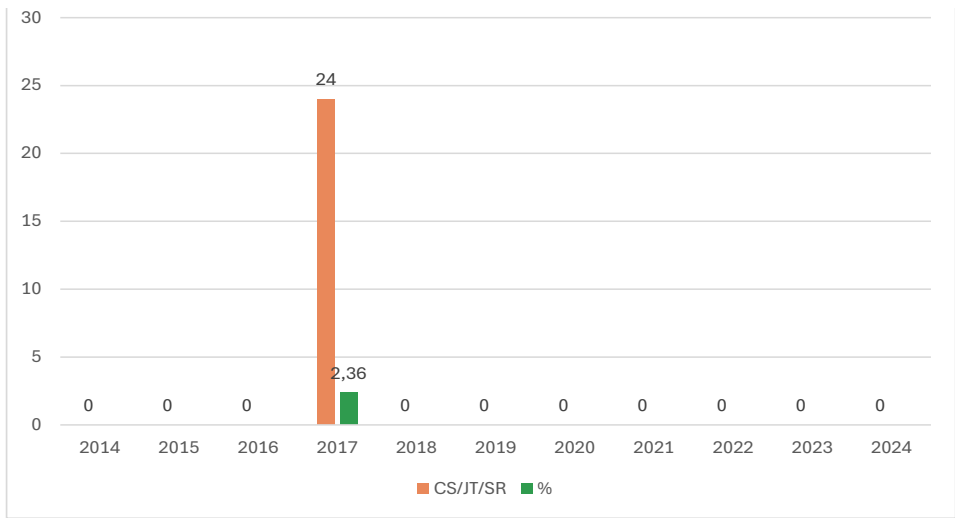
Cuantía salarial y sistema remuneración



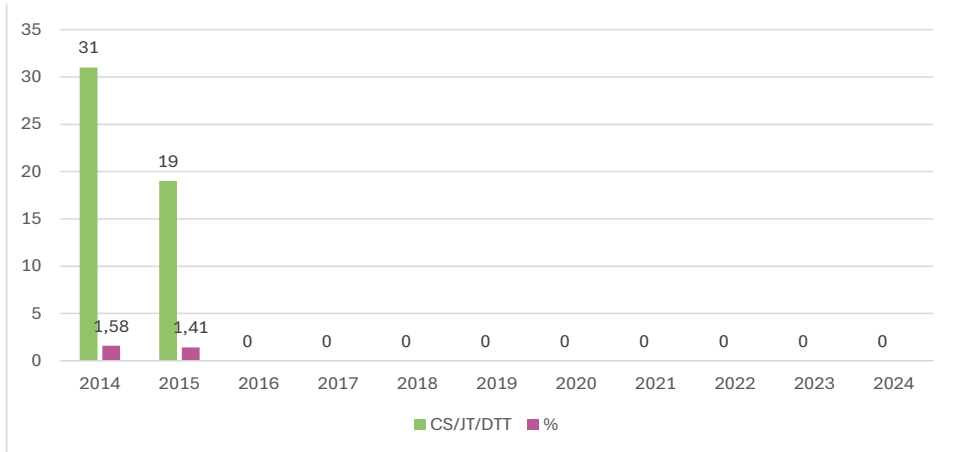
Cuantía salarial y jornada de trabajo



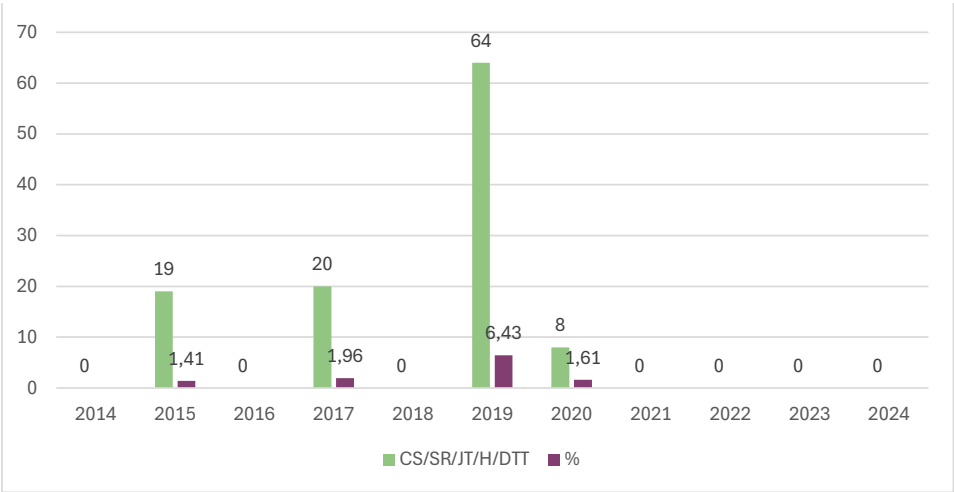
Cuantía salarial y sistema remuneración



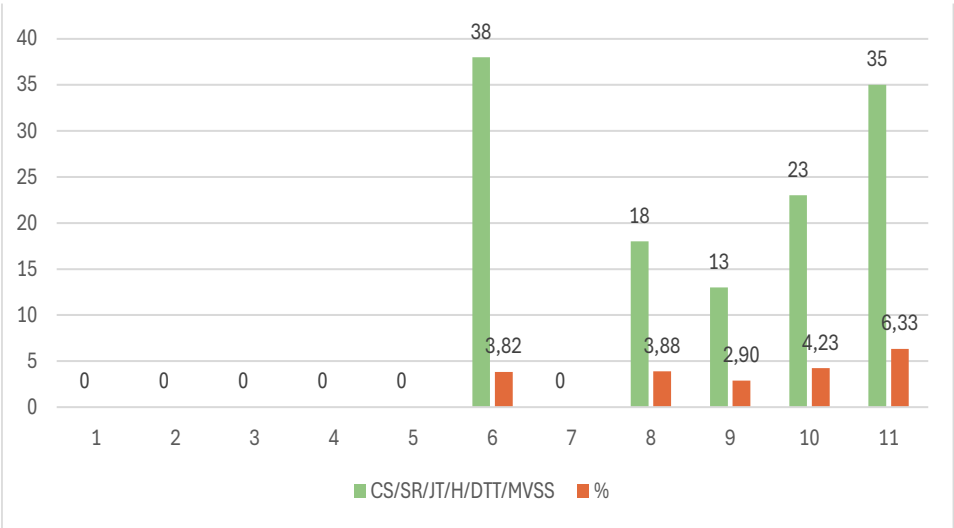
Cuantía salarial, jornada de trabajo y distribución tiempo trabajo



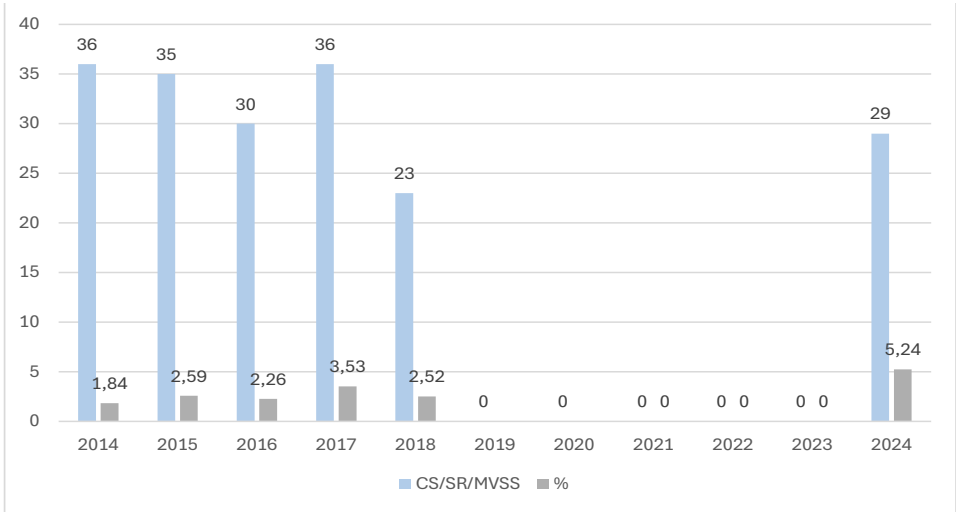
**Cuantía salarial, sistema remuneración, jornada trabajo, horario
y distribución tiempo trabajo**



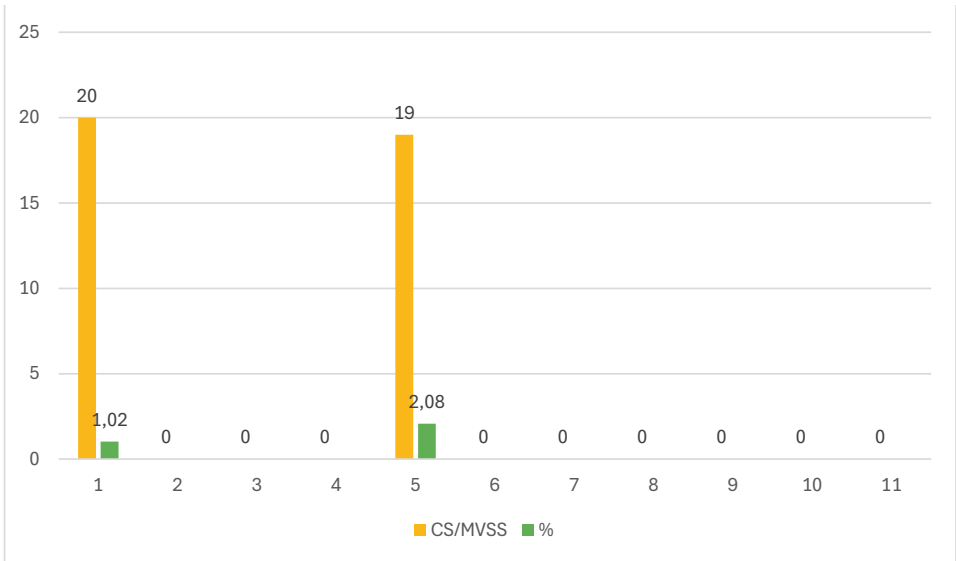
**Cuantía salarial, sistema remuneración, jornada trabajo, horario, distribución
tiempo trabajo y mejora voluntaria seguridad social**



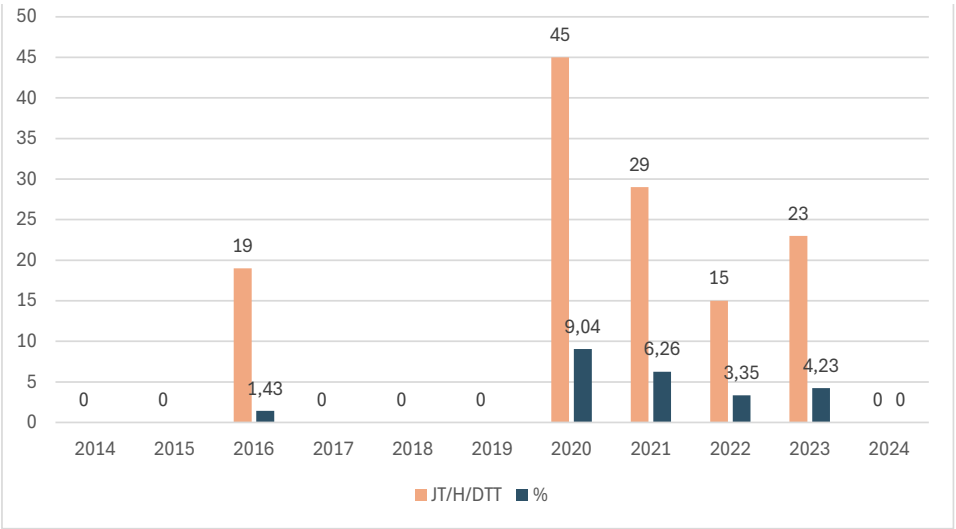
Cuantía salarial, sistema remuneración y mejora voluntaria seguridad social



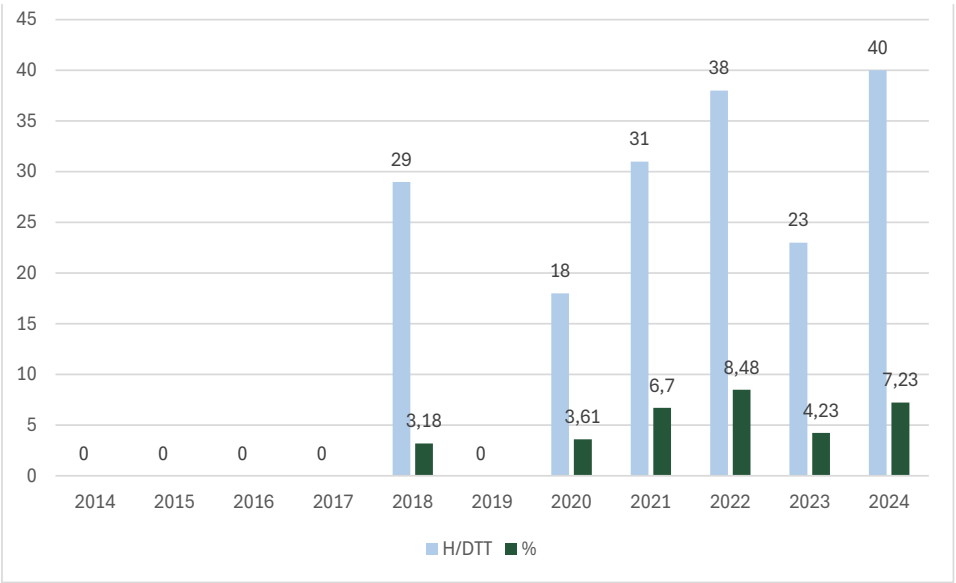
Cuantía salarial y mejora voluntaria seguridad social



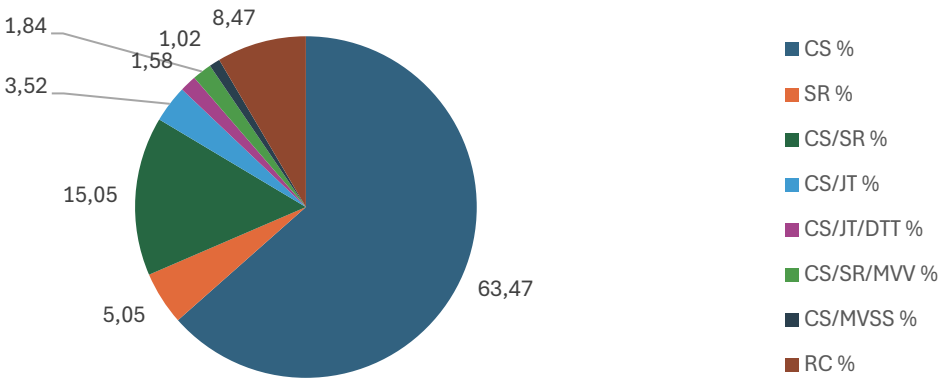
Jornada trabajo, horario y distribución tiempo trabajo



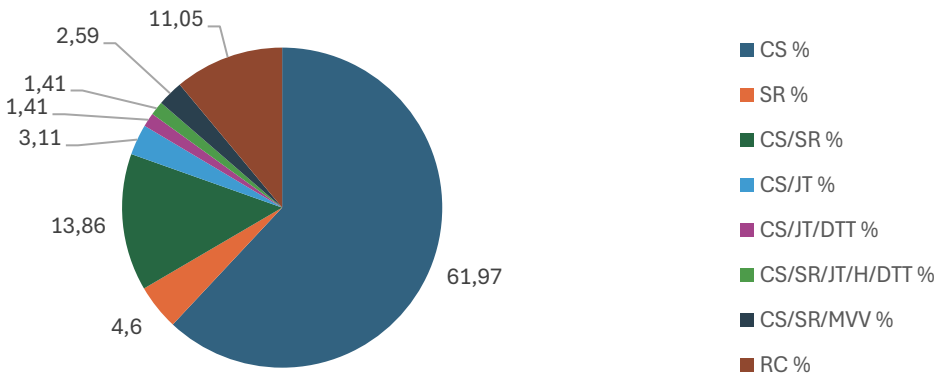
Horario y distribución tiempo trabajo



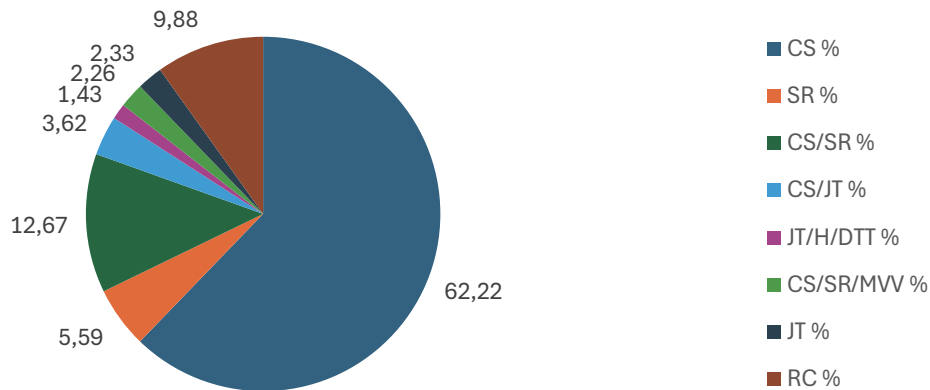
2014



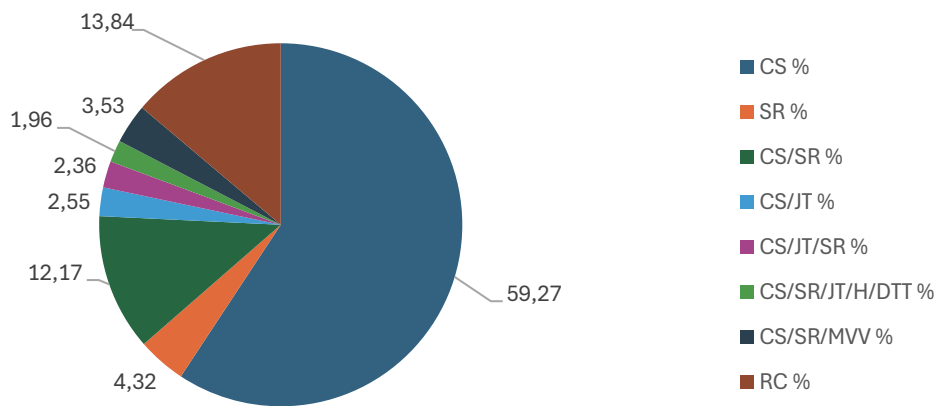
2015



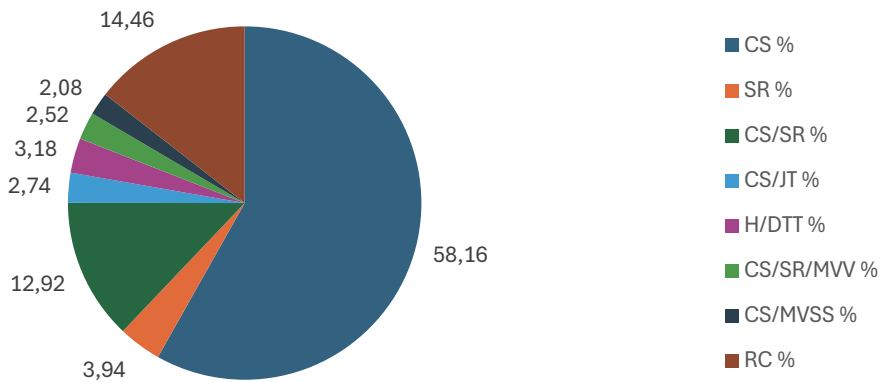
2016



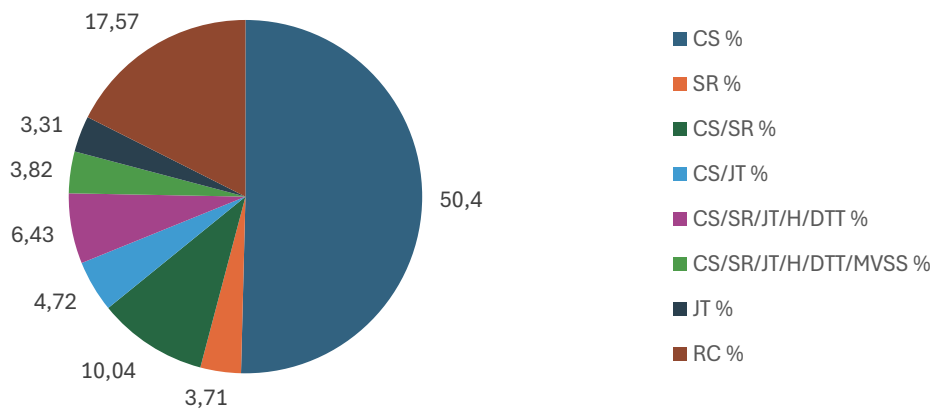
2017



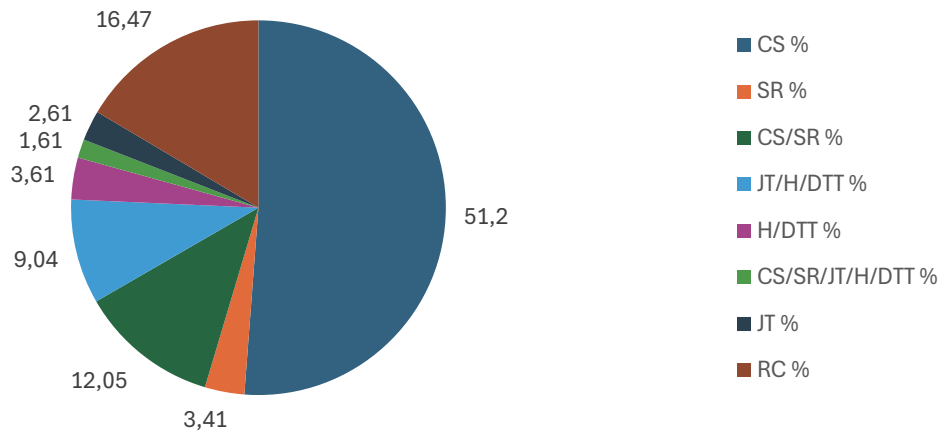
2018



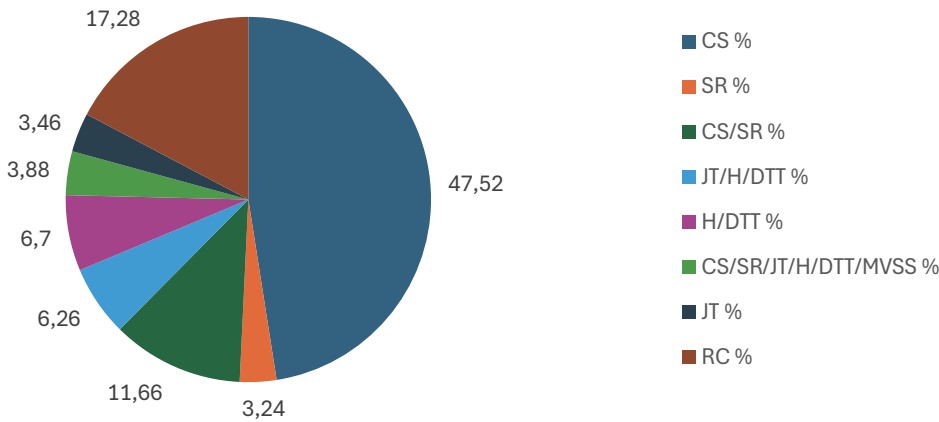
2019



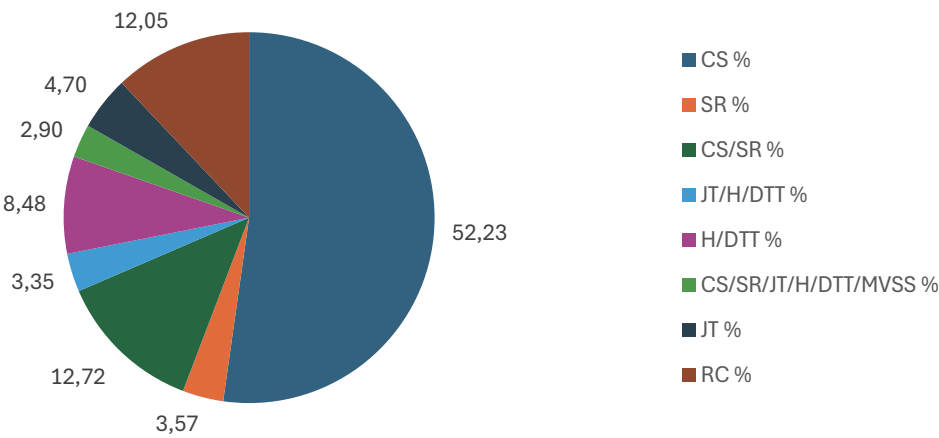
2020



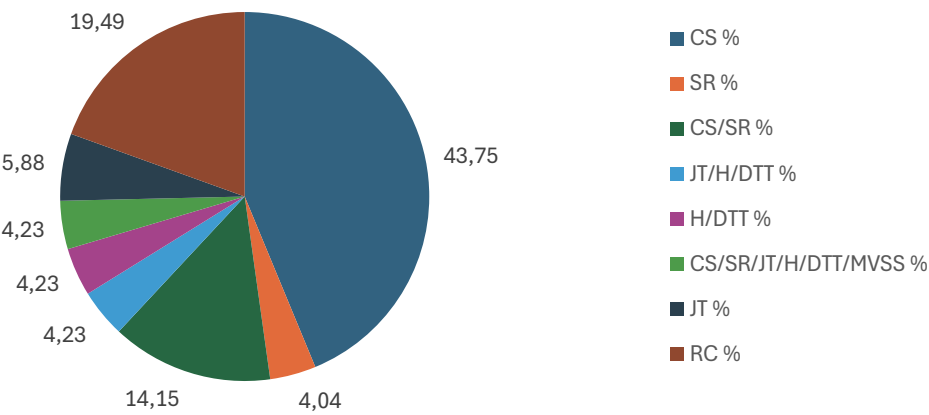
2021



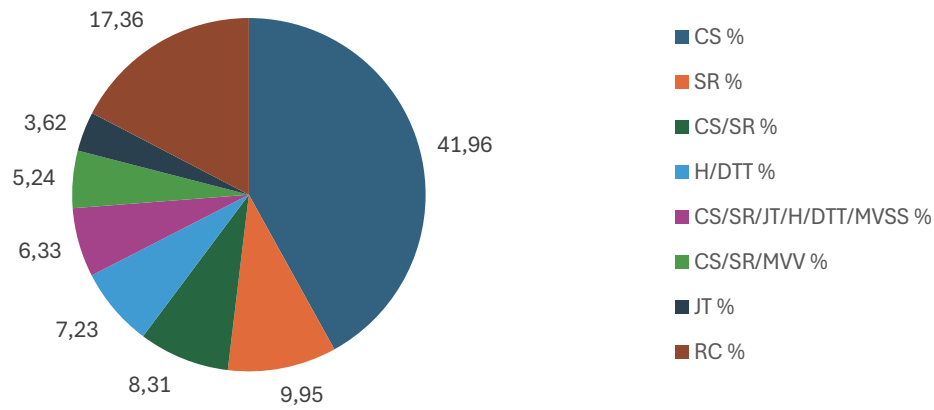
2022



2023



2024



CS	Cuantía salarial
SR	Sistema remuneración
JT	Jornada de trabajo
DTT	Distribución tiempo trabajo
H	Horario
MVSS	Mejora voluntaria seguridad social
RC	Resto condiciones

CAPÍTULO XII

MODIFICACIÓN EMPRESARIAL DE LA ESTRUCTURA Y CUANTÍA DEL SALARIO. CONTRACTUALIZACIÓN DE MEJORAS SALARIALES

CAROLINA BLASCO JOVER

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Alicante

1. LA MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE LA ESTRUCTURA Y CUANTÍA DEL SALARIO

1.1 Fundamento y carácter sustancial de la condición de trabajo

El art. 41.1 ET concede al empresario la posibilidad de modificar sustancialmente las condiciones de trabajo, entre ellas, el sistema de remuneración y la cuantía salarial, fijadas en el contrato, en acuerdos o pactos colectivos o disfrutadas en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos, siempre que existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción. Y es que las peculiaridades que concurren en la relación laboral hacen necesario que el empleador cuente con los medios jurídicos necesarios y suficientes para la satisfacción de su derecho de crédito. El hecho de que la prestación de trabajo suponga una obligación de tracto sucesivo a desarrollar en una organización productiva

le exige ir adaptándola sucesivamente a las múltiples variables condicionantes de la actividad productiva.

Ahora bien, son varios los condicionantes con los que se encuentra el empresario a la hora de ejercitar la facultad que le confiere el precepto estatutario. Por lo pronto, para que opere el mecanismo del citado precepto, la modificación ha de revertir carácter sustancial. La sustancialidad requerida, sin embargo, no depende tanto de la condición de trabajo que se varíe, sino, más bien, de la entidad o importancia de la alteración producida en la condición de que se trate. El término «modificación sustancial» se convierte así en un concepto jurídico indeterminado cuya concreción tendrá que llevarla a cabo el juez caso por caso valorando la importancia cualitativa de la modificación impuesta, su alcance temporal y las eventuales compensaciones pactadas. En esa labor, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sentado que modificación sustancial es «aquella de tal naturaleza que altere y transforme los aspectos fundamentales de la relación laboral, entre ellas, las previstas en la lista *ad exemplum* del art. 41.2 ET pasando a ser otros distintos de modo notorio»¹. La modificación no sustancial, por lo tanto, y *a sensu contrario*, resulta ser una simple modificación accidental, real o potencialmente neutra para el trabajador, derivada, como ya se ha indicado, del *ius variandi* empresarial.

¿Qué supone lo anterior respecto de las dos condiciones de trabajo que aquí interesa, el sistema de remuneración y la cuantía salarial? Veamos. En línea de principio, hay que entender de qué conceptos estamos hablando. De esta forma, un sistema de remuneración se ha entendido que es «un sistema que supone la aplicación de unas normas de valoración que obligan al reconocimiento de la retribución derivada de su resultado, de forma tal que, de no hacerse efectiva, el trabajador afectado ostenta una acción para exigir su cumplimiento»². Y ello en el bien entendido de que «el concepto de remuneración es más amplio que el de salario *ex* art. 26.1 del ET, pues, en lengua castellana, «remunerar» significa tanto como pagar o retribuir, conceptos éstos últimos que equivalen a entregar a una persona dinero «u otra cosa» por un trabajo o un servicio realizado o por cualquier otra causa. Así pues, de la remuneración también forman parte las indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral a los que hace mención el apartado 2 del citado

¹ Entre otras, SSTs 12 septiembre 2016 (rec. 246/2015), 25 noviembre 2015 (rec. 229/2014), 17 abril 2012 (rec. 156/2011), 26 abril 2006 (rec. 2076/2005), 10 octubre 2005 (rec. 183/2004), 22 septiembre 2003 (rec. 122/2002) y 11 diciembre 1997 (rec. 1281/1997), entre otras muchas.

² STS 22 junio 1998 (rec. 4539/1997).

art. 26 y que, conforme al mismo, no tienen la consideración legal de salario»³. En consecuencia, la modificación del sistema de remuneración supone la variación de «la estructura salarial y de la forma de calcular y lucrar los diferentes conceptos retributivos», sean salariales o extrasalariales, de manera que «se altere el sistema hasta entonces aplicado para el devengo de los diferentes pluses y complementos, afectando a su importe, alcance o naturaleza»⁴.

Por su parte, la cuantía salarial es una condición de trabajo que se introdujo, tras la reforma laboral de 2012, como concepto susceptible de modificación sustancial. Hasta ese momento, no cabía la disminución del montante en sí del salario a través de la alteración del sistema de remuneración, al reputarse como dos realidades distintas⁵, aunque tal decisión empresarial sí podía dar lugar a la extinción indemnizada del contrato por la vía del art. 50.1.a) ET⁶. Tras esa fecha, la cuantía en sí de la prestación salarial pue-

³ SSTs 12 septiembre 2016 (rec. 246/2015) y 27 junio 2005 (rec. 94/2004).

⁴ SSTSJ Andalucía (Granada), 18 noviembre 2015 (rec. 1575/2015) y Cataluña, 20 octubre 2005 (rec. 5653/2004).

⁵ La STS 5 junio 2012 (rec. 95/2011) dispone que «la interpretación de lo que deba entenderse por «sistema de remuneración» en el texto estatutario vigente en el caso de autos, anterior a la reforma operada por el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, puede abordarse a través de las tres vías hermenéuticas habituales, la literal, la sistemática y la histórica. Literalmente, «sistema de remuneración» no equivale a «cuantía de la remuneración». Y desde el punto de vista tanto histórico como sistemático, cuando el legislador quiso autorizar la posibilidad de disminuir la cuantía salarial lo hizo introduciendo un nuevo mecanismo, el del descuelgue salarial, completamente distinto y con requisitos más rigurosos que los de la modificación sustancial. Y, en fin, cuando más recientemente ha decidido abrir la posibilidad de alterar la cuantía salarial mediante el procedimiento del artículo 41 ET, lo ha hecho a través del Real Decreto-ley 3/2012 citado, añadiendo en el artículo 41.1.d) las palabras «y cuantía salarial» a las ya existentes anteriormente «sistema de remuneración», prueba inequívoca de que son dos cosas diferentes y de que para que la modificación de la cuantía salarial fuera posible por la vía del artículo 41 ET ha sido necesaria una modificación legislativa que no se hallaba en vigor en el caso de autos». De igual modo, la STS 12 junio 2013 (rec. 103/2012) señala al efecto que «no hay duda que la modificación de la cuantía salarial afecta al núcleo duro, básico, esencial y definitorio de la misma esencia o naturaleza laboral del contrato, de tal modo que, teniendo el derecho del trabajador a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, incluso rango constitucional (artículo 35.1 ET), nuestro ordenamiento jurídico laboral le otorga la máxima protección, hasta el punto de permitir la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, con la máxima indemnización legal, en supuestos de falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado (artículo 50.1.b) del E. T). De ahí, que la jurisprudencia haya sido muy cautelosa al respecto, y esta Sala, al no estar específicamente prevista la alteración salarial en el redactado del artículo 41.1 del Estatuto de los Trabajadores, en la normativa anterior al Real Decreto-Ley 3/2012 y Ley 3/2012, no ha estimado que pudiera ser materia que pudiera dar lugar a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, aunque sí la modificación de la estructura salarial».

⁶ Un ejemplo en STSJ Andalucía (Sevilla), de 9 octubre 2013 (rec. 1837/2012). La sentencia razona que esta decisión empresarial «constituye una novación del contrato, que como tal exige el consentimiento del trabajador, que no se ha producido, pues la medida se ha adoptado unilateralmente y, ello supone un grave incumplimiento del empresario que debe respetar la condiciones pactadas en el contrato de trabajo, como fruto de la autonomía negocial individual de las partes, con el alcance de ser fuente del Derecho del Trabajo, a tenor del artículo 3.1 del Estatuto de los Trabajadores».

de ser modificada cuantitativamente, a la baja, por el empresario siguiendo los cauces del art. 41 ET, aunque siempre con el límite del salario establecido en convenio⁷ y asegurando que ninguna mejora salarial podrá suponer una disminución del salario base establecido en el convenio colectivo de aplicación o en el contrato de trabajo⁸.

Teniendo todo lo anterior en cuenta, se ha considerado sustancial en esta materia y por ejemplo:

- Que se modifique la estructura del salario que afecta a uno de los tres elementos o conceptos constitutivos del mismo, el complemento personal, que pasa de ser una cantidad individualmente fija a dividirse en dos subconceptos: el 60% del importe se mantiene en cuantía fija y el 40% restante que se hace depender de los objetivos mercantiles señalados y alcanzados⁹.

- Que se supedite el percibo de una retribución variable (que se abona como anticipo y sin sujetarse a requisito alguno) a que el trabajador alcance un determinado nivel de ventas¹⁰.

- Tratándose de las pagas extraordinarias, afectaría al sistema de remuneración el hecho de que la empresa alterase los conceptos que la integran, o pretenda introducir modificaciones sobre la forma de cálculo y devengo de los mismos, que de alguna manera incidiese finalmente en la cuantía de las pagas extraordinarias, o simplemente, obligase a los trabajadores a modificar, cualitativa o cuantitativamente, su sistema de trabajo¹¹.

- Que se modifiquen unilateralmente dos elementos de un sistema de incentivos ya muy consolidado¹².

- Que se implante un nuevo método de cálculo de la retribución variable por objetivos que, en comparación con anterior, implica romper el trato igual que en esa materia se venía dispensando a los trabajadores a jornada completa y a jornada parcial, alterándose, además, los tramos de logro de objetivos y del porcentaje a aplicar a cada tramo¹³.

⁷ STS 7 julio 2016 (n.º 639/2016).

⁸ STS 26 noviembre 2014 (rec. 1982/2013).

⁹ STS 6 mayo 1996 (rec. 2682/1995).

¹⁰ STS 20 enero 2009 (rec. 4512/2007). Sobre cambios en el sistema de retribución variable, *vid.* también SSTs 24 marzo 2015 (rec. 8/2014), 2 octubre 2019 (rec. 206/2018), 4 diciembre 2018 (rec. 245/2017), 27 junio 2024 (rec. 168/2022) y 13 marzo 2024 (rec. 7/2022) y SAN 26 marzo 2012 (rec. 40/2012), entre otras. Considerando esta modificación no sustancial, STS 27 enero 2014 (rec. 100/2013).

¹¹ STSJ Cataluña, 20 octubre 2005 (rec. 5653/2004).

¹² STS 23 enero 2014 (rec. 18/2013).

¹³ STS 29 marzo 2022 (rec. 96/2020).

– Que se supriman unilateralmente los tickets restaurante durante el lapso de confinamiento al tratarse de una ayuda que, por acuerdo con los representantes, se había integrado en la estructura retributiva teniendo en cuenta su afectación masiva, la indeterminación inicial de la supresión y que la misma no resultaba inocua económicamente¹⁴.

– Que se modifique el período de tiempo en el que se abona un determinado plus de desplazamiento establecido éste en la empresa a través de una condición más beneficiosa¹⁵.

– Que se reduzca de modo considerable la cuantía del bono que se venía percibiendo¹⁶.

– Que se modifique sin seguir el cauce del art. 41 ET el plus de función creado por decisión unilateral del empresario de efectos colectivos¹⁷.

– Que se suprima el complemento denominado Campaña de Navidad de naturaleza colectiva, acordada unilateralmente por la empresa sin acudir a los trámites del art. 41 ET, que afectaba a la cuantía final de un complemento percibido durante más de dos décadas y también al personal modificando su salario, en unos casos para minorar en parte el percibo, y en otros para provocar su supresión¹⁸.

– Que se suprima de modo unilateral el salario en especie¹⁹.

– Que se ajuste el importe de las dietas para manutención por desplazamientos al extranjero, con total omisión del procedimiento legal establecido, porque ni el carácter extrasalarial de la dieta descarta la aplicación del art. 41 ET cuando se introduzcan cambios importantes, ni la percepción de cuantías superiores a las del convenio aplicable excluye el carácter sustancial de la modificación. Y es que para calificar la sustancialidad de una concreta modificación habrá de ponderarse su importancia cualitativa, su alcance temporal e incluso las eventuales compensaciones²⁰.

– Que se imponga un sistema de uso de vehículo empresa que implica para el trabajador asumir el 20% del importe del *renting*, cuando antes se le concedía la oportunidad de optar por un uso meramente profesional del vehículo, sin coste alguno²¹.

¹⁴ STS 18 noviembre 2021 (rec. 81/2021).

¹⁵ STS 27 febrero 2020 (rec. 201/2018).

¹⁶ STS 19 septiembre 2011 (rec. 189/2010).

¹⁷ STS 20 enero 2009 (rec. 133/2007).

¹⁸ STS 28 enero 2020 (rec. 176/2018).

¹⁹ STS 3 mayo 2017 (rec. 386/2017).

²⁰ STS 12 septiembre 2016 (rec. 246/2015).

²¹ STS 3 abril 2018 (rec. 106/2017).

– Que se alteren los criterios de evaluación del sistema de promoción profesional y económica para el devengo de ciertos complementos²².

Por su parte, no se ha considerado una modificación sustancial:

– La decisión del empleador consistente simplemente en reordenar el momento temporal concreto de pagar un determinado concepto retributivo, sin alterar la estructura salarial ni introducir modificación alguna que afecte al sistema de remuneración de sus trabajadores, sino solamente acordando que las pagas extraordinarias de junio y Navidad se abonen prorrateadas en las doce mensualidades. Y ello porque no se ha entendido como comprendido en el art. 41.1.d) ET lo que simplemente es una reordenación en la forma del pago del salario, que no tiene la menor incidencia en la cuantía del mismo y ni siquiera en la forma de su determinación²³.

– La reducción unilateralmente decidida por la entidad empleadora del complemento retributivo que deriva de un claro incumplimiento empresarial de su obligación en materia salarial, con la consiguiente vulneración del derecho del trabajador a percibir la remuneración pactada²⁴.

– Un mero ajuste sobre el cambio estructural ocurrido en los años anteriores, de tal modo que el incremento salarial del año en curso no se hace proporcionalmente entre los tres conceptos retributivos: componente fijo, componente variable y complemento de puesto; sino que prioriza el incremento del componente variable y, en su defecto, del complemento de puesto²⁵.

– La implantación de una aplicación informática que no comporta una modificación sustancial del sistema de devengo de la retribución variable, pues no exige que el trabajador dé su consentimiento a los objetivos fijados por la empresa, ni supone tampoco la introducción como un nuevo requisito de los PDI (plan de desarrollo individual), que ya existían con anterioridad en la empresa y únicamente han sido homogeneizados para permitir una mejor gestión de los mismos, e incluso una mayor transparencia en beneficio de los propios trabajadores que disponen de la posibilidad de controlar su evolución que hasta entonces no tenían²⁶.

²² STS 26 noviembre 2019 (rec. 97/2018).

²³ STSJ Cataluña, 20 octubre 2005 (rec. 5653/2004).

²⁴ STS 13 junio 2022 (rec. 297/2020).

²⁵ STS 22 julio 2022 (rec. 9/2021).

²⁶ STS 14 mayo 2020 (rec. 214/2018).

– La modificación del sistema de retribución de gastos y suplidos contraídos por los trabajadores por cuenta de la empresa, consistente en la utilización de una tarjeta de crédito con cargo a una cuenta bancaria de titularidad exclusiva del trabajador, de tal manera que todos los gastos incurridos por el desempeño del trabajo son abonados con cargo a esta cuenta. No puede calificarse de oneroso un sistema que descansa sobre el anticipo de los gastos por parte de un tercero –la titular de la tarjeta de crédito– y que ningún daño produce al trabajador cuando éste justifica en plazo los gastos efectuados con la tarjeta ²⁷.

– La supresión del plus de quebranto de moneda a los trabajadores que manejen dinero efectivo en las estaciones de servicio con motivo en las medidas de restricción frente a la crisis sanitaria originada por el COVID ²⁸.

– El cambio en la distribución mensual del salario permaneciendo invariable su cuantía anual ²⁹.

– La reducción a la mitad de un determinado complemento salarial percibido por el trabajador ³⁰.

– La decisión empresarial de homogeneizar las nóminas de los trabajadores no supone una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, puesto que el conflicto afecta a los trabajadores en cuyas relaciones de trabajo se subrogó la empresa años atrás y que tenían un reconocido un complemento de antigüedad con arreglo a sus convenios colectivos, integrándose este en concepto de antigüedad consolidada. No se produce, en este caso, vulneración alguna puesto que la empresa acredita que el importe anual de dicho concepto no sólo no se ha visto reducido, sino que se ha ido incrementado ³¹.

– La modificación de los parámetros en función de los cuales se calculan los incentivos, no estando el derecho a los percibirlos fijado en ninguna norma, pacto colectivo o contrato, habiéndose acreditado la existencia de cambios previos realizados por la empresa al no estar implantado un sistema invariable o consolidable, y sin que exista prueba alguna de una repercusión negativa en la cuantificación de aquellos ³².

²⁷ STS 10 noviembre 2015 (rec. 261/2014).

²⁸ STS 11 diciembre 2024 (rec. 272/2022).

²⁹ STS 10 marzo 2021 (rec. 4120/2018).

³⁰ STS 13 junio 2022 (rec. 297/2020).

³¹ STS 22 enero 2013 (rec. 290/2011).

³² STS 26 marzo 2021 (rec. 3037/2018). En el mismo sentido, SSTS 7 junio 2023 (rec. 201/2021) y 5 diciembre 2019 (rec. 135/2018).

1.2 Origen de las condiciones de trabajo. Breve apunte sobre la condición más beneficiosa contractual de naturaleza salarial

Como indica el art. 41.2 ET, la modificación sustancial tan sólo podrá afectar a condiciones «reconocidas a los trabajadores en el contrato de trabajo, en acuerdos o pactos colectivos o disfrutadas por estos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos». Por lo tanto, sólo puede alterarse el sistema de remuneración o la cuantía salarial cuando, de un lado, estos conceptos se recojan en un «acuerdo o pacto colectivo», esto es, en un convenio extraestatutario³³, o cuando hayan sido incorporados al nexo contractual a través del acuerdo de las partes o, en fin, cuando deriven de una condición más beneficiosa de origen contractual de efectos colectivos³⁴.

Por lo que atañe a las mejoras contractuales salariales, no está de más recordar que, con fundamento en lo que dispone el art. 3.1.c) ET, el empresario puede incrementar a través del pacto contractual el salario convencional que perciben los trabajadores. Es de este modo por el que nace la condición más beneficiosa contractual de naturaleza salarial que o bien puede pactarse expresamente en el contrato o en un momento posterior (y, por lo tanto, estará documentada) o bien puede nacer de un pacto tácito, implícito, entre el empresario y los trabajadores afectados, en cuyo caso es necesario precisar que «para que pueda sostenerse la existencia de una condición más beneficiosa es indispensable que ésta se haya adquirido y disfrutado en virtud de la consolidación del beneficio que se reclama por obra de una voluntad inequívoca de su concesión, de suerte que la ventaja que se concede se haya incorporado al nexo contractual en virtud de un acto de voluntad constitutivo de una concesión o reconocimiento de un derecho y se pruebe, en fin, la voluntad empresarial de atribuir a sus trabajadores una ventaja o un beneficio social que supera a los establecidos en las fuentes legales o convencionales de regulación de la relación contractual de trabajo. Es la incorporación al nexo contractual de ese beneficio el que impide poder extraerlo del mismo por decisión unilateral del empresario, manteniéndose, en definitiva, el principio de intangibilidad unilateral de las condiciones más beneficiosas adquiridas y disfrutadas»³⁵.

³³ SSTs 19 septiembre 2017 (rec. 182/2016) y 23 octubre 2015 (rec. 169/2014). No así cuando estén contemplados en convenio colectivo estatutario, pues, como se conoce, la inaplicación de condiciones de trabajo pactadas en este mecanismo se articula por la vía del art. 82.3 ET. Al respecto, STS 29 junio 2017 (rec. 186/2016).

³⁴ SSTs 29 marzo 2022 (rec. 120/2019) y 27 febrero 2020 (rec. 201/2018).

³⁵ STS 12 julio 2011 (rec. 4568/2010, entre otras muchas). Por su parte, en el ámbito del sector público, se ha dictaminado que «cuando se trata de Administraciones Públicas el obligado acatamiento del principio de legalidad se cualifica con el sobreañadido sometimiento a los específicos principios de com-

Elementos indiciarios de la existencia de una condición más beneficiosa de origen contractual pactada tácitamente son, en consecuencia, la reiteración en el tiempo, esto es, la continuidad y regularidad en su disfrute, y la voluntad inequívoca del empresario de conceder esta mejora. De este modo y con ánimo ejemplificativo, han sido consideradas condiciones más beneficiosas contractuales de naturaleza salarial:

- Las subvenciones abonadas a los trabajadores por los gastos de desplazamiento, que venían pacíficamente percibiendo en cuantía fija desde los años noventa³⁶.

- La conducta de la empresa que se instaura desde hace más de cinco años consistente en abonar a todos sus trabajadores la retribución correspondiente al salario fijo (compuesto por salario base y complemento personal) de la siguiente manera: la parte destinada al salario base en mayor cuantía a la fijada en las tablas salariales y la correspondiente al complemento personal en importe inferior³⁷.

- La práctica de la empresa de abonar los salarios dentro del mes de devengo dado el impacto vital que tiene sobre los trabajadores la fecha de cobro del salario³⁸.

- El abono de los gastos de manutención y medias dietas que viene pagando la empresa a sus trabajadores a pesar de que realizan su trabajo en las oficinas de la empresa y sin generar gasto adicional alguno³⁹.

- El servicio de transporte a la empresa que ésta ofrece a todos sus empleados desde hace más de treinta años y que, además, puede considerarse salario en especie⁴⁰.

- La posibilidad de que los empleados y pasivos de la entidad bancaria mantengan cuentas corrientes abiertas en el propio banco, que ha existido

petencia, de igualdad y presupuestario, que excluyen la posible obtención de una condición más beneficiosa cuando la misma se oponga a norma legal de Derecho necesario o prohibición expresa de convenio colectivo, o cuando, por parte empresarial, se carezca de la debida competencia para atribuirlo. Ello no ha supuesto negar la posibilidad de que los trabajadores que prestan servicios para las Administraciones Públicas puedan ver reconocidos derechos nacidos en la voluntad inequívoca de su empleadora, por encima de los mínimos legales o convencionales. Lo que hemos afirmado es que, además de constatar el origen de la misma en dicha voluntad, ha de hacerse un análisis sobre la competencia del órgano que la atribuye. De ahí que haya de negarse cuando los gestores de entidades administrativas tengan prohibido pactar acuerdos u otorgar condiciones laborales ajenas a la legalidad y/o al convenio colectivo de aplicación» (STS 13 julio 2017, rec. 2976/2015, entre otras).

³⁶ STS 25 abril 2019 (rec. 172/2017).

³⁷ STS 17 julio 2024 (rec. 278/2022).

³⁸ STSJ Islas Canarias (Las Palmas de Gran Canaria), 13 abril 2021 (rec. 10/2021).

³⁹ STS 12 septiembre 2019 (rec. 105/2018).

⁴⁰ STSJ Aragón, 9 noviembre 2012 (rec. 638/2012).

desde 1956 sin interrupción, que no se halla expresamente modulada por circulares internas emitidas por la empresa y que ha exigido la puesta en marcha y mantenimiento de una determinada estructura organizativa para su funcionamiento⁴¹.

- El abono de incentivos por tratarse de una práctica prolongada en el tiempo y al margen del convenio colectivo⁴².

- El abono de las pagas extraordinarias incluyendo conceptos adicionales a los que figuran en los sucesivos convenios colectivos, en concreto, el salario base, el complemento de categoría, el plus lineal, la antigüedad, las cantidades a cuenta de convenio, las mejoras voluntarias y la parte proporcional de la paga de beneficios⁴³.

Por el contrario, la falta de reiteración⁴⁴ y/o la falta de compromiso empresarial tendrán la significación opuesta⁴⁵. Y ello porque «para que se dé una condición más beneficiosa no basta la repetición o la persistencia en el tiempo, sino que es preciso que la actuación persistente descubra la voluntad empresarial de introducir un beneficio que incremente lo dispuesto en la ley o en el convenio. Es preciso que se dé la intencionalidad empresarial o voluntad de mejorar y conceder un beneficio. Para que el disfrute por el trabajador de un beneficio laboral alcance el valor de una condición más beneficiosa o derecho

⁴¹ STS 22 septiembre 2011 (rec. 204/2010).

⁴² STSJ Cataluña, 17 marzo 2016 (rec. 314/2016).

⁴³ STSJ Madrid, 3 marzo 2020 (rec. 48/2020).

⁴⁴ Por ejemplo, no es una mejora contractual de carácter salarial la retribución variable que es establecida anualmente por la empresa en función de la consecución de objetivos (STS 7 julio 2010, rec. 196/2009). Como tampoco lo es y, por ello, es lícita su supresión unilateral por el empresario, la eliminación del plus quebranto de moneda cuando el empleado deja de manejar dinero en su puesto a causa de las restricciones impuestas por el COVID-19 (STSJ Andalucía, Sevilla, 4 marzo 2022, rec. 31/2021) o la supresión de los tickets comida mientras dure el estado de alarma provocado por la crisis sanitaria antedicha (STS Madrid, 17 noviembre 2022, rec. 776/2022).

⁴⁵ Un ejemplo en STS 11 enero 2024 (rec. 344/2021) que indica que no existe condición más beneficiosa por el solo hecho de haber estado abonando la empresa «el plus de transporte durante ocho meses a 41 trabajadores que prestan servicios en turno de noche y suscribieron un acuerdo sobre teletrabajo y que lo percibían con anterioridad por su trabajo presencial: los términos del acuerdo de teletrabajo no permiten tener por acreditado que la empresa quisiera mantenerlo en la situación de teletrabajo, a pesar de que el convenio colectivo lo fija para casos en los que la actividad laboral requiera de un desplazamiento. Y es que 1.º dicho plus en el convenio colectivo no viene establecido como concepto salarial; 2.º si el pacto de teletrabajo era mantener las condiciones que, disfrutadas, venían determinadas por el convenio colectivo, no es posible entender que el plus estuviera entre ellas cuando dichos trabajadores pasaban a teletrabajar y lo contrario no consta acreditado y 3.º el abono en nómina de ese concepto retributivo tan solo se mantuvo durante escasos nueve meses». De igual modo, se ha entendido lícita la modificación unilateral de un plan de adquisición de acciones de la empresa que no tiene el carácter de condición más beneficiosa en cuanto se trata de un plan discrecional, condicionado al cumplimiento de determinados requisitos y en el que se reconoce el derecho de la empresa a modificarlo o cancelarlo en cualquier momento. Así, STS 29 mayo 2018 (rec. 60/2017).

adquirido ni es suficiente que el beneficio tenga duración en el tiempo, ni es tampoco precisa esa nota de la duración o persistencia. Para que la mejora tenga la virtualidad [de ser una condición más beneficiosa contractual], reconociendo así la función reguladora de la voluntad de las partes en la determinación de los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral, sería preciso que quede acreditado el establecimiento voluntario de una mejora en la fijación del salario por encima de lo dispuesto en el convenio colectivo»⁴⁶.

De este modo, es común admitir que existen ciertos factores que pueden privar del carácter contractual a las mejoras salariales. Así, la concesión de la supuesta mejora cuando está ligada a las circunstancias del trabajo desempeñado, pues, en estos supuestos, quizás se podría estar más ante un complemento salarial o una percepción extrasalarial que ante una condición más beneficiosa contractual⁴⁷. De igual modo, también desvirtúa la existencia de la mejora contractual un error empresarial de carácter excusable, como lo podría ser un error de cálculo en la confección de las nóminas⁴⁸. Finalmente, cabe diferenciar a la condición más beneficiosa de la mera liberalidad o tolerancia empresarial, tarea ésta nada fácil porque habrá que desentrañar si, pese a la regularidad en el disfrute, concurre en el supuesto de que se trate evidencia reveladora de la voluntad inequívoca e ineludible de conceder esa mejora salarial como derecho adquirido⁴⁹.

Por lo demás, las mejoras contractuales no pueden ser ilícitas ni contrarias a lo preceptuado en disposiciones legales, reglamentarias o convencionales. Particularmente, ello conduce a que puedan suprimirse ciertas ventajas por imposición legal⁵⁰ y a que las mismas deban respetar el principio de igualdad de trato y no discriminación, lo que es tanto como decir que la diferencia salarial no debe tener un significado discriminatorio por incidir en alguna de las causas prohibidas en la Constitución o en el Estatuto de los Trabajadores⁵¹. Sí

⁴⁶ STS 7 junio 1993 (rec. 2120/1992).

⁴⁷ STS 12 marzo 1997 (rec. 2144/1996).

⁴⁸ Un par de ejemplos en STSJ Aragón, 10 febrero 2010 (rec. 38/2010) y SJS n.º 4 Sevilla, 16 septiembre 2002 (proc. 250/2001).

⁴⁹ Entre otras muchas, SSTS 11 enero 2024 (rec. 344/2021), 4 marzo 2013 (rec. 4/2012) y 24 septiembre 2004 (rec. 119/2003).

⁵⁰ Unos ejemplos en SSTS 7 septiembre 2022 (rec. 32/2021) y 8 marzo 2017 (rec. 70/2016) y STSJ Galicia 29 mayo 2015 (rec. 309/2015).

⁵¹ Se ha entendido, al respecto, que es lícita la desaparición de la condición más beneficiosa para convertirse en un complemento específico, porque, ante una situación de discriminación retributiva por razón de sexo (complemento salarial conocido como «condición más beneficiosa» que reciben exclusivamente los varones, excepto una mujer que obtuvo su reconocimiento por sentencia), la decisión empresarial de distribuir el importe de aquel complemento entre toda la plantilla sin distinción de sexo, ante la imposibilidad de abono a todos los trabajadores por razones económicas, resulta conforme a derecho. Así, STSJ Galicia, 21 diciembre 2012 (rec. 4168/2012).

que se admite, sin embargo, como consecuencia de la aplicación de la mejora retributiva, que pueda existir un distinto tratamiento salarial entre unos trabajadores, los que ya la venían disfrutando, y los de nuevo ingreso, que no la percibirían⁵². Y es que como indica la STC 34/1984, 9 marzo, «la exclusión de un principio absoluto de igualdad en el marco de las relaciones laborales entre sujetos privados no es otra cosa que el resultado de la eficacia del principio de autonomía de la voluntad, que, si bien aparece fuertemente limitado en el Derecho del Trabajo, por virtud, entre otros factores, precisamente del principio de igualdad, no desaparece, dejando un margen en que el acuerdo privado o la decisión unilateral del empresario en ejercicio de sus poderes de organización de la empresa, puede libremente disponer la retribución del trabajador respetando los mínimos legales o convencionales. La propia ordenación del sistema de fuentes laboral parte del reconocimiento de este papel de la autonomía de la voluntad, pues lo que impone el artículo 3 del Estatuto de los Trabajadores es una articulación de las distintas regulaciones –normativas y contractuales– a partir del principio de norma mínima, de forma que el contrato de trabajo podrá siempre, salvo supuestos excepcionales de reglas de derecho necesario absoluto, mejorar las condiciones mínimas establecidas por la ley y el convenio colectivo, sin someterse a una exigencia absoluta de trato igual, que establecería una extraordinaria rigidez en la contratación y un control exorbitante de la discrecionalidad de la gestión empresarial privada; control que sería además muy difícil de instrumentar en la práctica». En un sentido similar, la STS 21 octubre 2014 (rec. 308/2013) dispone que «la eficacia del principio de autonomía de la voluntad deja margen a que por acuerdo privado o por decisión del empresario unilateral en el ejercicio de los poderes de organización de la empresa, [ésta] pueda libremente disponer de la retribución del trabajador imputando los mínimos legales o convencionales, [pero ello] en la medida en que la diferencia salarial no tenga un significado discriminatorio», por lo que admite que en «el ámbito de las relaciones privadas en el que el convenio colectivo se incardina, los derechos fundamentales, y entre ellos el de igualdad,

⁵² Entre otras muchas, SSTS 23 febrero 2021 (rec. 112/2019), 14 febrero 2017 (rec. 43/2016) y 28 abril 2005 (rec. 72/2004) y STSJ Islas Canarias (Santa Cruz de Tenerife), 12 junio 2019 (rec. 211/2019). Por reseñar algún argumento, razona la STS 28 abril 2005 (rec. 72/2004) que «la consolidación de la paga acordada era referida exclusivamente a la plantilla entonces existente, que o bien ya había percibido alguna vez la paga o bien, ingresados últimamente, habían trabajado un período de tiempo suficiente para su cobro proporcional. De este modo, no se entiende que el trabajador que ingresase con posterioridad pudiera consolidar algo que nunca había disfrutado». De igual parecer es la STS 7 julio 2005 (rec. 101/2004) que sostiene que «no hay razón suficiente para que, advertido el origen [contractual] de tales mejoras, hubieran también de ser atribuidas a aquellos trabajadores que accedieron a la empresa con posterioridad al acaecimiento de los hechos o circunstancias que habían motivado su concesión».

han de aplicarse matizadamente, haciéndolos compatibles con otros valores que tienen su origen en el principio de la autonomía de la voluntad con independencia de que el convenio colectivo, como fuente reguladora de la relación laboral, según el artículo 3 del ET, tiene que someterse y ajustarse a los dictados de la Constitución, de la Ley y de los reglamentos, respetando en todo caso los principios y los derechos constitucionales». Partiendo, pues, de la doctrina expuesta, el hecho de que la mejora salarial, como antes se ha dicho, no se extienda al personal de nuevo ingreso⁵³ no vulnera el principio de igualdad ya que responde a una decisión empresarial adoptada voluntaria y lícitamente, existiendo un motivo justo y razonable para la desigualdad de trato.

1.3 Las causas justificativas de la modificación

La decisión del empresario de modificar sustancialmente el sistema de remuneración y la cuantía salarial debe ser necesariamente causal, lo que significa que siempre debe fundamentar su decisión de modificación unilateral en «probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción». Al respecto, el art. 41.1 ET añade que «se considerarán tales las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa». Por lo tanto, la modificación no se presenta como un simple medio para lograr solventar una situación de crisis empresarial ni para lograr aumentar el beneficio empresarial, sino, más bien, para intentar corregir de modo racional ciertas deficiencias que se puedan haber detectado en los diversos planos que el art. 41.1 ET contempla (económico, productivo, técnico u organizativo)⁵⁴.

Con todo, que la definición de las causas no sea tan explícita como, por ejemplo, sucede en el art. 47 ET, no implica en modo alguno que el empleador pueda introducir, sin ningún tipo de racionalidad y proporcionalidad, la modificación de que se trate. Habrá de probar la causa y su conexión con la concreta deficiencia o problema que aprecie en la competitividad, en la productividad o a nivel organizacional, so pena de que el órgano judicial la declare injustificada por inexistencia de causa. En esta línea que se acaba de apuntar, a nivel

⁵³ Incluso si ha existido una subrogación empresarial, pues como razona la STSJ Asturias, 20 septiembre 2013 (rec. 1169/2013), «se justifica la desigualdad salarial con los trabajadores contratados con posterioridad a la subrogación, pues el Estatuto de los Trabajadores impone a la empresa la obligación de mantener los derechos que aquéllos han consolidado, no la de extenderlos a otros». En igual sentido, STSJ Cantabria, 29 mayo 2014 (rec. 231/2014).

⁵⁴ STS 9 septiembre 2020 (rec. 13/2018).

judicial se han sentado las siguientes premisas sobre el modo en que deba realizarse el control judicial de la modificación sustancial⁵⁵.

Así, se ha dictaminado que los Tribunales, a efectos de controlar la existencia de la causa cuando se adoptan medidas laborales de flexibilización, pueden tomar en consideración la definición de las razones económicas, técnicas, organizativas y de producción que se lleva a cabo en otros preceptos del Estatuto de los Trabajadores, como son el art. 47 (en materia de suspensión del contrato o reducción de jornada), el art. 51 (con relación al despido colectivo) o el art. 82.3 (respecto de la inaplicación de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo). Ello parece apuntar, en materia de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, a la exigibilidad de los mismos presupuestos de «pérdidas» y/o «disminución de ingresos», «cambios» en medios o instrumentos de producción, sistemas y métodos de trabajo y demanda de productos o servicios a que se refieren los arts. 47 ET, 51 ET y 82.3 ET. No obstante, se ha dicho igualmente que el nivel de exigencia no puede ofrecer la misma intensidad en las modificaciones sustanciales que en los otros supuestos por dos motivos fundamentales: porque se atribuye un valor meramente orientativo a los preceptos referenciados y por el respeto que ha de tenerse por la redacción literal del art. 41.1 ET, que califica como causas suficientes (económica, técnica, organizativa o de producción) a las que «estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa». De hecho, la menor concreción de las causas en el art. 41 ET con respecto a la mayor explicación que se da de éstas en el art. 51 ET obedece a que los intereses en juego no son los mismos cuando la decisión empresarial supone la pérdida del empleo que cuando significa un mero cambio en el modo o en las circunstancias de ejecución del trabajo. La distinta valoración o ponderación de estos intereses explica que la facultad de gestionar con flexibilidad interna la organización del trabajo se atribuya al empresario con márgenes más holgados que la facultad de flexibilidad externa o de reestructuración de la plantilla, la cual ha de encontrar un punto adecuado de equilibrio entre la libertad de empresa y el derecho al trabajo de los trabajadores despedidos⁵⁶. Finalmente, se concluye que el hecho de que el procedimiento negociador finalice con acuerdo supone activar la presunción de que existen las causas (art. 41.4

⁵⁵ STC 8/2015, 22 enero y SSTs 9 septiembre 2020 (rec. 13/2018), 18 noviembre 2015 (rec. 19/2015), 16 julio 2015 (rec. 180/2014) y 1 octubre 2014 (rec. 214/2013)

⁵⁶ De este modo y por ejemplo, se ha considerado justificada la modificación consistente en adecuar los costes salariales del servicio a la situación de crisis económica porque la empleadora sigue presentando una complicada situación económica. Así, STSJ Islas Canarias (Las Palmas de Gran Canaria), 15 febrero 2016 (rec. 1188/2015).

ET), ello no comporta que el control judicial sea imposible, ni tampoco obstaculiza que quien impugne la validez del acuerdo pueda desplegar todo su arsenal probatorio y argumental en esa línea.

1.4 Procedimiento para introducir la modificación dependiendo de su carácter individual o colectivo

El art. 41 ET articula dos mecanismos para introducir la modificación según sea ésta individual o colectiva. De este modo y como se conoce, dispone el art. 41.2 ET que serán de carácter colectivo aquellas modificaciones que, en un periodo de noventa días, afecten al menos a 10 trabajadores, en las empresas que ocupen menos de 100 trabajadores, el 10% del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre 100 y 300 trabajadores y 30 trabajadores, en las empresas que ocupen más de 300 trabajadores. Las modificaciones individuales serán, por su lado, todas aquéllas que no alcancen dichos umbrales numéricos. La diferencia, como se ha dicho, es del todo punto relevante porque ya sea la modificación de un tipo o de otro habrá de seguirse un procedimiento más simple para las individuales o más complejo para las colectivas, requiriendo éstas últimas de la apertura de un proceso negociador con los representantes de los trabajadores.

En efecto, por lo que atañe a las modificaciones de carácter individual, bastará con que la decisión del empresario sea «notificada al trabajador afectado y a sus representantes legales con una antelación mínima de 15 días a la fecha de su efectividad»⁵⁷. El término «notificación» indica que la comunicación debe realizarse por escrito. Y, aunque el precepto guarda silencio al respecto, es evidente que la notificación deberá contener los motivos que supuestamente justifican la decisión modificativa, expresados con la claridad suficiente para no producir una situación de indefensión del trabajador de cara a una posible reclamación judicial, así como su relación con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa⁵⁸. Más compleja es la introducción de las modificaciones colectivas, porque el empresario habrá de negociar la medida que pretende adoptar con los representantes de los trabajadores, so pena de la nulidad de la medida modificativa adoptada⁵⁹. A estos efectos, señala el art. 41.4 ET que «la decisión de modificación sustan-

⁵⁷ Un trámite que ni el convenio colectivo podría eliminar. Así, STS 15 octubre 2007 (rec. 47/2006).

⁵⁸ STSJ Castilla-La Mancha, 23 noviembre 2017 (rec. 1548/2016).

⁵⁹ Un par de ejemplos en SSTs 29 marzo 2022 (rec. 96/2020) y 6 octubre 2015 (rec. 313/2014).

cial de condiciones de trabajo de carácter colectivo deberá ir precedida de un periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores, de duración no superior a 15 días, que versará sobre las causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados». Ello no obstante, si bien el precepto estatutario exige la apertura de las consultas, éste es un trámite del que el convenio puede válidamente disponer al quedar autorizado legalmente a contemplar un procedimiento específico diferente y presumiblemente más garantista que el establecido legalmente. Igualmente, se prevé que las partes puedan sustituir, «en cualquier momento», el periodo de consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje que sea aplicable en la empresa.

Importante también en este contexto es conocer con quién debe negociar el empresario. Así, dispone el art. 41.4 ET que el empresario debe negociar con «los representantes legales de los trabajadores». Y añade que «la intervención como interlocutores ante la dirección de la empresa en el procedimiento de consultas corresponderá a las secciones sindicales cuando estas así lo acuerden, siempre que tengan la representación mayoritaria en los comités de empresa o entre los delegados de personal de los centros de trabajo afectados, en cuyo caso representarán a todos los trabajadores de los centros afectados». Por lo tanto, si bien es cierto que el período de consultas puede entablarse con los representantes unitarios de los trabajadores, si hubiera secciones sindicales con presencia mayoritaria en el órgano de representación unitaria, éstas tendrán preferencia para negociar si así lo deciden. De este modo, sólo en el caso de que las secciones sindicales no tomaran esta decisión, podrá participar en las consultas el órgano de representación unitaria, disponiendo, a estos efectos, la norma estatutaria que:

1) Si el procedimiento afecta a un único centro de trabajo, corresponderá al comité de empresa o a los delegados de personal. Con todo, si no existiera representación legal de los trabajadores en ese centro de trabajo, los trabajadores podrán optar por atribuir su representación a una comisión *ad hoc*, formada por tres miembros máximo, de carácter laboral (esto es, integrada por trabajadores de la propia empresa elegidos democráticamente para acometer esta función) o de carácter sindical (esto es, integrada, en función de su representatividad, por miembros de los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma). A su vez, si se opta por la comisión sindical, el empresario podrá

atribuir su representación a las organizaciones empresariales en las que estuviera integrado, pudiendo ser las mismas más representativas a nivel autonómico, y con independencia de que la organización en la que esté integrado tenga carácter intersectorial o sectorial.

2) Si el procedimiento afecta a más de un centro de trabajo, la intervención como interlocutores corresponderá o bien al comité intercentros si tuviera atribuida esta función, o bien a una comisión representativa que se registrará por las siguientes reglas en cuanto a su composición:

a) Si todos los centros afectados cuentan con representantes unitarios de los trabajadores, la comisión estará formada por ellos.

b) Si unos centros cuentan con representación unitaria y otros no, la comisión se formará con los representantes de los centros que posean representación unitaria. Con todo, los trabajadores de los centros sin representación tienen la posibilidad de designar a la comisión *ad hoc* a la que anteriormente se ha hecho referencia (bien la laboral, bien la sindical). Si así lo hicieran, la comisión representativa estaría integrada por los representantes legales de los trabajadores y por los miembros de esa comisión *ad hoc* en proporción al número de trabajadores que representen.

c) Si ninguno de los centros de trabajo afectados por el procedimiento cuenta con representantes legales de los trabajadores, la comisión representativa estará integrada por quienes sean elegidos por y entre los miembros de las comisiones *ad hoc* en proporción al número de trabajadores que representen.

En cualquiera de los casos expuestos, en tanto que la comisión negociadora debe estar constituida por un máximo de miembros por cada parte, si como resultado de la aplicación de las reglas anteriores el número inicial de representantes fuese superior a 13, estos elegirán por y entre ellos a un máximo de 13, en proporción al número de trabajadores que representen. En ese número, en fin, no cabría computar a los asesores de ambas partes por aplicación analógica de lo dispuesto en el art. 88.3 ET.

La irregular constitución de la comisión negociadora, por lo demás, determinará la nulidad de la medida modificativa acordada⁶⁰. No obstante ello, se ha llegado a admitir en algún caso y con fundamento en la doctrina de los

⁶⁰ A modo de ejemplo, la STSJ Islas Baleares, 31 julio 2017 (rec. 145/2017) dictaminó la nulidad de la medida modificativa por irregular constitución de la comisión negociadora, una asamblea de trabajadores convocada, dirigida y presidida por quien carecía de legitimación para ello, celebrada en un lugar externo al centro de trabajo elegido por la convocante y sin previo orden del día y con la finalidad de exponer y votar la propuesta de modificación defendida por la empresa convocante.

propios actos la convalidación de la comisión así formada cuando en ningún momento de las consultas nadie cuestionara déficit de representación alguna, procediendo los negociadores a reconocerse mutuamente como interlocutores válidos⁶¹. De igual forma, también se ha admitido –en pro de la fluidez en las negociaciones– la validez de la negociación con la totalidad de los trabajadores en empresas de plantilla reducida y que carecen de representantes unitarios. En estos casos, no puede acordarse la nulidad si los trabajadores optan voluntariamente por negociar todos ellos con su empleador (en lugar de designar la comisión *ad hoc* del art. 41.4 ET), sin que aparezcan elementos que pudieran apuntar a la existencia de dolo, fraude, coacción o abuso de derecho en la consecución del acuerdo y/o que pudieran hacer sospechar de una actuación torticera de la empresa tendente a subvertir el necesario carácter colectivo de la negociación y ese acuerdo es refrendado por mayoría⁶².

En cualquier caso, componga quien componga la comisión negociadora, ésta debe quedar constituida con carácter previo a la comunicación empresarial del inicio del período de consultas. Para ello, la empresa debe comunicar de manera fehaciente a los trabajadores o a sus representantes su intención de iniciar el procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo. Una vez hecho esto, la comisión debe quedar constituida en el plazo máximo de siete días desde la fecha de la comunicación, salvo que «alguno de los centros de trabajo que vaya a estar afectado por el procedimiento no cuente con representantes legales de los trabajadores, en cuyo caso el plazo será de quince días». Transcurrido el plazo máximo para la constitución de la comisión representativa, la dirección de la empresa podrá comunicar el inicio del periodo de consultas a los representantes de los trabajadores. Con todo y a modo de salvaguarda para evitar dilaciones indebidas derivadas de la mala fe, se prevé que la falta de constitución de la comisión representativa «no impedirá el inicio y transcurso del periodo de consultas y su constitución con posterioridad al inicio del mismo no comportará, en ningún caso, la ampliación de su duración».

También regula el art. 41.4 ET cuál debe ser la duración del período de consultas y cuál su objeto. Así, se señala que el periodo de consultas no tendrá una duración superior a quince días. Se trata, pues, de un plazo máximo que persigue apremiar el procedimiento de modificación evitando que las consultas se demoren más de lo necesario. Con todo, las partes no han de verse por ello compelidas a agotarlo, por cuanto nada impediría que el acuerdo se alcanzase antes de que se cumplieran los quince días señalados por la norma. No se

⁶¹ SAN 22 diciembre 2015 (proc. 234/2015).

⁶² STS 10 octubre 2019 (rec. 966/2017).

prevé, por otra parte, consecuencia alguna en caso de que se supere el plazo, por lo que, de común acuerdo, se podría adoptar la decisión de alargarlo si fuera necesario⁶³. Tampoco señala la norma, en fin, cómo han de entenderse los quince días de plazo, si hábiles o naturales. Por aplicación de lo dispuesto en el art. 5.2 Código Civil, puede considerarse que los días a los que se refiere el art. 41 ET –ya sean los de la constitución de la comisión negociadora, ya sean los del periodo de consultas o los correspondientes a las notificaciones– han de ser considerados como días naturales.

En cuanto al objeto de la negociación y bajo la premisa de que la obligación de negociar no comporta la de convenir⁶⁴, dispone el art. 41.4 ET que las consultas versarán sobre «las causas motivadoras de la decisión empresarial, la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias sobre los trabajadores afectados». No se trata, pues, sólo de negociar, sino de que, de un lado, los representantes conozcan la intención empresarial y sus razones y puedan participar en la conformación de la misma, aportando sus propuestas o mostrando su rechazo, y, de otro, de intentar introducir medidas para rebajar las consecuencias de la decisión empresarial⁶⁵. Y todo ello con independencia del número de reuniones que sean necesarias para intentar acercar las posturas⁶⁶.

Las consultas, en fin, pueden concluir con acuerdo o sin acuerdo. La conclusión del acuerdo requiere la conformidad de la mayoría⁶⁷ de los representantes legales de los trabajadores o, en su caso, de la mayoría de los miembros de la comisión representativa de los trabajadores siempre que, en ambos casos, representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados⁶⁸. La finalización de las consultas con acuerdo supondrá que el mismo resultará de aplicación a todos los trabajadores del centro o centro afectados por la decisión empresarial⁶⁹ sin que sea necesario someterlo a posterior aprobación en asamblea⁷⁰, que se presumirá la existencia de las causas justifi-

⁶³ STS 25 mayo 2015 (rec. 307/2013) y SSAN 10 abril 2014 (proc. 15/2014) y 13 marzo 2013 (proc. 43/2013). En caso contrario (por ejemplo, cuando no consta una evolución en la negociación ni nuevas propuestas para evitar el bloqueo), no procederá esa ampliación del plazo. Un ejemplo en STSJ Castilla-La Mancha, 30 septiembre 2021 (rec. 1150/2021).

⁶⁴ STS 16 julio 2015 (rec. 180/2014).

⁶⁵ SSTs 18 julio 2014 (rec. 303/2013) y 16 diciembre 2014 (rec. 263/2013).

⁶⁶ STS 30 junio 2011 (rec. 173/2010).

⁶⁷ Relativa, no absoluta. Así, STSJ Galicia, 24 noviembre 2009 (rec. 3361/2009).

⁶⁸ El acuerdo alcanzado sin esas mayorías no tendrá validez y la modificación se reputará nula. Un par de ejemplos en SSTSJ Cantabria, 18 febrero 2022 (rec. 77/2022) y País Vasco, 24 de 2016 (rec. 858/2016).

⁶⁹ STS 10 diciembre 2019 (rec. 3096/2017).

⁷⁰ STSJ Madrid, 9 julio 2018 (rec. 484/2017). Salvo que así se haya previsto en el acuerdo con el empresario y éste lo acepte. Un ejemplo en STSJ Comunidad Valenciana, de 16 de noviembre de 2017 (Rec. 2529/2017).

cativas de la medida y que el acuerdo únicamente podrá ser impugnado ante la jurisdicción social por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión⁷¹.

Si, por el contrario, las consultas concluyen sin acuerdo, el art. 41.5 ET dispone que «la decisión sobre la modificación colectiva de las condiciones de trabajo será notificada por el empresario a los trabajadores una vez finalizado el periodo de consultas sin acuerdo y surtirá efectos en el plazo de los siete días siguientes a su notificación». Esta posibilidad otorgada al empresario se ha visto refrendada por STC 8/2015, de 22 de enero, que dictamina la misma supera el juicio de idoneidad al ser adecuada para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido por ella, esto es, evitar la destrucción del puesto de trabajo mediante su adaptación a las concretas circunstancias que atraviese la empresa. También supera el juicio de necesidad pues no se advierte que se haya producido con la concesión al empresario de esta prerrogativa un sacrificio patentemente innecesario de los derechos que la Constitución garantiza a la vista de los condicionantes a los que se somete el ejercicio de la facultad empresarial de modificación y, en concreto, al concebir la modificación unilateral del empresario como un recurso sólo permitido ante el fracaso de los preceptivos mecanismos previos de negociación o transacción con los representantes de los trabajadores. Y, en fin, también supera el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, pues se trata de una medida que resulta ponderada, no sólo por los límites y garantías a las que la ha sometido el legislador, sino también por derivarse de su aplicación más ventajas para el derecho al trabajo que perjuicios para el derecho a la negociación colectiva.

El plazo de preaviso comienza a contar desde el día siguiente a la notificación de la decisión modificativa, pues sólo a partir de ese momento, los trabajadores afectados tienen conocimiento de los cambios introducidos en sus condiciones de trabajo y están capacitados para tomar las medidas necesarias para adaptarse a esas modificaciones u optar por la rescisión indemnizada de la relación de trabajo, así como para impugnar la decisión de la empresa⁷². La notificación, además, es requisito de validez de la modificación efectuada, de tal modo que, de no efectuarla en plazo o de efectuarla sin especificar cuál es el contenido y el alcance de la modificación o las causas justificativas de la misma, aquélla devendrá nula⁷³. Y, a este respecto, esa comunicación no sólo se tiene que trasladar a los trabajadores, sino también a sus representantes,

⁷¹ Un par de ejemplos de acuerdos impugnados por fraude de ley en STS 8 de junio 2021 (rec. 30/2020) y STSJ Cantabria, 4 febrero 2022 (rec. 48/2022).

⁷² STS 27 febrero 2020 (rec. 201/2018) y STSJ País Vasco, 16 abril 2013 (rec. 520/2013).

⁷³ STS 22 marzo 2018 (rec. 660/2016).

aunque nada indique la norma sobre este particular, a fin de que éstos puedan interponer, en su caso, las reclamaciones correspondientes previstas en el propio art. 41.5, párrafo segundo, en el art. 138 LJS y en los art. 151 y siguientes LJS⁷⁴. De hecho, el propio art. 41.5 ET deja abierta la puerta a que los representantes puedan reclamar en conflicto colectivo, sin perjuicio de la acción impugnatoria individual prevista en el art. 41.3 ET, matizándose, a estos efectos, que la interposición del conflicto «paralizará la tramitación de las acciones individuales iniciadas hasta su resolución». Si esto es así, mal podrían los representantes ejercer las acciones que les corresponden si no son oportunamente notificados.

1.5 Opciones del trabajador ante la decisión empresarial modificativa del sistema de remuneración o de la cuantía salarial

Ante una decisión empresarial que modifique la cuantía salarial o el sistema de remuneración, al trabajador se le abrirán cuatro opciones: podrá mostrar su conformidad a la medida adoptada y aceptar, en consecuencia, el cambio en sus condiciones de trabajo; podrá proceder a su impugnación judicial sin perjuicio de la ejecutividad de la misma; optar por rescindir extrajudicialmente y de forma indemnizada su contrato⁷⁵; o, en fin, proceder a la resolución contractual con base en el derecho reconocido en el art. 50.1.a) ET y obtener las indemnizaciones previstas para el despido improcedente.

Para rescindir de forma extrajudicial⁷⁶ e indemnizada el contrato (a razón de 20 días de salario con el tope de 9 mensualidades)⁷⁷, es necesario que el trabajador resulte perjudicado de forma relevante y notoria (no presumible)⁷⁸ por la decisión empresarial. La acción resolutoria que se le reconoce trata, pues, de paliar los efectos derivados de una alteración contractual que sobre-

⁷⁴ STS 16 febrero 2016 (rec. 289/2014).

⁷⁵ En el bien entendido que la rescisión también podrá proceder cuando se haya desestimado la pretensión del trabajador en vía judicial.

⁷⁶ STS 4 diciembre 2018 (rec. 470/2017) y STSJ Galicia, 31 mayo 2022 (rec. 4497/2021), entre otras.

⁷⁷ El plazo sería el de un año de prescripción del art. 59.1 ET. Así, SSTSJ Comunidad Valenciana, 21 enero 2021 (rec. 2252/2020), Islas Canarias (Santa Cruz de Tenerife), 13 junio 2017 (rec. 1027/2016), Madrid, 13 abril 2016 (rec. 1060/2015) y Galicia, 22 junio 2012 (rec. 1440/2012), entre otras.

⁷⁸ STS 23 julio 2020 (rec. 822/2018). No obstante, la doctrina judicial ha venido entendiendo que, si con sus propios actos, la empresa admitió la licitud de la opción rescisoria, sin formular objeción alguna, ni supeditarla a la invocación y prueba de los perjuicios, tal comportamiento expresa conformidad con la realidad de los mismos y con la procedencia de la indemnización legal, en términos que la vinculan, y que no puede desconocer unilateralmente. Por ejemplo, STSJ La Rioja, 24 junio 2024 (rec. 98/2024).

pasa unos límites objetivos (no meras incomodidades o molestias), evitando a su vez que las decisiones unilaterales de la empresa se fundamenten en valoraciones subjetivas⁷⁹. De ahí que se pueda entender que no hay automatismo en el texto del art. 41.3 ET, ni siquiera cuando la modificación consiste en una rebaja salarial⁸⁰, sino, más bien, supeditación de la facultad tipificada a que concurra una circunstancia adicional a la de haberse introducido un cambio relevante en las condiciones de empleo. Derivada lógica de lo anterior es que la carga de la prueba del perjuicio ocasionado corresponde a quien lo sufre por ser el elemento constitutivo de su pretensión y por ser la parte que mejor conoce el daño y puede probarlo⁸¹.

Puede ocurrir, sin embargo, que el empresario se niegue a aceptar la rescisión por estimar que no existe motivo para ello, esto es, que la modificación efectuada no es sustancial o que no existen los perjuicios alegados por el trabajador. O puede que la acepte, pero no le ponga a su disposición la indemnización debida o la cuantía correcta. Incluso es posible que, ante la ausencia del trabajador en su puesto de trabajo, proceda a despedirle por faltas de asistencia injustificadas. Ante estos supuestos, al trabajador se le abren varias opciones. Desde luego, podrá tomar la decisión de cesar en su puesto de trabajo aunque el empresario se oponga porque la acción rescisoria del art. 41.3 ET no se hace depender de que aquél esté conforme o reconozca la concurrencia de los requisitos exigidos legalmente para la válida extinción de la relación laboral⁸². A partir de ese momento y siempre con la obligación de demostrar los perjuicios causados, si la pretensión deriva de la falta de pago (total o parcial) de la indemnización, corresponderá accionar judicialmente por el procedimiento ordinario en reclamación de cantidad, para lo que se dispondrá del plazo de un año previsto en el art. 59.2 ET. Dentro de este plazo, también se podrá interponer, ante la negativa de la empresa a aceptar la rescisión, una acción declarativa por el procedimiento ordinario en la que se reconozca el derecho a rescindir el contrato por la vía del art. 41.3 ET y a percibir la indemnización correspon-

⁷⁹ STS 4 diciembre 2018 (rec. 470/2017).

⁸⁰ STS 23 julio 2020 (rec. 822/2018). Señala esta sentencia, además, que, «cuando se trata de una rebaja retributiva (supuesto prototípico de MSCT en la materia) la existencia de perjuicio resulta difícil de negar. Lo que ha hecho nuestra doctrina, a la que debemos dar aplicación por las razones expuestas, es identificar esas desfavorables consecuencias (desde la perspectiva del artículo 41.3) con las de cierta enjundia (...), debiéndose además tener en cuenta si dicha medida va acompañada de otras que atenúan dicho perjuicio». Otra sentencia, la STS 18 octubre 2016 (rec. 494/2015) consideraba no sustancial una rebaja del salario en un 3,87%. En la misma línea, STSJ Cataluña, Cataluña, 22 octubre 2015 (rec. 4244/2015). Por su parte, la SJS n.º 3 Gijón, 12 enero 2021 (proc. 400/2019) considera perjuicio susceptible de abrir la vía de la rescisión del contrato una merma retributiva del 20%.

⁸¹ SSTs 20 julio 2020 (rec. 822/2018) y 18 octubre 2016 (rec. 494/2015).

⁸² STS 18 septiembre 2008 (rec. 1875/2007).

diente. De igual modo y ante un despido por faltas de asistencia, podrá proceder a su impugnación. Con todo, obsérvese que, en este último caso, si se acepta por el juez *a quo* que concurren los presupuestos para proceder a la extinción del contrato vía art. 41.3 ET lo que procederá, acto seguido, será dejar imprejuzgada la acción por despido en tanto que ya no tendría causa⁸³. Finalmente, otra posibilidad que le asistiría al trabajador, a fin de evitar los perjuicios, tanto laborales como de Seguridad Social, que una sentencia desestimatoria le acarrearía, sería mantenerse provisionalmente en su puesto de trabajo, solicitar judicialmente la rescisión del contrato por la vía del procedimiento ordinario y demostrar la existencia de los perjuicios alegados. El plazo que tendría para ello habría de ser, a falta de norma específica, el general de prescripción de un año desde que la acción pudiera ejercitarse.

También puede ocurrir que el trabajador opte por resolver, esta vez de modo judicial, su contrato por la vía del art. 50.1.a) ET. Para ello, deben concurrir tres presupuestos. Primero, que el empresario tome la decisión de modificar sustancialmente (no de forma accidental) cualquier condición de trabajo. Segundo, que esa alteración se lleve a cabo sin respetar el procedimiento previsto en el art. 41 ET, debiendo entenderse aquí, ya que la ley no distingue, que el incumplimiento de cualquier trámite procedimental de los exigidos en el precepto podría activar esta opción. Y, tercero, que la modificación redunde en perjuicio de la dignidad del trabajador, un concepto éste, el de la dignidad, que cabe extenderlo a «todo ataque al respeto que merece el trabajador ante sus compañeros y ante sus jefes como profesional, no pudiéndosele situar en una posición en que por las circunstancias que se den en ella, se provoque un descrédito en este aspecto. Debe entenderse, pues, la dignidad como el respeto debido a quien presta su actividad laboral, que tiene derecho a mantenerse en su puesto con la honorabilidad que es debida a toda persona y especialmente a quien trabaja, expresión que ha de medirse con un criterio social objetivo. Este menoscabo de la dignidad del trabajador, por lo demás, ha de responder a una acción empresarial voluntaria, reveladora de una conducta pertinaz y definitiva de incumplimiento de las obligaciones contractuales»⁸⁴. Sucede, sin embargo, que las dificultades surgen a la hora de determinar si la modificación del sistema de remuneración y de la cuantía salarial puede situarse dentro del concepto de dignidad que exige el art. 50.1.a) ET. Los Tribunales, al respecto, se han mostrado reticentes por considerar que una disminución en los conceptos retri-

⁸³ SSTSJ Madrid, 4 octubre 2021 (rec. 385/2021), Castilla-La Mancha, 21 febrero 2020 (rec. 1395/2019) y Andalucía (Sevilla), 4 julio 2018 (rec. 2295/2017), entre otras.

⁸⁴ SSTSJ Andalucía (Sevilla), 16 septiembre 2021 (rec. 172/2020), Madrid, 18 marzo 2021 (rec. 886/2020) y Cataluña, 15 enero 2019 (rec. 5633/2018), entre otras.

butivos no conlleva *per se* una posición de descrédito del trabajador ante sus compañeros y ante sus jefes como profesional, llegando a diferenciar entre el perjuicio simple que se exige para activar la opción rescisoria del contrato y el perjuicio más grave por atentar contra un derecho fundamental que requiere aquel precepto legal⁸⁵. De hecho, incluso se ha rechazado que atenten contra la dignidad de la persona trabajadora modificaciones salariales que derivan de un pacto colectivo por no concurrir el presupuesto de que la modificación debe haber sido adoptada al margen de los cauces del art. 41 ET⁸⁶.

Finalmente, cabe que el trabajador, en caso de disconformidad con modificación y sin perjuicio de la efectividad de la medida, pueda impugnar, en el plazo de caducidad de 20 días⁸⁷, la decisión empresarial a través del procedimiento contemplado en el art. 138 LJS, incluso aunque no se hayan respetado

⁸⁵ SSTSJ Andalucía (Sevilla), 16 septiembre 2021 (rec. 172/2020) (en esta sentencia, se considera que no atenta contra la dignidad la mera disminución de la carga de trabajo y de su remuneración hasta en un 29%); País Vasco, 26 noviembre 2019 (rec. 1989/2019); Madrid, 19 enero 2018 (rec. 1038/2017) (se considera que dejar de cobrar un complemento salarial de puesto de trabajo por cambio de éste, decidido por su empleador, pero respetando las funciones propias de la categoría profesional ostentada, al igual que la remuneración correspondiente según la norma convencional de referencia, no supone ninguna actuación empresarial atentatoria contra la dignidad); y SJS n.º 1 Murcia, 29 julio 2022 (proc. 521/2021) (se considera que no menoscaba la dignidad la reducción de las comisiones percibidas en nómina como consecuencia de la caída de las ventas a causa de la situación de pandemia de la Covid-19).

⁸⁶ SSTSJ Madrid, 30 abril 2024 (rec. 112/2024), Andalucía (Granada), 22 abril 2015 (rec. 221/2015) e Islas Baleares, 26 febrero 2015 (rec. 473/2014). Muy significativa al respecto es la primera de las sentencias reseñadas que dispone que «la medida de si hay o no afectación sobre la dignidad de un trabajador no está en la voluntad de quien adopta la medida, aunque una voluntad dirigida al perjuicio directo de la trabajadora con finalidad vejatoria y de desprestigio añadiría trascendencia a la afectación de la dignidad personal, sino en la posición subjetiva de quien lo recibe, no porque la medida sea el sentimiento de la trabajadora sino porque es su sede personal la que ha de verse afectada. Y en tal sentido, aunque no puede afirmarse que haya una voluntad dirigida a perjudicar la dignidad de la trabajadora, tampoco puede dudarse de que la situación generada, como hemos dicho anteriormente, sitúa a la trabajadora en una posición de pérdida de prestigio, dudas sobre su capacidad profesional y gran pérdida de derechos adquiridos que afecta a su dignidad. No obstante, tal situación tiene lugar en aplicación de un estatus jurídico lícito y aceptado por las leyes que admiten un Acuerdo colectivo, con efectos individualizados, en el que el resultado de su aplicación sea el que ha tenido lugar. De otro modo, y a falta de más argumentos y de realidades no traídas a colación, cualquier Acuerdo alcanzado lícito y legítimamente, conllevaría la aplicación del artículo 50 LET ya que normalmente en ellos se afectan condiciones de trabajo preexistentes y adquiridas –hasta el punto de aceptar extinciones con indemnización inferiores a la de despido– que situarían en una posición de pérdida de dignidad de la persona a los trabajadores afectados. Precisamente por eso, la norma legal exige no solo una afectación trascendente en la dignidad, sino que la modificación se salga de los cauces legales ordinarios».

⁸⁷ El plazo empieza a contar desde la notificación de la empresa explicando los motivos y el alcance de la modificación sustancial, por lo que es preciso que ésta exista y que, además, resulte fehaciente para que pueda considerarse suficiente para dar inicio al cómputo. De hecho, si no existiera tal comunicación, no podría establecerse el *dies a quo* del cómputo del plazo de caducidad ni, por lo tanto, éste podría iniciarse (STS 7 julio 2021, rec. 80/2020). El plazo, por lo demás, es aplicable en todo caso, por lo que rige también cuando se ha notificado la decisión, pero la modificación se ha efectuado sin seguir los trámites del art. 41 ET o cuando sólo se ha notificado al trabajador y no a los representantes (SSTS 22 febrero 2022, rec. 2876/2021 y 18 mayo 2021, rec. 3325/2018).

los requisitos y trámites que prevé el art. 41 ET o aunque se aprecie vulneración de derechos fundamentales. Recuérdesse, a estos efectos, que el art. 184 LJS permite la acumulación de la pretensión de tutela del derecho fundamental a determinadas acciones, por lo que ahora importa, a la de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo. Pues bien, siendo ello así, se impone que la lesión del derecho fundamental detectada a raíz de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo se ventile conforme a los cauces de previstos en el art. 138 LJS, pero aplicándose, por mor del número 2 del art. 178 LJS, todas las reglas y garantías previstas para la modalidad procesal de tutela y ello con la finalidad de no fracturar o diversificar la tutela del derecho de que se trate al hacer abstracción del acto o conducta del que se derive la lesión.

La legitimación pasiva, en estos casos, recaerá sobre el empresario, aunque también se prevén situaciones litisconsorciales. Así, habrá que demandar conjuntamente con aquél a otros trabajadores cuando «el objeto del debate verse sobre preferencias atribuidas a determinados trabajadores». De igual modo, deberán ser demandados también los representantes de los trabajadores cuando, tratándose de modificaciones colectivas, la medida cuente con su conformidad (art. 138.2 LJS). En cuanto al objeto del proceso, el trabajador afectado, al impugnar la medida modificativa a través de este cauce, pretende revocarla porque estima que no concurren los requisitos causales del art. 41 ET, porque considera que no se ha seguido el procedimiento formalmente correcto para implantarla (el legal o el convencional) o porque entiende que ha existido fraude a causa de la elusión del procedimiento específicamente diseñado para las modificaciones de carácter colectivo o fraude, dolo, abuso o coacción en la conclusión del acuerdo alcanzado tras las consultas. El juicio individual, pues, no está limitado en cuanto a la posible fundamentación de la pretensión, de manera que la misma puede basarse tanto en los aspectos colectivos como en los individuales de la tramitación del conjunto de la modificación en todas sus fases y no solamente en su causalidad. Con todo, conviene matizar a este respecto que, cuando las consultas han concluido con acuerdo, queda vedada, por aplicación de lo dispuesto en el art. 41.4 ET, último párrafo, la posibilidad de cuestionar las causas de la modificación, por lo que el acuerdo únicamente podrá ser impugnado ante la jurisdicción social por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión.

En este contexto de posible impugnación por el trabajador, cabe plantearse qué ocurre si se plantea demanda de conflicto colectivo una vez iniciado el

proceso individual⁸⁸. Según dispone el art. 138.4 LJS leído en concordancia con lo señalado en el art. 160.5 LJS, los procesos individuales «pendientes de resolución o que puedan plantearse, que versen sobre idéntico objeto o en relación de directa conexidad con aquél, tanto en el orden social como en el contencioso-administrativo» quedarán suspendidos «hasta la resolución de la demanda de conflicto colectivo». Esta suspensión se acordará «aunque hubiese recaído sentencia de instancia en el proceso individual y estuviese pendiente el recurso de suplicación y de casación», lo que es tanto como decir que la suspensión procederá en todo caso, sea cual sea la fase en la que se encuentre el proceso individual. Una vez concluido el proceso colectivo mediante sentencia firme, ésta «tendrá eficacia de cosa juzgada sobre el proceso individual», por lo que es en ese momento cuando debería alzarse la suspensión y resolverse en coherencia con la sentencia dictada en el proceso colectivo⁸⁹.

También hay que tener en cuenta lo que dispone el art. 160.6 LJS acerca de que «la iniciación del proceso de conflicto colectivo interrumpirá la prescripción de las acciones individuales en igual relación con el objeto del referido conflicto». Por coherencia con lo dispuesto en el número 5 de este mismo

⁸⁸ Cabe recordar que podrán impugnarse por esta vía las decisiones patronales modificativas de las condiciones de trabajo de alcance colectivo y ello con independencia de si se ha seguido o no el procedimiento establecido para ello (STS 27 julio 2021, rec. 53/2020) o de la posible individualización posterior de las reclamaciones (STSJ Cataluña, 1 septiembre 2021, rec. 1293/2021). Pero también las modificaciones que, por alcanzar los umbrales, debieron seguir la vía colectiva, pero siguieron la individual, las modificaciones individuales en donde se constate la existencia de una afectación generalizada (STS 10 diciembre 2020, rec. 1634/2018) o las modificaciones respecto de las que se haya constatado en sede judicial que no son meras manifestaciones del *ius variandi*, sino verdaderas modificaciones sustanciales que afectan a un grupo de trabajadores indeterminado (SSTS 3 abril 2018, rec. 106/2017) y 22 noviembre 2016, rec. 8/2016).

⁸⁹ La sentencia colectiva declarará justificada, injustificada o nula la medida modificativa atendiendo a las circunstancias planteadas en el caso. De estimarse que la modificación está plenamente justificada, la sentencia reconocerá el derecho de los trabajadores a la rescisión de su contrato con base en el art. 41.3 ET. De estimarse que la modificación es injustificada o nula, se estará ante una sentencia de condena y el empresario habrá de reponer al trabajador en las condiciones anteriores desde el momento en que la alteración se produjo, con abono en su caso de las diferencias salariales que correspondan (STS 20 mayo 2014, rec. 2589/2013). A estos efectos, la sentencia deberá contener, como indica el art. 160.3 LJS, «la concreción de los datos, características y requisitos precisos para una posterior individualización de los afectados por el objeto del conflicto y beneficiados por la condena y especificar la repercusión directa sobre los mismos del pronunciamiento dictado. Asimismo, deberá contener, en su caso, la declaración de que la condena ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente». En cualquier caso, la sentencia dictada en el procedimiento colectivo no produce el efecto de cosa juzgada negativa sobre el procedimiento individual (esto es, no impide que este procedimiento individual continúe tramitándose una vez dictada sentencia firme en el procedimiento colectivo), si bien esta sentencia producirá el efecto de cosa juzgada positiva sobre la sentencia del procedimiento individual en el sentido de que la misma necesariamente deberá partir de los pronunciamientos dictados en la sentencia colectiva. En consecuencia, si se ha declarado en la sentencia dictada en el procedimiento de conflicto colectivo la nulidad o el carácter injustificado de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, la sentencia dictada en el procedimiento de impugnación individual necesariamente deberá partir de este presupuesto.

precepto, esta interrupción sólo jugará cuando el objeto de las acciones individuales sea idéntico al de la acción colectiva o esté directamente conectado con ella, en tanto que lo contrario no tendría sentido sostenerlo⁹⁰. La interrupción, en fin, se activará justo en el momento en que se inicie el proceso de conflicto colectivo –que será cuando se plantee la demanda de conflicto colectivo–⁹¹ y concluirá, en lógica correspondencia de nuevo con lo previsto en el art. 160.5 LJS, cuando la sentencia colectiva sea firme⁹².

Por lo demás, en cuanto a las consecuencias de la impugnación, la sentencia declarará justificada la modificación cuando hayan quedado acreditadas las causas. En este caso, la sentencia reconocerá el derecho del trabajador a extinguir su contrato de acuerdo a lo previsto en el art. 41.3 ET dentro del plazo de 15 días desde la notificación de la resolución, siendo conveniente, a estos efectos, que comunique su decisión al juzgado bien por escrito o bien por comparecencia y que solicite, a su vez, que ello se advierta al empresario. Desde luego, también podrá aquietarse a la modificación una vez ya declarada ajustada a derecho en sede judicial.

Por su lado, la sentencia declarará injustificada la modificación cuando no se hayan acreditado las causas. En este caso, la sentencia reconocerá tanto el derecho del trabajador a ser repuesto en sus anteriores condiciones de trabajo (en este caso, retributivas) desde el momento en que la alteración se produjo, con abono en su caso de las diferencias salariales que correspondan⁹³, como –si se acreditan– el abono de los daños y perjuicios que la decisión empresarial hubiera podido ocasionar durante el tiempo en que hubiese producido efectos⁹⁴. Daños y perjuicios que deberán cuantificarse o conforme a las vías tradicionales (si son daños materiales) o conforme al recurso a las sanciones pecuniarias de la LISOS sin perjuicio de ponderar todas las circunstancias concurrentes si son daños morales⁹⁵. Lo anterior, por lo demás, se complementa con lo que prevé el art. 138.8 LJS que señala que, cuando el empresario no reintegre al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo o lo hiciese de modo irregular, el trabajador podrá solicitar la ejecución del fallo ante el Juzgado de lo Social y optar por la extinción del contrato por la causa prevista en el art. 50.1.c) ET conforme a lo establecido en los artículos 279, 280 y 281

⁹⁰ STS 11 marzo 2009 (rec. 4077/2007).

⁹¹ SSTs 18 octubre 2006 (rec. 2149/2005) y 8 febrero 2000 (rec. 2134/1999).

⁹² SSTs 21 septiembre 2021 (rec. 2310/2019) y 13 junio 2001 (rec. 3803/2000).

⁹³ Entre otras, STS 20 mayo 2014 (rec. 2589/2013) y SSTSJ Andalucía (Granada), 27 enero 2022 (rec. 4357/2021) e Islas Canarias (Santa Cruz de Tenerife), 11 noviembre 2019 (rec. 710/2019).

⁹⁴ Si no logran acreditarse esos perjuicios, no procederá el pago de la indemnización. Así, SSTSJ Islas Canarias (Las Palmas), 17 septiembre 2019 (rec. 452/2019) y País Vasco, 18 septiembre 2018 (rec. 1534/2018).

⁹⁵ Sobre ello, STS 20 abril 2022 (rec. 2391/2019).

LJS, condenándose a la empresa al abono de la indemnización propia del despido improcedente, más, si procede en atención a las circunstancias concurrentes y a los perjuicios ocasionados por la no readmisión o por la readmisión irregular, una indemnización adicional de hasta 15 días de salario por año de servicio y un máximo de 12 mensualidades⁹⁶.

En fin, la sentencia declarará nula la modificación cuando la decisión se haya adoptado en fraude de ley, eludiendo las normas relativas al periodo de consultas⁹⁷, así como cuando sea discriminatoria o se produzca con vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, incluidos, en su caso, los demás supuestos que, en virtud del art. 108.2 LJS, comportan la declaración de nulidad del despido. También, en sede judicial, y aunque la nulidad tan sólo viene referida «a las normas reguladoras del periodo de consultas», se ha otorgado igualmente esta calificación cuando, en una modificación individual, no se ha efectuado en tiempo y forma la notificación al trabajador y a sus representantes⁹⁸ o cuando, directamente, no se ha procedido a la apertura del periodo de consultas⁹⁹.

La ejecución de la sentencia en este caso se acometerá, como dispone el art. 138.9 LJS, en sus propios términos, esto es, *in natura*, por lo que el trabajador deberá ser repuesto en sus anteriores condiciones retributivas de trabajo¹⁰⁰ sin perjuicio, aunque no lo indique la norma, del derecho a recibir una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, tal y como sucede con

⁹⁶ Un ejemplo, en el contexto de una modificación sustancial de la cuantía salarial, en STSJ Andalucía (Sevilla), 9 octubre 2013 (rec. 1837/2012).

⁹⁷ Así, cuando no se ha dado traslado a los representantes de la comunicación inicial (STSJ Islas Canarias, Las Palmas, 10 febrero 2017, rec. 905/2016), cuando no se ha constituido de forma correcta la comisión negociadora (STSJ Madrid, 14 enero 2021, rec. 513/2020), cuando se haya incumplido la duración del periodo de consultas sin mediar causas que lo justifiquen (STSJ Castilla y León, Valladolid, 3 septiembre 2015, rec. 1399/2015), cuando no se ha negociado de buena fe (SAN 3 mayo 2017, proc. 59/2017), cuando no se ha aportado la documentación pertinente (SAN 18 octubre 2021, proc. 292/2020), cuando el acuerdo se ha adoptado con quien no tenía legitimación para ello o sin tener la mayoría exigida (STSJ Cantabria, 18 febrero 2022, rec. 77/2022), cuando se ha apreciado dolo, fraude, coacción o abuso de derecho en la conclusión del pacto (STSJ País Vasco, 19 abril 2016, rec. 545/2016), cuando la empresa se ha apartado de lo acordado en el periodo de consultas sin causa que lo justificara (SAN21 julio 2013, rec. 182/2013) o cuando no se ha procedido a la notificación por escrito y de modo fehaciente de la medida a los trabajadores y a los representantes tras la finalización de las consultas con o sin acuerdo (STS 22 marzo 2018, rec. 660/2016 y STSJ Extremadura, 3 diciembre 2020, rec. 438/2020).

⁹⁸ Un par de ejemplos en SSTSJ Galicia, 30 mayo 2022 (rec. 749/2022) y Navarra, 8 abril 2016 (rec. 69/2016).

⁹⁹ Unos ejemplos en SSTS 29 marzo 2022 (rec. 96/2020), 12 septiembre 2016 (rec. 246/2015) y 6 octubre 2015 (rec. 313/2014), SAN 2 diciembre 2011 (proc. 234/2011) y STSJ Cataluña, 27 junio 2013 (rec. 1960/2013).

¹⁰⁰ Así, SSTSJ Asturias, 11 febrero 2020 (rec. 1787/2019) y País Vasco, 7 enero 2020 (rec. 2157/2019), entre otras.

la modificación declarada injustificada¹⁰¹. No obstante, ello a salvo de que, ante la negativa del empresario, el trabajador opte por actuar de igual modo que cuando la sentencia declara injustificada la modificación, esto es, por resolver su contrato con base en el art. 50.1.c) ET.

2. LA CONTRACTUALIZACIÓN DE LAS MEJORAS SALARIALES

La modificación el art. 86.3 ET llevada a cabo por la reforma laboral de 2012 limitó la ultraactividad de los convenios para impedir que el convenio denunciado continuara su vigencia. De este modo, se dispuso que «transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral, aquel perderá, salvo pacto en contrario, vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación»¹⁰². Muchas fueron las controversias tanto doctrinales como judiciales que la interpretación de este precepto provocaba, pero entre ellas destacó la siguiente: qué debía ocurrir, pasada una anualidad tras la denuncia, si no existía pacto en contrario ni tampoco convenio de ámbito superior que pudiera resultar de aplicación. ¿Se debía aplicar las normas mínimas del Estatuto o se debían mantener las condiciones de trabajo del convenio en virtud de su contractualización?

La respuesta la ofreció la STS 22 diciembre 2014 (rec. 264/2014). En ella, se parte de la base de que hay dos modos de resolver el asunto. O bien se adopta una postura «rupturista» según la cual los derechos y obligaciones de las partes pasarán a regirse exclusivamente por las normas estatales legales y reglamentarias, haciendo tabla rasa de las condiciones laborales existentes con anterioridad en el ámbito del convenio colectivo fenecido; o bien, se adopta una postura «conservacionista», según la cual las condiciones laborales que venían rigiendo con anterioridad a la pérdida de vigencia del convenio colectivo en cuestión deberán mantenerse, puesto que han pasado a formar parte del

¹⁰¹ Así, SSTSJ Galicia, 15 marzo 2022 (rec. 6700/2021) y Madrid, 16 junio 2017 (rec. 352/2017) y 10 marzo 2017 (rec. 1059/2016), entre otras.

¹⁰² Ello con la finalidad, como señalaba el Preámbulo de la Ley 3/2012 de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, «de procurar una adaptación del contenido de la negociación colectiva a los cambiantes escenarios económicos y organizativos, se introducen cambios respecto a la aplicación del convenio colectivo en el tiempo. Se pretende, en primer lugar, incentivar que la renegociación del convenio se adelante al fin de su vigencia sin necesidad de denuncia del conjunto del convenio, como situación que resulta a veces conflictiva y que no facilita un proceso de renegociación sosegado y equilibrado. Pero, además, para cuando ello no resulte posible, se pretende evitar una «petrificación» de las condiciones de trabajo pactadas en convenio y que no se demore en exceso el acuerdo renegociador mediante una limitación temporal de la ultraactividad del convenio a un año».

contrato de trabajo. De las dos posibilidades, la Sala descarta la primera por las siguientes razones:

– La aplicación de la tesis «rupturista» «podría producir en el ámbito del contrato de trabajo una alteración sustancial de sus condiciones para ambas partes, trabajador y empresario, que transformaría las bases esenciales del propio contrato o negocio jurídico y el equilibrio de las prestaciones, pudiendo dejarlo sin los requisitos esenciales para su validez, como son el objeto cierto que sea materia del contrato y la causa de la obligación que se establezca».

– Y ello tanto más en un ámbito como el social en el que «los mínimos de derecho necesario se regulan no solamente en las normas estatales sino también en los convenios colectivos, a los que el legislador remite en importantísimas materias que el ET no regula suficientemente. Entre otras, las relativas a las peculiaridades del contenido de la obligación de trabajar (art. 20.2 ET), al sistema de clasificación profesional por medio de grupos profesionales (art. 22 ET), a la promoción profesional, la formación profesional en el trabajo, los ascensos y la promoción económica (arts. 22 a 25 ET) con su indudable incidencia en la movilidad funcional y en los poderes organizativos empresariales, la estructura del salario y el carácter consolidable o no de los complementos salariales (art. 26 ET), la duración de la jornada de trabajo inferior a la legal, la distribución irregular de la jornada a lo largo de un año, la forma de compensación de las diferencias o el establecimiento del límite máximo de la jornada ordinaria rebasando el límite máximo de nueve horas (art. 34 ET), formas de abono o de compensación de las horas extraordinarias (art. 35 ET), la planificación anual de las vacaciones (art. 38.2 ET), el régimen disciplinario salvo la sanción de despido (arts. 54 y 58 ET) o las reglas para la constitución y funcionamiento de un comité intercentros (art. 63.3 ET) o para acomodar la representación de los trabajadores a las disminuciones significativas de plantilla que puedan tener lugar en la empresa (art. 67.1 ET)».

– De aplicarse entonces la «tesis rupturista» se producirían «indeseables consecuencias para ambas partes como, entre otras, que cualquier trabajador (con independencia de la labor desempeñada y de su titulación) pasaría a percibir el salario mínimo interprofesional, podría ser obligado a realizar cualquier tipo de actividad, la jornada pasaría a ser la máxima legal, las cláusulas de horario y flexibilidad quedarían sin efecto, el empresario no podría sancionar disciplinariamente a sus trabajadores salvo que existiera causa suficiente para el despido, etc».

Por los motivos expuestos, se apuesta por el segundo modo de enfocar el asunto, lo que implica que las condiciones establecidas por el convenio colectivo se contractualizan desde el nacimiento mismo de la relación laboral («desde el primer minuto, podríamos decir, en que se creó la relación jurídico-laboral») y, por tanto, aunque el convenio haya expirado y perdido vigencia y no sea aplicable ni siquiera en régimen de ultraactividad, las condiciones establecidas en dicho convenio carente de efecto siguen rigiendo las relaciones laborales de los trabajadores como parte de sus condiciones contractuales. El razonamiento que se sigue para refrendar este planteamiento es el siguientes:

– El precepto clave del Derecho de los contratos es el art. 1255 del Código Civil, «según el cual las relaciones jurídico-contractuales entre las partes se rigen por los pactos y condiciones que ellas mismas establezcan libremente, siempre que no sean contrarias a la ley, la moral o el orden público. Desde luego que ese principio general –el principio de la autonomía de la voluntad individual– rige plenamente en el ordenamiento jurídico-laboral. Lo único que ocurre es que la existencia de normas limitadoras de dicha autonomía es más frecuente que en otros sectores del ordenamiento y, además, proceden no solamente de la actividad legislativa o reglamentaria del Estado (así como de la normativa internacional y de la Unión Europea) sino también de la actividad negociadora de los sujetos sociales a los que la Constitución y el Estatuto de los Trabajadores atribuyen esa capacidad normativa, habida cuenta de la interpretación que, desde el momento inicial, hizo nuestro Tribunal Constitucional del significado de la «fuerza vinculante de los Convenios» a que se refiere el art. 37.1 CE».

– A partir de ahí, «el art. 3 del ET –uno de los pocos no afectados por las sucesivas reformas estatutarias– es meridianamente claro al señalar [cuáles son] las fuentes de la relación laboral» (...), [una] mezcla de fuentes normativas y obligacionales [que resulta] acertada pues con ello se [puede] comprender mejor la relación entre unas y otras y su respectivo papel o función. Pues bien, es claro que para responder a la pregunta ¿dónde están reguladas las condiciones laborales de un trabajador?, la respuesta es clara: en su contrato de trabajo. Y así es desde el momento inicial de esa relación jurídico-laboral, puesto que el contrato de trabajo –como cualquier otro contrato– tiene una doble función: constitutiva de la relación jurídico– obligacional y reguladora de la misma, es decir, de los derechos y obligaciones a que se comprometen las partes».

– Con todo, la Sala añade algunas precisiones adicionales: 1) «Que eso es así tanto si el contrato se celebra por escrito como si se hace de palabra, dado el

principio general de libertad de forma que –con las debidas excepciones– establece el art. 8 del ET»; 2) «Que si alguna de esas condiciones contractuales no respetan los límites de derecho necesario establecidos por las normas estatales y/o convencionales colectivas se entenderán nulas de pleno derecho, pero «el contrato de trabajo permanecerá válido en lo restante, y se entenderá completado con los preceptos jurídicos adecuados conforme a lo dispuesto en el número uno del artículo tercero de esta Ley», como dispone el art. 9.1 ET»; 3) «Que, por lo tanto, las normas estatales y convencionales juegan un papel nomofilático respecto a las cláusulas contractuales. Lo que sucede es que, siendo el contrato de trabajo siempre –tanto si es indefinido como temporal– un contrato de tracto sucesivo, esa función depuradora se va desarrollando a lo largo de todo el tiempo en que el contrato esté vivo y se va adaptando a la evolución de las propias normas legales y convencionales. Pero ello no nos debe de llevar al equívoco de suponer que las obligaciones de las partes se regulan por la ley o por el convenio colectivo normativo. No es así: se regulan por el contrato de trabajo, aunque, eso sí, depurado en la forma que establece el art. 9.1 ET. Ese equívoco viene propiciado, además, por la enorme frecuencia con la que las partes que celebran un contrato de trabajo, en lugar de reproducir las normas legales y convencionales que entienden aplicables, acuden a la técnica de la remisión para establecer las condiciones laborales, indicando que (p.e.) «serán las que deriven del convenio colectivo aplicable». Pero dicha remisión es una técnica que no elimina el carácter contractual de la fuente donde la propia remisión se establece y, por ende, de las condiciones laborales resultantes de la misma. Y repetimos: ello es así, aunque el contrato sea verbal; lo único que ocurrirá en tal caso es que el contenido obligacional establecido (vía remisión o no) en dicho tipo de contratos deberá ser objeto de prueba por otros medios distintos al de la forma contractual escrita».

Por lo tanto, concluye la Sala que «es claro que cualesquiera derechos y obligaciones de las partes existentes en el momento en que termina la ultraactividad de un convenio colectivo no desaparecen en ese momento en que dicho convenio pierde su vigencia. Y ello es así, no porque –como se ha dicho algunas veces– las normas del convenio colectivo extinto pasen a contractualizarse en ese momento sino porque esas condiciones estaban ya contractualizadas desde el momento mismo (el primer minuto, podríamos decir) en que se creó la relación jurídico-laboral, a partir del cual habrán experimentado la evolución correspondiente». Con todo, advierte: «¿significa eso contradecir el mandato del legislador de que el contenido normativo de dicho convenio colectivo pierda su vigencia?». La respuesta que se ofrece es negativa, pues «desde luego que el convenio colectivo pierde su vigencia y, por ende, dejará de cumplir

esa función nomofiláctica que es la propia de nuestro sistema jurídico. Por consiguiente, esas condiciones contractuales, carentes ya de ese sostén normativo del mínimo convencional, podrán ser modificadas, en su caso, por la vía del art. 41 ET, sin más limitaciones que las de origen legal pues, insistimos, las limitaciones dimanantes del convenio colectivo, si no hay otro superior, han desaparecido. Y, por la misma razón, los trabajadores de nuevo ingreso carecerán de esa malla de protección que brindaba el convenio fenecido¹⁰³. Ello podrá dar lugar ciertamente a problemas de doble escala salarial, de discriminación, y otros que no podemos abordar en este momento. En cualquier caso, y para evitar todos esos problemas, no es ocioso recordar, finalmente, que, aun habiendo terminado la ultraactividad del convenio en cuestión, ello no significa que no permanezca la obligación de negociar de buena fe en el ámbito colectivo, como establece el art. 89.1 ET».

Tras esta resolución, la Sala tuvo ocasión de pronunciarse de nuevo sobre el particular en su sentencia de 7 junio 2018 (rec. 663/2017) para abordar el supuesto de hecho en el que, estando el convenio denunciado y habiendo transcurrido un año desde la denuncia, sí existía convenio de ámbito superior. Particularmente, la cuestión aquí planteada era si debía aplicarse la regla del art. 86.3 ET y, por consiguiente, el convenio de ámbito superior y su peor salario o si, por el contrario, la contractualización de las condiciones del anterior convenio impedían tal solución puesto que las mejoras contractuales salariales deberían prevalecer sobre las peores condiciones establecidas por el nuevo convenio de aplicación. Pues bien, aunque para el Tribunal de suplicación la respuesta era clara aplicando la tesis de la contractualización (el mejor salario del convenio expirado debía continuar rigiendo porque se había incorporado al contrato *ab origine*), el Tribunal Supremo resuelve que debe ser de aplicación, por su claridad, la regla del art. 86.3 ET, es decir, que, si existe convenio de ámbito superior, éste debe aplicarse íntegramente, «sin que resulte procedente la aplicación de técnicas extrañas al precepto y a la propia configuración del sistema de fuentes del Derecho del Trabajo dispuestas excepcionalmente por esta Sala en un supuesto específico en que se produjo un vacío normativo absoluto y la única alternativa posible era la desregulación cuyas consecuencias

¹⁰³ Como añade la posterior STS 13 mayo 2019 (rec. 55/2018), «la «contractualización» solo cabe allí donde previamente ha existido un contrato y de ahí la expresión utilizada que no significa otra cosa que la conversión en contrato de las cláusulas de un convenio colectivo. Por tanto, donde no hay contrato paralelo a la vigencia de un convenio no cabe la «contractualización» de las normas colectivas refiriendo dicho paralelismo a la vida pretérita conjunta de convenio y contratos». Además, «(...) en las fechas en que los nuevos contratos fueron suscritos los trabajadores conocían la situación del convenio colectivo y las condiciones en las que nacían dichos contratos».

resultan especialmente extrañas en el ámbito de las relaciones laborales»¹⁰⁴. Además, señala que no es óbice para alcanzar esta conclusión que «el convenio colectivo de ámbito superior que resulta aplicable disponga la conservación de las condiciones personales de las que disfrutase cada trabajador, porque esa previsión no se refiere al mantenimiento de condiciones normativas que procedan del convenio aplicable anteriormente, sino a las estrictamente *ad personam* como mejora de las condiciones legales o convencionales».

Ciertamente, al comparar las dos sentencias referenciadas, surgen dudas sobre su lógica correspondencia porque fíjese que mientras en la primera se señala que la contractualización se activa desde el primer momento, en la segunda se advierte que los efectos de esa contractualización, que operaba en principio *ab origine*, sólo se producen cuando no hay convenio de aplicación, algo que, salvo en los casos muy claros en los que exista concurrencia temporal entre el convenio que ya no resulta aplicable y el superior, únicamente se podrá conocer posteriormente. Y es que no puede desconocerse que el convenio de ámbito superior puede aparecer de forma sobrevenida y muy demorada en el tiempo, como así ocurrió en el caso que se juzgó en la sentencia anteriormente reseñada o en la STS 17 mayo 2022 (rec. 264/2021), en el que el convenio estatal se publica casi dos años después del fin de la vigencia del convenio provincial.

Sea como fuere, en fin, lo cierto es que con esta tesis de la contractualización puso fin el RD-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, pues esta norma volvió a recuperar la ultraactividad indefinida de los convenios colectivos. Dispone ahora el art. 86.4 ET que «transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio, las partes deberán someterse a los procedi-

¹⁰⁴ Anteriormente, la STS 23 septiembre 2015 (rec. 209/2014) había resuelto el caso en que, siendo de aplicación un convenio superior de ámbito estatal, éste regulaba «materias de tanta trascendencia como la estructura y concurrencia de convenios, la subrogación del personal, el régimen disciplinario, la clasificación profesional y la formación para el empleo, las modalidades de contratación, el periodo de prueba, la igualdad de trato y de oportunidades, los planes de igualdad y la prevención de riesgos laborales (art. 10.2), pero no contemplaba los aspectos más típicamente «normativos» y relevantes del vínculo laboral individual, tales como retribuciones, excedencias, licencias, jornadas, permisos, vacaciones, horas extraordinarias, etc. (arts. 6 a 21, entre otros, del convenio provincial), y sin duda fueron éstos los que nuestra sentencia de 22-12-2014 pretendía «conservar» (tesis «conservacionista», se decía). Por ello, la solución que se ofrecía en este supuesto partía de esta distinción entre las materias reguladas en un convenio y en otro para concluir que «salvo en las materias reguladas en el convenio sectorial de ámbito estatal, las demás condiciones de trabajo establecidas con anterioridad en el convenio provincial seguirán siendo de aplicación a los trabajadores afectados por el conflicto, aquéllos que prestaban servicios en empresas guipuzcoanas del sector cuando éste perdió su vigencia, en los términos arriba expuestos, de conformidad con la STS 22-12-2014».

mientos de mediación regulados en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico previstos en el artículo 83, para solventar de manera efectiva las discrepancias existentes. Asimismo, siempre que exista pacto expreso, previo o coetáneo, las partes se someterán a los procedimientos de arbitraje regulados por dichos acuerdos interprofesionales, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma eficacia jurídica que los convenios colectivos y solo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91. Sin perjuicio del desarrollo y solución final de los citados procedimientos de mediación y arbitraje, en defecto de pacto, cuando hubiere transcurrido el proceso de negociación sin alcanzarse un acuerdo, se mantendrá la vigencia del convenio colectivo».

El mandato, como se observa, es de carácter dispositivo, por lo que se deja a la voluntad a las partes decidir las consecuencias de la denuncia del convenio, por lo que la ultraactividad indefinida podrá excepcionarse si así se ha considerado. Si, por el contrario, nada se pacta, opera *ex lege* la solución del Estatuto, esto es, la ultraactividad indefinida hasta que se negocie un nuevo convenio colectivo, que, si atendemos a la Exposición de Motivos de la norma reglamentaria, se incardina dentro del paquete de medidas que pretenden «modernizar» la «arquitectura» de la negociación colectiva, «asegurando las caute-las y garantías para que la descentralización de los convenios colectivos no provoque un efecto devaluador de costes retributivos o desventajas injustificadas entre las empresas, y aporte flexibilidad en la medida adecuada». Ahora bien, la medida tiene un reverso en absoluto desdeñable y es que aunque suponga que los trabajadores mantendrán sus salarios convencionales una vez producida la denuncia, lo cierto es que ello no les compensará necesariamente a nivel global en una situación de tensión inflacionaria, pues si se pactaron en su momento salarios bajos o meridianamente moderados, esos mismos salarios son los que se mantendrán en la situación de ultraactividad indefinida, con lo que *de facto* verán devaluado su poder adquisitivo. Y aquí es donde entran en juego, precisamente, las revisiones salariales de los convenios y el modo en que se pacten. Al respecto, es interesante referenciar la doctrina sentada por la reciente STS 28 enero 2025 (rec. 36/2023) que, básicamente, dispone que, si una cláusula de actualización salarial no tiene una limitación específica de tiempo, debe seguir aplicándose, aunque el convenio esté prorrogado.

En efecto, en el supuesto de hecho enjuiciado se planteaba el caso de un convenio no denunciado y para el que se había activado la prórroga anual prevista en el art. 83.2 ET («salvo pacto en contrario, los convenios colectivos se prorrogarán de año en año si no mediara denuncia expresa de las partes»). Pues bien, en el texto convencional resulta que estaban previstas

dos tipos de cláusulas de revisión salarial: una limitada a ejercicios específicos coincidentes con la vigencia originaria del convenio y otra, más general y no acotada en el tiempo, que implicaba revisar los salarios «de superar el IPC un 5 por 100 en cada año de vigencia del convenio», y la cuestión se centraba en dirimir si en la situación de prórroga en virtud del art. 83.2 ET decaían o, por el contrario, habían de mantenerse estas específicas cláusulas de actualización salarial.

Para resolver tal problemática, el Tribunal pasa revista a sus tesis sobre la vigencia de este tipo de clausulado durante dos períodos: el que llama de «prórroga ordinaria» (art. 83.2 ET) y que el denomina de «prórroga ultraactiva» (art. 86.3 y 86.4 ET). De este modo, señala que «no son muchos los pronunciamientos de esta Sala relacionados con la prórroga ordinaria del convenio colectivo y muchos menos si lo que se pretende es analizar los efectos de la prórroga ordinaria con relación a las cláusulas de revisión salarial. Con carácter general, la STS 21 enero 2003 (rec. 1710/2002) señaló que, producida la prórroga, ante un convenio colectivo no denunciado, rigen sus cláusulas normativas y obligacionales, pero no ha lugar a incrementar los salarios con el IPC si no estaba expresamente pactado. Y en el supuesto que allí se examinó en el convenio de referencia no existía mandato alguno de revisión o incremento salarial para después de su vigencia inicial, ni siquiera para la propia vigencia ordinaria. Y es que la previsión del artículo 86.2 ET supone la continuación del convenio en su totalidad. Pero sin que ello implique el nacimiento de obligaciones nuevas no contenidas en el texto cuya obligatoriedad se prorroga. Respecto del otro tipo de prórroga –la ultraactiva del artículo 86.3 ET– la Sala ha sostenido una posición similar: mantener que las cláusulas de incremento o revisión salarial se mantienen mientras dure la situación de ultraactividad, pero señalando que tal continuidad es inaplicable respecto de cláusulas de las que inequívocamente se desprenda su pactada limitación temporal, aún a pesar de la previsión contenida en el art. 86.3 *in fine* respecto de que en defecto de pacto se mantendrá en vigor el contenido normativo del Convenio, porque la vigencia del contenido normativo se producirá en los términos que se hubieren establecido en el propio convenio, optando por la improcedencia de actualizar las tablas salariales en aquellos supuestos en los que la cláusula de revisión está prevista, únicamente, para el período de vigencia ordinaria del convenio, pese a tratarse de cláusulas normativas insertas en convenios con ultraactividad ilimitada».

Teniendo esto en cuenta, la Sala considera que el primer mandato convencional, el de la revisión salarial durante los años de vigencia inicial del convenio, en la medida en que estaba pactado para esas determinadas anuali-

dades, no pueden mantenerse durante la prórroga ordinaria del convenio porque «el incremento de salarios (...) había sido previsto, exclusivamente, para los años de vigencia inicial pactada; y aplicar alguno de ellos para los años en los que el convenio estuvo en prórroga ordinaria implicaría la creación de obligaciones nuevas no previstas en el convenio que se prorroga». La solución es distinta para el caso del segundo mandato de revisión salarial, ya que «dado que, en este caso, la previsión no va ligada a ningún año concreto, sino que se refiere –sin distinción– a cada año de vigencia del convenio, la sentencia recurrida ha interpretado que esta previsión no está unida de manera directa a los años de vigencia inicial, sino que puede aplicarse mientras el convenio este vigente. Esta interpretación no sólo es acorde con los principios hermenéuticos que rigen la aplicación de los convenios colectivos, tal como han sido reiteradamente establecidos por esta Sala y se han transcrito anteriormente; sino que, además, se trata de una interpretación que esta Sala comparte plenamente por lógica, adecuada y coherente; y, también, porque es la que mejor se adecúa al mantenimiento del equilibrio de intereses que presidió la negociación y firma del convenio colectivo y la posterior decisión de no denunciarlo dejando que entrara en situación de prórroga ordinaria».

En definitiva, leída en sus propios términos esta sentencia y en toda su extensión, cabe concluir que tanto en el caso de la prórroga ordinaria del convenio como en la extraordinaria por ultraactividad será clave la negociación colectiva para conocer cómo y con qué extensión temporal han de pactarse las cláusulas de revisión salarial a fin de que constituyan una garantía de los derechos económicos de las personas trabajadoras frente a una situación de elevada inflación. Quizá pueda ser ésta una medida más interesante y efectiva que la ultraactividad indefinida de los convenios para asegurar que el poder adquisitivo de quienes presten sus servicios por cuenta ajena no mengüe de manera insoslayable.

CAPÍTULO XIII

LA RETRIBUCIÓN DE LAS HORAS EXTRAORDINARIAS Y EL TRABAJO NOCTURNO

M.^a TERESA MARBÁN PINILLA

Inspectora de Trabajo y Seguridad Social

Profesora Doctora de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social

Universidad San Pablo-CEU

1. INTRODUCCIÓN

La regulación de los tiempos de trabajo es una de las cuestiones más importantes en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social debido a las repercusiones que tiene en la salud y en el crédito salarial de la persona trabajadora. Las horas extraordinarias han generado preocupación durante muchos años. Las excesivas prolongaciones de jornada en muchos sectores productivos han llevado al legislador a la introducción de cambios de importante calado como la obligación prevista en el RD-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, de implementación de un registro de jornada como mecanismo de control.

No es pretensión de esta autora entrar en la cuestión sobre la reducción de la jornada anual, pero sí ha de tenerse en cuenta la posibilidad de su potencial imposición legal. Cuando dicho acontecimiento legislativo se apruebe y se publique en el BOE, tiempo habrá para analizar cada detalle.

Lo que se pretende aquí es la realización de un análisis jurídico y crítico de la retribución de las horas extraordinarias prevista en el artículo 35.1 del ET teniendo en cuenta la llamada que realiza el legislador a la negociación colectiva. Esta remisión expresa a la autonomía colectiva convierte a las prolongaciones de jornada en uno de los puntos más relevantes para la consecución de la flexibilidad de los tiempos de trabajo.

Salvo el cumplimiento de los límites mínimos establecidos legalmente por el legislador (número máximo de horas extraordinarias, prohibición de realización de horas extraordinarias por los trabajadores menores de edad, etc.) la negociación colectiva juega un papel clave en la regulación del tiempo de trabajo y su retribución. La mayoría de los convenios colectivos retribuyen las horas extraordinarias por encima del valor mínimo establecido por el legislador en el artículo 35.1 ET cuya cuantía no podrá ser inferior al valor de la hora ordinaria.

El establecimiento del número máximo anual de ochenta horas extraordinarias de carácter retribuido (salvo las previstas en el art. 35.3 del ET) no ha tenido otro propósito que la lucha contra el desempleo. Se pretendía que las prolongaciones de jornada fueran cubiertas con trabajadores desempleados y se redujera la tasa de desempleo. Sin embargo, como demuestran los datos estadísticos el objetivo no se ha conseguido ¹.

Ante una posible reducción de la jornada anual, quizá el mantenimiento de un límite anual, estático y genérico del número máximo de horas extraordinarias para todos los sectores productivos puede generar un desequilibrio que desemboque justamente en el objetivo contrario al pretendido, es decir, el aumento de número de desempleados. Si lo que pretende el legislador es la desincentivación de las prolongaciones de jornada, tal vez sea oportuna la elevación del precio mínimo legalmente previsto de la hora extraordinaria y la obstaculización de los excesos de trabajo en aquellas actividades que mayor porcentaje de horas extraordinarias realizan y más baratas resultan. O tal vez, sea momento de hacer uso de la potestad reconocida en el artículo 35.5 del ET de supresión o reducción del número máximo de horas extraordinarias en aquellas ramas de actividad o ámbitos territoriales en los que la cifra de desempleados es más elevada y las prolongaciones de jornada son continuadas y reiteradas en el tiempo.

¹ Informe del INE, Número total de horas extraordinarias realizadas en la semana por todos los asalariados por sexo y rama de actividad, 2024: Según los datos del INE el número de horas extraordinarias semanales se mantiene con tendencia al alza; entre 2021 y 2024, el número de horas extraordinarias retribuidas semanales se ha incrementado un 25,33%, concretamente de los 3.081.800 horas semanales del primer trimestre de 2021, hasta las 3.862.600 horas semanales del cuarto trimestre de 2023. Los datos se pueden consultar en: https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=4364#_tabs-tabla.

2. DEFINICIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA HORA EXTRAORDINARIA

Es necesario tener en cuenta lo que se considera hora extraordinaria para proceder a la retribución correcta y la aplicación de los efectos jurídicos que prevé el legislador. De acuerdo con lo previsto en el artículo 35.1 ET serán extraordinarias aquellas horas que exceden de la duración máxima de la jornada de trabajo prevista en el artículo 34 del ET. La definición legal ha dejado bastantes dudas en su interpretación dado que el artículo 34 ET regula la jornada máxima anual y la jornada anual pactada en convenios colectivos o contrato de trabajo.

Fue una cuestión muy controvertida la calificación de las horas trabajadas que superan la jornada máxima prevista en convenio colectivo, pero sin alcanzar la jornada máxima legal (1.826 horas y 27 minutos, resultado que se obtiene del promedio de las 40 horas semanales en un año completo). Inicialmente el Tribunal Supremo se planteó si las horas extraordinarias sólo podían ser las que exceden de la jornada máxima legal, o también lo serían las que rebasaran la jornada máxima pactada en convenio colectivo o contrato de trabajo.

En un primer momento el Tribunal Supremo en la sentencia de 18 de septiembre de 2000² se decantó por la consideración como hora extraordinaria de las horas que exceden de la jornada convencional³. Tiene lógica dicho pronunciamiento, si se tiene en cuenta que tal jornada anual convencional ha sido pactada por acuerdo de la negociación colectiva.

No obstante, años más tarde, el Tribunal Supremo en la sentencia de 8 de octubre de 2003⁴, optó por la interpretación de que solamente cabría calificar

² Rec. 1696/1999.

³ Fundamento jurídico cuarto: «...La siguiente premisa para la decisión del caso debe ser elaborada a partir de la disposición del art. 35.1 del Estatuto de los Trabajadores (ET) EDL 1995/13475, que contiene la definición legal de las horas extraordinarias. Dice este precepto que tendrán «la consideración de horas extraordinarias aquellas horas de trabajo que se realicen sobre la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, fijada de acuerdo con el artículo anterior». A su vez, el art. 34.1 del ET EDL 1995/13475 ordena por una parte que la «duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo será de cuarenta horas de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual», y dispone por otra que la «duración de la jornada de trabajo será la pactada en los convenios colectivos o contratos de trabajo». La duda que surge a la vista de los preceptos legales anteriores sobre si deben calificarse como horas extraordinarias sólo las que exceden de la jornada máxima legal (cuarenta horas), o también las que, como sucede en el caso, sin llegar a dicho límite, rebasan las jornadas máximas pactadas en convenio colectivo, o contrato de trabajo, debe ser despejada en favor de este segundo término de la alternativa. Así resulta de la utilización de distintos criterios o cánones de interpretación. Y así lo viene entendiendo también mayoritariamente la doctrina científica...».

⁴ Rec. 48/2003.

como horas extraordinarias las que se realicen sobre la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, fijada legalmente en el artículo 34.1 del ET⁵.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2006⁶, confirmó tal consideración en el asunto de la red de hospitales de Cataluña⁷.

⁵ Fundamento jurídico segundo: «El primero se refiere a la jornada máxima legal que fija el artículo 34.1.2.º del Estatuto de los Trabajadores EDL 1995/13475 y en relación con ella pueden realizarse horas extraordinarias, aunque con el límite de las 80 horas que establece el artículo 35.2 del Estatuto de los Trabajadores EDL 1995/13475 y con el límite más flexible para el supuesto excepcional de los trabajos de prevención o reparación de siniestros del número 3 de este artículo EDL 1995/13475. El artículo 24 del convenio EDV 2002/116097 es ilegal en la medida en que permita que las horas trabajadas por encima de la jornada máxima legal no se consideren horas extraordinarias cuando el trabajo se realiza como consecuencia de guardias. La exclusión de las guardias del cómputo de la jornada puede realizarse cuando se trata de tiempo de guardias de localización o mixtas en la fracción que no tiene consideración de trabajo efectivo, ni de presencia en el centro de trabajo. Pero esta exclusión no puede realizarse respecto al trabajo efectivo o al tiempo de presencia en el centro de trabajo, pues la jornada comienza a computarse desde el momento en que el trabajador se encuentre en su puesto (artículo 34.5 del Estatuto de los Trabajadores)...». Y el fundamento jurídico tercero: «Es cierto que el artículo 35.1 del Estatuto de los Trabajadores EDL 1995/13475 define las horas extraordinarias como las que se realizan sobre la duración máxima de la jornada de trabajo y que esa duración la fija el convenio colectivo, pero, como ya se ha dicho, la fijación de esa jornada ordinaria es competencia del convenio colectivo que no tiene más límite que el que se deriva del respeto de la jornada máxima legal. La parte recurrente alega además que las guardias se abonan en una cantidad inferior a la de hora ordinaria. Pero, aparte de que no ha razonado esta afirmación, que, desde luego, no puede introducirse como un hecho, como se ha intentado en el primer motivo, lo cierto es que este dato no es relevante, pues si se trata de horas ordinarias el convenio es libre para fijarlas en la cuantía que estime procedente sin más límite que el que deriva del valor del salario mínimo interprofesional y, en cualquier caso, lo que se ha impugnado en este proceso es el artículo 24 del convenio EDV 2002/116097 que fija el concepto de hora extraordinaria; no los preceptos convencionales que establecen la retribución de las guardias. Así lo ha estimado también la sentencia de 31 de octubre de 2000 EDJ 2001/53686. Por lo demás, es obvio que estamos ante un régimen laboral común; no ante una relación estatutaria, ni ante un régimen especial de jornada establecido en virtud de la autorización del artículo 34.7 del Estatuto de los Trabajadores...».

⁶ Rec. 2831/2004.

⁷ Fundamento jurídico octavo: «...discrepando de la de la sentencia recurrida EDJ 2004/66244, debe afirmarse que el tiempo de trabajo en guardias de presencia se corresponde con la definición del artículo 8.2 de la Directiva ha de enlazarse con el número 1 del artículo 35 del Estatuto de los Trabajadores, con arreglo al que «tendrán la consideración de horas extraordinarias aquellas horas de trabajo que se realicen sobre la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, fijada de acuerdo con el artículo anterior. Mediante convenio colectivo o, en su defecto, contrato individual, se optará entre abonar las horas extraordinarias en la cuantía que se fije, que en ningún caso podrá ser inferior al valor de la hora ordinaria, o compensarlas por tiempos equivalentes de descanso retribuido... Siendo así que las horas de guardia son de trabajo y que se realizan incontestablemente sobre la duración de la jornada legal máxima a que se refiere el artículo 34 ET, de ello se desprende que las horas de trabajo –y las guardias lo son– que excedan de la jornada máxima del ET, 40 horas semanales o 1.826 horas y 27 minutos anuales (artículo 6 del Acuerdo Interconfederal de 1983 –BOE de 1 de marzo –), han de calificarse como extraordinarias forzosamente. En cuanto a la remuneración de las horas extraordinarias, no cabe establecer para las horas que excedan de 40 semanales una retribución inferior a la de la hora ordinaria, pues el artículo 35.1 ET es una disposición de derecho mínimo o necesario del que no pueden lícitamente disponer las partes. Sí podría establecerse un valor hora de la guardia de presencia inferior a la ordinaria, por el contrario, con aquellas que estén comprendidas entre las 1.732 y las 1.826,27, tal y como se afirma en nuestra sentencia de 8 de octubre de 2003 (recurso 48/2003) EDJ 2003/139946, en la que se decidió declarar la nulidad del artículo 24.1.1 párrafo primero del Convenio Colectivo del Personal Laboral del sector sanitario de Galicia gestionado por Fundaciones Públicas Sanitarias o Empresas Públicas

De todo ello, se deduce que el convenio colectivo de aplicación puede establecer por encima de la jornada ordinaria unas horas complementarias y excluirlas del régimen retributivo de las horas extraordinarias, siempre que la suma de estas horas ordinarias y complementarias no exceda de la jornada máxima legal. De superarse el número de horas fijado en la jornada máxima legal, se estaría en presencia de horas extraordinarias. Según los pronunciamientos judiciales comentados anteriormente del Tribunal Supremo, la calificación como hora extraordinaria es indisponible para la negociación colectiva, pero no lo son las horas que no exceden de ese límite, que pueden retribuirse a precio inferior incluso, que la hora ordinaria, sí así lo pactan las partes del convenio⁸.

En esta línea, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2007⁹ unificó la cuestión de la siguiente forma en el fundamento jurídico cuarto: «... Ahora bien, la doctrina de la Sala en su sentencia de 8 de octubre de 2003 y en todas las de la serie ya mencionada de la red de hospitales de Cataluña ha precisado que a efectos de la regulación de las retribuciones de las horas extraordinarias en el convenio colectivo hay que distinguir dos tipos de ampliación de la jornada: las ampliaciones que superan la jornada ordinaria fijada en el convenio colectivo, pero no exceden de la jornada máxima legal y las que exceden de la jornada máxima legal. Para las primeras el convenio colectivo no está vinculado por la regla del artículo 35.1 del Estatuto de los Trabajadores, porque esta regla define «las horas extraordinarias como las que se realizan sobre la duración máxima de la jornada de trabajo», pero «la fijación de esa jornada ordinaria es competencia del convenio colectivo que no tiene más límite que el que se deriva del respeto de la jornada máxima legal»

en cuanto excluía como horas extraordinarias las horas de guardia de trabajo efectivo o de presencia que excediesen de la jornada máxima legal de 40 horas semanales. Las horas comprendidas entre la jornada máxima pactada en el Convenio –1.655 horas para el año 2002 y en 1624 horas para 2003– como tenían en todo caso y hasta las 40 la condición de ordinarias, podían ser retribuidas en la forma que el Convenio hubiese establecido, aunque su valor fuese inferior al de la hora ordinaria. En consecuencia, en el caso que aquí se resuelve, las horas realizadas en servicio de guardia de presencia han de retribuirse con el valor establecido para la hora ordinaria de trabajo, pero únicamente aquellas que excedan de la jornada semanal de 40 horas o de 1.826 horas y 27 minutos en cómputo anual. Y ello aún cuando en alguna sentencia anterior de esta Sala (STS Social de 18 de septiembre de 2000 –recurso 1696/1999– se optó por estimar que eran horas extraordinarias –tiempo de trabajo– el utilizado por vigilantes de seguridad en el desplazamiento para depositar el arma reglamentaria, computándose como tales las que se realizaban por encima de la jornada pactada, no de la máxima legal de 40 horas del artículo 34 ET. Sin embargo parece más ajustada a la literalidad de los artículos 34 y 35 ET puestos en relación uno con otro, la interpretación de que sólo cabe calificar de horas extraordinarias las que se realicen sobre la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, fijada de acuerdo con el artículo anterior, el 34, en el que se establece en 40 horas semanales la duración máxima de la jornada ordinaria...».

⁸ GARCÍA NINET, J. I.: «Las Horas Extraordinarias», en MALDONADO MONTOYA, J. P., MARÍN MORAL, I. y SEMPÉRRE NAVARRO, A. V. (dirs. y coords.), *La reordenación del tiempo de trabajo*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2022, p. 262.

⁹ Rec. 3657/2005.

y que tiene plena disponibilidad, respetando el salario mínimo interprofesional, para regular la retribución del tiempo del trabajo que no tenga la consideración legal de extraordinario. Por ello, el convenio puede establecer por encima de la jornada ordinaria unas horas complementarias y excluirlas del régimen retributivo de las horas extraordinarias, siempre que la suma de estas horas –ordinarias y complementarias– no exceda del límite de la jornada máxima legal, a partir del cual estamos ya ante horas extraordinarias, en las que la regla del artículo 35.1 del Estatuto de los Trabajadores es indisponible para la negociación colectiva, lo que no sucede con las horas que no exceden de ese límite, que pueden retribuirse a una tasa inferior a la prevista por el propio convenio para la hora ordinaria».

En pronunciamientos posteriores se ha mantenido la misma senda para la consideración de las horas extraordinarias y su retribución. Cabe destacar el asunto de impugnación del Convenio colectivo de Danone, donde el Tribunal Supremo (Sentencia de 9 de diciembre de 2010)¹⁰, señala en su fundamento jurídico sexto el precio al que se puede retribuir la hora ordinaria que supera la jornada establecida en convenio pero no la máxima legal, de la forma siguiente: «La doctrina ha sido unificada por la sentencia de Sala General de 20 de febrero de 2007, recurso 3657/06 EDJ 2007/21161, que ha establecido lo siguiente: «Ahora bien, la doctrina de la Sala en su sentencia de 8 de octubre de 2003 EDJ 2003/139946 y en todas las de la serie ya mencionada de la red de hospitales de Cataluña ha precisado que a efectos de la regulación de las retribuciones de las horas extraordinarias en el convenio colectivo hay que distinguir dos tipos de ampliación de la jornada: las ampliaciones que superan la jornada ordinaria fijada en el convenio colectivo, pero no exceden de la jornada máxima legal y las que exceden de la jornada máxima legal. Para las primeras el convenio colectivo no está vinculado por la regla del artículo 35.1 del Estatuto de los Trabajadores, porque esta regla define «las horas extraordinarias como las que se realizan sobre la duración máxima de la jornada de trabajo», pero «la fijación de esa jornada ordinaria es competencia del convenio colectivo que no tiene más límite que el que se deriva del respeto de la jornada máxima legal» y que tiene plena disponibilidad, respetando el salario mínimo interprofesional, para regular la retribución del tiempo del trabajo que no tenga la consideración legal de extraordinario. Por ello, el convenio puede establecer por encima de la jornada ordinaria unas horas complementarias y excluirlas del régimen retributivo de las horas extraordinarias, siempre que la suma de estas horas –ordinarias y complementarias– no exceda del límite de la jornada máxima legal, a partir del cual estamos ya ante horas extraordinarias, en

¹⁰ Rec.46/2009.

las que la regla del artículo 35.1 del Estatuto de los Trabajadores es indisponible para la negociación colectiva, lo que no sucede con las horas que no exceden de ese límite, que pueden retribuirse a una tasa inferior a la prevista por el propio convenio para la hora ordinaria.»

La presente doctrina del Tribunal Supremo no tiene en cuenta la autonomía colectiva reconocida por el legislador a los sujetos colectivos. Si las partes negociadoras de un sector productivo o de una empresa han alcanzado un acuerdo en la duración de la jornada anual de trabajo, de conformidad con lo previsto en el artículo 34.1 del ET, al tener reconocida tal competencia, lo lógico sería el reconocimiento del acuerdo alcanzado por las partes en la fijación de la consideración de hora extraordinaria sin sujeción al límite de la jornada máxima legal. A futuro, tal vez sería conveniente que, si la negociación colectiva tiene capacidad para fijar la duración de la jornada anual y la retribución de horas extraordinarias, bien mediante cuantía económica o bien mediante descansos compensatorios, también debería estar disponible para los sujetos negociadores la calificación como hora extraordinaria.

3. LA REGULACIÓN DE LAS HORAS EXTRAORDINARIAS: CONCEPTO, RETRIBUCIÓN, LÍMITES Y PROHIBICIONES

3.1 Concepto y retribución

De acuerdo con la redacción legal serán extraordinarias aquellas horas que exceden de la duración máxima de la jornada de trabajo prevista en el artículo 34 del ET¹¹. El adjetivo extraordinario significa «fuera del orden o regla natural o común»¹², por lo que en principio se podría pensar que el concepto de hora extraordinaria está reservado para aquella prolongación de jornada que tiene como objetivo atender las necesidades de la empresa no comunes. Sin embargo, no es así, pues las mismas normas reguladoras de las horas extraordinarias excluyen de éstas precisamente aquellas a las que mejor convendría el nombre: las realizadas para prevenir o reparar daños extraordinarios y urgentes¹³.

¹¹ 40 horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual (1.826 horas con 27 minutos).

¹² Definición del Diccionario del RAE que, además proporciona los siguientes sinónimos: extra, excepcional, asombroso, insólito, singular, raro, extraño, inusual, inhabitual, impresionante, sensacional, sorprendente, sobresaliente, chocante, macanudo.

¹³ MONTAÑA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, 43.ª ed., Tecnos, Madrid, 2022, p. 374.

En términos generales, y sin perjuicio de otras clasificaciones, de la lectura del artículo 35, del ET se pueden distinguir los siguientes tipos de horas extraordinarias:

a. Las horas extraordinarias ordinarias o habituales cuya finalidad es la de atención a las necesidades propias de la empresa derivadas del proceso productivo como pueden ser los «periodos punta». Estas prolongaciones de jornada son voluntarias para el trabajador por lo que son de aceptación libre¹⁴, sin perjuicio de lo estipulado en convenio colectivo o pacto individual (art. 35.4 ET).

El valor económico de este tipo de hora extraordinaria puede estar mejorado por convenio colectivo o contrato individual respecto del valor mínimo establecido por el legislador cuya cuantía no puede ser inferior al valor de la hora ordinaria, como se podrá comprobar en el epígrafe de la regulación convencional.

Para la determinación exacta del precio de la hora extraordinaria no debe cuantificarse exclusivamente el valor del salario base, sino que debe calcularse conforme a toda la estructura salarial del trabajador.

Sin embargo, no todos los complementos salariales se van a tener en cuenta a la hora de computar el valor de la hora extraordinaria. Han de excluirse del cálculo del valor de la hora extraordinaria los complementos derivados del puesto de trabajo como la nocturnidad, la peligrosidad, el trabajo en festivos, etc., por ser circunstancias excepcionales, salvo que, concurrieran dichas circunstancias tal y como indica la STS de 26 de marzo de 2012 en el fundamento jurídico tercero: «... el trabajador demandante tendría derecho a percibir como hora extraordinaria incrementada con el montante correspondiente a dicho complemento la trabajada en tales condiciones particulares (de noche, en festivo, etc.), pero no podría aceptarse que la reclamara como hora extraordinaria con dicha repercusión cuando no concurrieran cuales quiera de tales circunstancias, puesto que en este caso no tendría derecho a percibir ese complemento ni siquiera como hora ordinaria...»¹⁵. En la misma línea, la STS de 29 de febrero de 2012 establece en el fundamento jurídico tercero¹⁶: «... el actor solicita que se le abonaran todas las horas extraordinarias con inclusión en las mismas de pluses como los de «plus de peligrosidad, plus nocturnidad y plus festivos», cuando los tres primeros vienen establecidos en el art 69 del Convenio para retribuir las horas que se prestan utilizando la indicada radioscopia, o en horario

¹⁴ En caso de propuesta empresarial para la realización de horas extraordinarias y contestación negativa del trabajador a su realización no cabe hacer uso del poder disciplinario (art. 58 ET) dado que las mismas son voluntarias para los trabajadores.

¹⁵ Rec. 937/2011.

¹⁶ Rec. 4526/2010.

nocturno o en días festivos, etc. Si se parte de la base de que estos complementos vienen calificados en el art. 69 del Convenio como «complementos de puesto de trabajo» de forma que su devengo se produce exclusivamente cuando se trabaja en aquellas concretas situaciones es lógico y congruente que se perciban en las horas extraordinarias trabajadas de noche, en festivos, etc., pero no es aceptable, porque eso iría en contra de lo expresamente establecido por la norma convenida, que se solicite cuando no se preste el trabajo en tal situación. Por lo tanto, el trabajador demandante tendría derecho a percibir como hora extraordinaria incrementada con el montante correspondiente a dicho complemento la trabajada en tales condiciones particulares (de noche, en festivo, etc.), pero no podría aceptarse que la reclamara como hora extraordinaria con dicha repercusión cuando no concurrieran cuales quiera de tales circunstancias, puesto que en este caso no tendría derecho a percibir ese complemento ni siquiera como hora ordinaria. Se infringiría el artículo 35 ET...».

Además, han de excluirse del cómputo para la determinación del valor económico de la hora extraordinaria los conceptos extrasalariales. La postura del Tribunal Supremo es rotunda en la STS de 28 de junio de 2013 en cuyo fundamento jurídico tercero establece¹⁷: «... lo cierto es que en el presente caso consta declarado probado –ordinal segundo– que la empresa ha satisfecho la cantidad que realmente procedía por el concepto que se debate, puesto que en el cálculo de la hora extraordinaria ha excluido –como corresponde en Derecho– los conceptos extrasalariales y los pluses cuya circunstancia determinante no concurriese en las horas que se reclaman, de forma que en la presente litis se impone –sin más precisión– confirmar el fallo desestimatorio efectuado por la sentencia de instancia».

El modo de cálculo se fija en la STS de 21 de febrero de 2007 en cuyo fundamento jurídico segundo establece que con la división entre el importe anual del salario ordinario unitario y total, y el número total de horas de trabajo anuales pactadas o establecidas se obtiene la realidad del valor de la hora ordinaria¹⁸.

¹⁷ Rec. 2838/2012.

¹⁸ En la misma línea la STS de 26 de julio de 2011, rec. 3688/2010, en cuyo fundamento jurídico cuarto establece: «... En definitiva, de lo que se trata es de hallar el valor que tiene la hora trabajada, es decir, aquello que se obtiene por trabajar una hora, que no sólo incluye el salario día dividido por 8 o el semanal dividido por 40, sino también la parte de permisos legales, vacaciones y festivos a cuyo derecho se accede por el trabajo efectivo de las horas que como tal se establecen en el Convenio o se derivan del calendario laboral «, ya que para determinar, como establece nuestra Sala de casación en las sentencias anteriormente citadas, el «total de horas de trabajo anuales pactados o establecidos « de los que «se obtiene la realidad de cuál sea el valor de la hora ordinaria « debe, de no establecerse expresamente, descontarse del calendario laboral los días que por disposición legal o por Convenio colectivo no se trabajan, como son los correspondientes a las vacaciones, festivos u otros días en que no se trabaja y a los permisos legales o pactados...».

En el ámbito de la seguridad social, la remuneración que obtengan los trabajadores por la realización de este tipo de horas extraordinarias, con independencia de su cotización a efectos de accidente de trabajo y enfermedades profesionales, está sujeta a una cotización adicional¹⁹ destinada a incrementar los recursos generales del sistema de seguridad social²⁰. Esta cotización no será computable a efectos de determinar la base reguladora de las prestaciones.

b. Las horas extraordinarias que se compensan con descansos: se trata de prolongaciones de trabajo que se compensan con descansos equivalentes retribuidos. Lo más llamativo de este tipo de horas extras son sus características: una vez compensadas con descansos pierden la naturaleza de extraordinaria, por cuanto que no computan para el número máximo de horas extraordinarias (ochenta horas al año); no se retribuyen salarialmente y tampoco cotizan a la seguridad social. De ahí, que la doctrina se cuestione si se trata de auténticas horas extraordinarias o se está en presencia de un mecanismo de distribución irregular de la jornada²¹. Tal vez en el futuro, para la limitación de este tipo de prolongaciones de jornada invisibles²² se podría establecer un número máximo de horas compensadas con descansos retribuidos equivalentes²³.

c. Las horas extraordinarias de fuerza mayor o estructurales reguladas en el artículo 35.3 del ET tienen como finalidad la previsión o reparación de daños extraordinarios y urgentes de necesidad. Este tipo de horas extraordinarias no computan ni como horas ordinarias ni como extraordinarias, aunque se compensen como horas extraordinarias (art. 35.3 ET). La cotización a la segu-

¹⁹ El artículo 5 de la Orden PJC/178/2025, de 25 de febrero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2025, regula la cotización adicional de las horas extraordinarias que no estén motivadas por fuerza mayor se efectuará aplicando el tipo del 28,30 por ciento, del que el 23,60 por ciento será a cargo de la empresa y el 4,70 por ciento, a cargo de la persona trabajadora.

²⁰ Art. 24.1 del RD 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social (BOE 25 de enero de 1996).

²¹ ARIAS DOMINGUEZ, Á.: «Registro de jornada y supresión de las horas extraordinarias que se compensan con descanso, la estrategia y el objetivo», *Iuslabor*, núm. 2, 2017, p. 20.

²² GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Horas extraordinarias. Delimitación, registro y régimen jurídico*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020, p. 188.

²³ Informe del INE, *Número total de horas extraordinarias realizadas en la semana por todos los asalariados por sexo y rama de actividad, 2024, Número total de horas extraordinarias realizadas en la semana por todos los asalariados por sexo y rama de actividad, 2024*. El número de horas extraordinarias no retribuidas en el cuarto trimestre de 2023 fue de 2.478.800 horas, un 39,09% de la totalidad de las horas extraordinarias registradas; se pueden consultar los datos en: https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=4364#_tabs-tabla.

ridad social por este tipo de horas extraordinarias se efectúa aplicando un tipo especial²⁴ y reducido²⁵.

La dificultad de este tipo de horas extraordinarias consiste en la determinación de si se está en presencia de un daño extraordinario, urgente y de fuerza mayor. El Criterio Técnico núm. 14/1998 de 12 de marzo de 1998 de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre cotización adicional por horas extraordinarias²⁶ consideró que para su apreciación han de concurrir requisitos suficientes como: a) La inimputabilidad, esto es, que el hecho que genera la fuerza mayor sea independiente de la voluntad del empresario (ausencia de culpa y presencia de una diligencia normal en el comportamiento del empresario); b) La imprevisibilidad (artículo 1.105 CC), que según la doctrina civilista ha de interpretarse normalmente y según las circunstancias (concepto relativo o noción variable); y c) La inevitabilidad en caso de que el hecho fuese previsible (artículo 1.105 CC). «... Lo inevitable es también concepto relativo y que debe interpretarse desde posiciones de razonabilidad y del orden corriente de las cosas...». Matiza el Criterio Técnico que no estarían comprendidas en tal concepto, «las motivadas para prevenir o reparar averías urgentes o que no deban ser demoradas, no motivadas por las causas antes referidas y sin riesgo grave para las personas, puesto que en definitiva nos encontramos ante averías más o menos normales y en mayor o menor medida previsibles, que corresponden al concepto de horas extraordinarias estructurales».

En la misma línea, el Criterio Técnico n.º 85/2010 sobre horas extraordinarias por fuerza mayor de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social²⁷ en apartado «I. Concepto de hora extraordinaria por fuerza mayor» se remite al Criterio Técnico 14/1998, de 12 de marzo de 1998. El Criterio Técnico n.º 85/2010 cita la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

²⁴ Art. 24.2 RD 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social (BOE 25 de enero de 1996).

²⁵ Art. 5 de la Orden PJC/178/2025, de 25 de febrero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2025 establece que la cotización adicional por las horas extraordinarias motivadas por fuerza mayor se efectuará aplicando el tipo del 14,00 por ciento, del que el 12,00 por ciento será a cargo de la empresa y el 2,00 por ciento, a cargo de la persona trabajadora.

²⁶ Está parcialmente vigente su parte «Primero.– Horas extraordinarias motivadas por fuerza mayor», de acuerdo con el apartado «Tercero» del Criterio Técnico sobre revisión y vigencia de los criterios técnicos dictados por la Dirección general de la Inspección de Trabajo y Seguridad social desde el 2.04-1997 hasta el 26-02-2013» de 26 de febrero de 2013.

²⁷ Está vigente de acuerdo con el apartado «Primero» del Criterio Técnico sobre revisión y vigencia de los criterios técnicos dictados por la Dirección general de la Inspección de Trabajo y Seguridad social desde el 2.04-1997 hasta el 26-02-2013» de 26 de febrero de 2013.

de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 3.^a, de 24 marzo de 2006²⁸, que recoge reiteradas sentencias del Tribunal Supremo y en la que se hace mención a una relación de supuestos incluidos y excluidos en el concepto de fuerza mayor²⁹.

3.2 Límites y prohibiciones

3.2.1 LÍMITES

El art. 35.2 del ET establece límites de derecho necesario al disponer que el número de horas extraordinarias no podrá ser superior a ochenta al año. El legislador excluye de este número a las horas extraordinarias previstas en el apartado 3 del artículo 35 realizadas para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes.

Para los trabajadores que por la modalidad o duración de su contrato realizasen una jornada en cómputo anual inferior a la jornada general en la empre-

²⁸ Rec. 99/2004.

²⁹ «El Tribunal Supremo, en reiteradas Sentencias (Sentencias de la Sala Tercera del TS de 7 de marzo de 1995 [RJ 1995\2357], 10 de febrero de 1997 [RJ 1997\966], 17 de octubre de 1997, 3 de marzo de 1998 [RJ 1998\2304] 29 de junio de 1998 [RJ 1998\5039] y 8 de marzo del 2002 [RJ 2002\4671], entre otras) definió a la fuerza mayor como un acontecimiento externo al círculo de la empresa y del todo independiente de la voluntad del empresario que, a su vez, sea imprevisible, o que previsto sea inevitable. De lo expuesto se deduce que sólo en aquellos supuestos puntuales en que sea preciso prevenir o reparar siniestros u otros daños extraordinarios y urgentes por acontecimientos externos a la propia actividad de empresa o no causados por la actividad normal de ésta, e independientes de la voluntad del empresario, las horas extraordinarias podrán ser consideradas por fuerza mayor, pero no cuando estas tengan su origen en la prestación ordinaria del servicio, así la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1995 rechazó la reparación de las embarcaciones, como causa integrante del concepto de fuerza mayor, con cita además de las Sentencias de 7 abril 1965 (RJ 1965\2118), 10 junio 1986 (RJ 1986\3382), 29 abril 1988 (RJ 1988\3302), 20 septiembre 1989 (RJ 1989\6326) y 2 febrero 1989 (RJ 1989\658), pues la reparación ordinaria de una embarcación, es una causa previsible e inserta en el ámbito propio de la actividad del titular de la embarcación y que no le viene impuesta por causas extrañas, y sí por exigencias propias del funcionamiento del buque. Por su parte las Sentencias del Tribunal Supremo de 4, 8 y 11 de junio de 1990 (RJ 1990\4647- RJ 1990\4655- RJ 1990\4660, respectivamente), 12 de julio de 1990 (RJ 1990\6381) y 22 de noviembre de 1990 (RJ 1990\8491), rechazan la consideración como fuerza mayor de un incendio producido en una mina, razonando que la explotación de las minas cual la de autos, incluye el riesgo de incendios por lo que este evento entra dentro de las previsiones normales, ya que no viene de fuera de la misma, sino precisamente de su funcionamiento y explotación, constituyendo un riesgo que ha de ser aceptado como consecuencia de dicho funcionamiento y explotación, reiterando que la fuerza mayor se singulariza porque consiste en un acontecimiento externo al círculo de la empresa y del todo independiente de la voluntad del empresario, que entronca con la idea de lo extraordinario, catastrófico o desacostumbrado, normalmente insólito y por ello, no razonable previsiblemente, siendo la desconexión entre el evento dañoso y el área de actuación de la empresa, lo que caracteriza a la fuerza mayor y justifica las exoneraciones ó reducciones en el ingreso de aportaciones a la Seguridad Social...»

sa, el número máximo anual de horas extraordinarias se reducirá en la misma proporción que exista entre tales jornadas.

La Consulta de 21 de agosto de 2014 de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, sobre la forma de sancionar infracciones en materia de horas extraordinarias resolvió la duda respecto al modo en que deben sancionarse las infracciones relativas a la superación del tope anual de las horas extraordinarias y la posibilidad de que se considere cometida una infracción por cada trabajador afectado en las materias relativas a tiempo de trabajo. En contestación a la consulta, la Dirección General apunta que, si la sanción ha sido por superación del límite de ochenta horas extraordinarias al año, el precepto tipificador sería el previsto en el art. 7.5 de la LISOS³⁰. Respecto a la consulta de si cabe una infracción por cada trabajador, la Dirección General en el apartado 10 indica que «... no cabe olvidar que la LISOS prevé expresamente en algunos casos –puesta a disposición, alta y otros aspectos de Seguridad Social, desempleo– que se entenderá cometida una infracción por cada trabajador afectado, ni tampoco que la infracción tipificada en el artículo 7.5 LISOS no se encuentra entre esos supuestos. Por ello respecto de la transgresión de los límites del tiempo de trabajo no se entenderá cometida una infracción por cada trabajador afectado, sino que, en relación con el 7.5 citado, el número de trabajadores habrá de tenerse en cuenta tan solo para la graduación de la sanción...».

Además del establecimiento del número máximo de horas extraordinarias que se pueden realizar con carácter anual, el legislador ha previsto otros límites de naturaleza informativa para las prolongaciones de jornada. En primer lugar, cabe destacar la obligación que impone al empresario prevista en la Disp. Adic. 3.^a del Rd 1561/1995³¹ de información a la representación legal de los trabajadores con periodicidad mensual del número de horas extraordinarias realizadas.

Igualmente, a título informativo, pero con trascendencia salarial, el artículo 35.5 del ET establece que, para cómputo de horas extraordinarias, la jornada de cada trabajador se registrará día a día y se totalizará en el periodo fijado para el abono de las retribuciones, entregando copia del resumen al trabajador en el recibo correspondiente. De esta forma, se permite al trabajador

³⁰ La fecha de la consulta es de 21 de agosto de 2014, por lo que la redacción del art. 7.5 de la LISOS en aquel momento era: «La transgresión de las normas y los límites legales o pactados en materia de jornada, trabajo nocturno, horas extraordinarias, horas complementarias, descansos, vacaciones, permisos y, en general, el tiempo de trabajo a que se refieren los artículos 12, 23 y 34 a 38 del Estatuto de los Trabajadores».

³¹ Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo (BOE de 26 de septiembre de 1995).

la comprobación de las horas extraordinarias que ha realizado cada mes en su hoja de resumen que se deberá entregar junto con la nómina mensual.

3.2.2 PROHIBICIONES

El ET ha establecido una serie de prohibiciones para la realización de horas extraordinarias:

a. El artículo 36.1 del ET prohíbe la realización de horas extraordinarias a los trabajadores nocturnos. El art. 34.7 del ET prevé la posibilidad de que el límite máximo de la jornada de trabajo de los trabajadores nocturnos puede ser objeto de ampliaciones o reducciones por el Gobierno. Extramuros del ET, el art. 32 del RD 1561/1995, de 21 de septiembre admite los siguientes supuestos de horas nocturnas:

- Ampliaciones de jornada en sectores y actividades previstos en el propio RD 1561/1995, 21 de septiembre.
- Necesidad de prevenir o reparar daños extraordinarios. (En puridad, en estas situaciones no se estaría ante horas extraordinarias de acuerdo con lo previsto en el art.35.3 ET).
- Necesidades derivadas de la organización de los turnos de trabajo no imputables a la empresa (trabajadores enfermos, etc.).

En caso de realización de horas extraordinarias ha de compensarse con la reducción de la jornada de los días subsiguientes hasta alcanzar un promedio de ocho horas diarias de trabajo efectivo (art. 32.2 Rd 1561/1995, de 21 de septiembre).

b. El ET prohíbe la realización de horas extraordinarias a los menores de edad (art. 6.3 ET). Es un límite absoluto dado que no se permite ni siquiera la realización de horas extraordinarias por fuerza mayor.

c. El art. 12.4 c) ET prohíbe con carácter general (salvo para reparar siniestros o daños urgentes) las horas extraordinarias a los trabajadores a tiempo parcial.

d. De acuerdo con el artículo 13 del 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos³² que trabajen en los centros especiales de empleo, se prohíbe la realización de horas

³² Personas con discapacidad de acuerdo con el artículo 49 del CE (BOE 17 de febrero de 2024).

extraordinarias, salvo las necesarias para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios.

e. Los trabajadores que prestan servicios a través de un contrato para la formación y el aprendizaje no podrán realizar horas extraordinarias salvo en el supuesto de fuerza mayor (art. 8 del Rd 1529/2012, de 8 de noviembre, por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y se establecen las bases de la formación profesional dual).

f. De acuerdo con el apartado 4.c) de la Disposición Adicional primera del Rd 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural (BOE de 21 de marzo de 2009) durante el periodo de disfrute del permiso de maternidad o de paternidad a tiempo parcial³³, los trabajadores no podrán realizar horas extraordinarias, salvo las necesarias para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes.

Sin perjuicio de las consecuencias sancionadoras para los sujetos responsables que incumplan las prohibiciones relativas a la realización de horas extraordinarias anteriormente enumeradas, los trabajadores tendrán derecho a ser retribuidos por la realización de tales prolongaciones de jornada, dado que el exceso de jornada se ha producido³⁴.

Como mecanismo para el control de todas las desviaciones que pudieran tener lugar en la jornada del trabajador, el 34.9 del ET creó la obligación de implantación de un registro de jornada que deberá incluir el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora. La organización y documentación del registro de jornada ha de hacerse mediante negociación colectiva o acuerdo de empresa o, en su defecto, decisión del empresario previa consulta con los representantes legales de los trabajadores en la empresa. Estos registros han de conservarse durante cuatro años y permanecerán a disposición de las personas trabajadoras, de sus representantes legales y de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Este instrumento que, sirve para contabilizar las horas trabajadas facilita también la comprobación de las horas extraordinarias. Ahora bien, en caso de que en la empresa no esté implantado un sistema de control de jornada el

³³ Actualmente, nacimiento y cuidado del menor (art. 177 y ss. LGSS).

³⁴ STS 11 de junio de 2014 en el fundamento jurídico segundo equipara analógicamente la prohibición de realización de horas extraordinarias con la nulidad del contrato. De manera, que: «... lo determinante, desde luego a los efectos de su retribución, no sería sino la realidad de esa naturaleza y la efectiva realización del exceso de jornada...».

trabajador deberá aportar por otros medios de prueba la realización de las prolongaciones de jornada. De lo contrario, «presumir que las horas extraordinarias alegadas se han realizado sin necesidad de ningún tipo de prueba por parte del trabajador, supone sancionar al empresario más allá de lo legalmente previsto»³⁵.

4. LA RETRIBUCIÓN DE LAS HORAS EXTRAORDINARIAS EN LA REGULACIÓN CONVENCIONAL

El régimen jurídico de las horas extraordinarias contenido en el ET se asienta bajo el principio de la autonomía colectiva de las partes al igual que lo hace en la regulación de la jornada de trabajo. En la segunda frase del apartado 1 del artículo 35 del ET el legislador hace una llamada expresa a la regulación por convenio colectivo o en su defecto, por el contrato individual para la determinación del modo de retribución de las prolongaciones de jornada. La previsión legal de que la retribución de la hora extraordinaria en ningún caso puede ser inferior al valor de la hora ordinaria o que han de compensarse por tiempos equivalentes de descanso retribuido, tiene carácter de mínimo, susceptible de mejora por convenio colectivo o acuerdo individual.

En desarrollo del poder reconocido a la negociación colectiva son muchos los convenios colectivos que, además de regular la compensación mediante descansos, incluyen la cuantía fijada para los casos en que se opte por la retribución de las horas extraordinarias.

4.1 Convenios colectivos de ámbito sectorial

Dentro de los convenios colectivos de sector, la mayoría tienden a la retribución de las horas extraordinarias con una cuantía superior a la reconocida por el legislador en el artículo 35 del ET. De esta forma, se agrava económicamente la realización de las horas extraordinarias para la parte empresarial y se mejora salarialmente a los trabajadores que las realicen. Algunos de ellos han pactado un valor de hora extraordinaria con un incremento del 75 % sobre el

³⁵ AGUILERA IZQUIERDO, R.: «Incumplimiento de la obligación de registro de jornada y carga de la prueba de las horas extraordinarias realizadas», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 268, 2023, p. 7.

salario que correspondería a cada hora ordinaria³⁶. Otros convenios no alcanzan retribuciones tan elevadas, pero sí incrementan las cuantías mínimas previstas legalmente fijando un recargo de hasta un 35%³⁷ sobre el valor de la hora ordinaria.

También existen convenios colectivos sectoriales que introducen, aunque de manera subsidiaria, una fórmula mixta de compensación de las horas extraordinarias, de manera que se reconoce un descanso equivalente a disfrutar en los cuatro meses siguientes a su realización y un complemento en metálico del valor de la hora ordinaria³⁸.

Otros convenios colectivos han pactado una compensación de las horas extraordinarias mediante descansos compensatorios, salvo acuerdo entre las partes, sin que exista previsión convencional sobre la cuantía de la hora extraordinaria³⁹. Ello supone, sin perjuicio de lo que pacten las partes, la aplicación del valor mínimo de la hora extraordinaria fijada en el artículo 35.1 del ET.

En conclusión, se puede decir que en materia de horas extraordinarias cada sector productivo ha acordado la forma de compensación de las horas extraordinarias, bien sea mediante descansos compensatorios o bien mediante retribuciones económicas. Ello conlleva el uso por la negociación colectiva del poder o facultad reconocida en el artículo 35.1 del ET.

4.2 Convenios colectivos de ámbito empresarial

A nivel empresarial la negociación colectiva profundiza algo más en el modo de compensación de las horas extraordinarias. Según el tipo de activi-

³⁶ Art. 33 del Convenio colectivo para las cajas y entidades financieras de ahorro para el período 2024-2026 (código de convenio n.º 99000785011981, BOE 6 de junio de 2024; art. 27 del VIII Convenio colectivo sectorial estatal de cadenas de tiendas de conveniencia (código de convenio n.º 99012695012000, BOE 1 de junio de 2024).

³⁷ Art. 28 del el Convenio colectivo para los establecimientos financieros de crédito (código de convenio n.º 990001945011981, BOE 24 de julio de 2023) incrementa el importe de cada hora extra en un 35%.

³⁸ Art. 54.3.º del VIII Convenio colectivo general del sector de derivados del cemento (código de convenio n.º 99010355011996, BOE 14 de julio de 2023); Art. 36.3 VIII del Convenio colectivo estatal del sector de fabricantes de yesos, escayolas, cales y sus prefabricados (Código de convenio n.º 99011915011998, BOE 28 de febrero de 2024).

³⁹ Art. 8.1.3 Convenio colectivo estatal de artes gráficas, manipulados de papel, manipulados de cartón, editoriales e industrias auxiliares (código de convenio n.º 99000355011982, BOE 13 de octubre de 2023); y art. 37 del Convenio colectivo de empresas de mediación de seguros privados (antes agentes y corredores de seguros, Código de convenio n.º 99000165011987, BOE 15 noviembre de 2023).

dad, se pacta la preferencia por los descansos compensatorios⁴⁰ o bien la retribución económica de las horas extraordinarias⁴¹.

En actividades como el sector bancario se prefiere la compensación mediante descansos y cuando no fuera posible el disfrute de dicho descanso, se pacta una retribución consistente en un recargo del 75% sobre el precio de la hora ordinaria⁴².

Otros convenios de empresa no se decantan por un sistema, sino que se limitan a la regulación de ambos modos de retribución, por lo que serán las partes las que han de acordar el método de compensación por el que opten⁴³.

Llaman la atención los convenios colectivos de empresa que recogen un acuerdo de no realización de horas extraordinarias⁴⁴ y, sin embargo, desatenden la llamada del legislador ya que no establecen pacto alguno sobre la compensación con descansos o la retribución para de las horas extraordinarias. La falta de regulación convencional de la mera posibilidad de realización de horas extraordinarias obliga a los sujetos incluidos en el campo de aplicación del convenio a pactar individualmente cuestiones como el descanso, el periodo de disfrute o el importe de la hora extraordinaria.

El papel de la negociación colectiva es clave en la regulación del tiempo de trabajo, dado que permite a las empresas y trabajadores la adaptación a las circunstancias laborales y económicas de cada sector o actividad económica. Con ello se consigue la flexibilidad de la jornada de trabajo tan demandada por las partes. La imposición de condiciones de trabajo de manera rígida y estática por el legislador, sin diálogo social jamás conseguirá el equilibrio en los derechos e intereses de las personas trabajadoras y las empresas.

⁴⁰ Art. 21 del IX Convenio colectivo de la empresa Telefónica IoT & Big Data Tech, SAU (código de convenio n.º 90006382011990, BOE de 9 de octubre de 2023), acuerda la compensación mediante descansos.

⁴¹ Convenio colectivo de Saint-Gobain Cristalería, SL (código de convenio n.º 90014002012002, BOE 2 de octubre de 2023).

⁴² Art. 18 del IV Convenio colectivo de la Fundació Bancaria Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona «La Caixa» (código de convenio n.º 90102302012016 BOE 7 de junio de 2024); Art. 27 del III Convenio colectivo de la empresa Unedisa Comunicaciones, SL (código de convenio n.º 90100452012011, BOE de 19 de junio de 2024).

⁴³ Art. 37 del IX Convenio colectivo del Grupo Prisa Radio (Prisa Radio, SA, Radio Lleida, SL, Sociedad Española de Radiodifusión, SLU., Radio Zaragoza, SA, Radio Club de Canarias, SA, Radio Murcia, SA, Iniciativas Radiofónicas Castilla La Mancha, SL, Propulsora Montañesa, SA, Ediciones Lm, SL, Podium Podcast SL, Sonido e Imagen de Canarias, SA, Código de convenio n.º 90004783011982, BOE de 23 DE de marzo de 2024).

⁴⁴ Art. 8 de Convenio Colectivo de Volkswagen Renting, SA (Código de Convenio n.º 90104372012023, BOE de 9 de octubre de 2023).

4.3 Lucha contra el desempleo y fomento de la contratación

La primera consecuencia que se extrae de la lectura de muchos convenios colectivos de ámbito sectorial y empresarial es el reconocimiento expreso de realización de horas extraordinarias en sus ámbitos de aplicación. Ello se comprueba en la dedicación de uno o varios artículos del texto convencional que regulan exclusivamente las horas extraordinarias. En la mayor parte de los casos, el desarrollo convencional pone el foco en la regulación del acuerdo sobre compensación mediante descansos, la retribución económica y la cuantía.

Llama la atención que, en los últimos años muchos convenios colectivos incluyen al comienzo de la regulación de las horas extraordinarias, casi a modo de principio general⁴⁵, una manifestación de no realización de horas extraordinarias. En dichos apartados se suele aludir a la necesidad de «...contribuir a las políticas de fomento del empleo... y... la utilización de las horas extraordinarias debe tener un tratamiento excepcional...»⁴⁶; otros optan por expresiones como la «... supresión de las horas extraordinarias habituales...»⁴⁷.

Pese a esa invocación como principio general, la realidad de muchos sectores productivos son las prolongaciones de jornada que, si bien no son habituales a lo largo de todo el año, si pueden aparecer en periodos estacionales concretos⁴⁸.

La regulación legal y convencional de las horas extraordinarias ha tenido dos finalidades: la primera, el fomento de nuevas contrataciones para cubrir aquellos tiempos de trabajo que, si bien podían ocupar trabajadores ya empleados, se debe ocupar por aquellos que están desempleados; y la segunda, la

⁴⁵ ARIAS DOMÍNGUEZ, Á.: «Tendencias «avant-garde» de la ordenación del tiempo de trabajo en la negociación colectiva», en MALDONADO MONTOTO, J. P., MARÍN MORAL, I. y SEMPERE NAVARRO, A. V. (dirs. y coords.), *La reordenación del tiempo de trabajo*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2022, p. 528.

⁴⁶ Art. 36 del VIII Convenio colectivo estatal del sector de fabricantes de yesos, escayolas, cales y sus prefabricados (Código de convenio: 99011915011998, BOE 28 de febrero de 2024) del Convenio colectivo estatal de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida (código de convenio n.º 99004935011982, BOE 7 de diciembre de 2023).

⁴⁷ Art. 34 del Convenio colectivo estatal de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida (código de convenio n.º 99004935011982, BOE 7 de diciembre de 2023).

⁴⁸ Informe del INE, *Número total de horas extraordinarias realizadas en la semana por todos los asalariados por sexo y rama de actividad, 2024*: En el sector de la hostelería, el volumen más elevado de horas extraordinarias semanales registrado anualmente entre 2021 y 2024 siempre se da en el tercer trimestre del año ascendiendo a 608.900 horas extraordinarias semanales (un 28,78% del total), frente a las 432.700 horas del primer trimestre (un 20,45% del total). En cambio, en el sector de educación, el número de horas extraordinarias semanales en el tercer trimestre de 2024 ascendió a 177.500 horas frente a las registradas en el cuarto trimestre cuyo total fue de 471.500 horas; se pueden consultar los datos en: https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=4364#_tabs-tabla

evitación de los perjuicios que supone a la persona trabajadora la realización de horas extraordinarias.

Ambas finalidades no son evaluables como de idéntico peso, sino que han de situarse ordenadas tal como han sido enunciadas, con intenso predominio de la primera⁴⁹. Es necesario analizar la compatibilidad de algunas prestaciones de la seguridad social con el trabajo, la compatibilidad del ingreso mínimo vital con las rentas del trabajo, y su potencial impacto en el fomento de la contratación a través de las horas extraordinarias⁵⁰. La optimización de los recursos y su distribución óptima destinados a una buena política de empleo podría ser la solución para acabar con el porcentaje de desempleados. La nueva contratación de trabajadores para la cobertura de las prolongaciones de jornada es una decisión que depende de las empresas y del sector productivo correspondiente y sus características. Ha de ser la negociación colectiva la que determine el número máximo de horas extraordinarias a realizar, el periodo estacional, el método de retribución y su cuantía, atendiendo a las especialidades características de cada sector. Ha quedado probado que la imposición general y estática a todos los sectores productivos del número máximo de ochenta horas extraordinarias al año no ha acabado con el problema. De ahí, que se hayan creado instrumentos de control para el cumplimiento de las obligaciones relativas al registro de jornada.

Llama la atención que el legislador haya descuidado la segunda y verdadera finalidad de la regulación de las horas extraordinarias, como es la protección de la salud física y mental del trabajador. Ello es así, dado que no se ha contemplado en la regulación legal un plus retributivo que compense el mayor esfuerzo psicofísico que supone para cualquier persona trabajadora ese plus de trabajo (no debería olvidarse la estrecha conexión entre la regulación legal del tiempo de trabajo y la protección del derecho a la seguridad y salud en los entornos de trabajo)⁵¹. Se puede decir así, que el legislador ha delegado el reconocimiento del plus de esfuerzo psicofísico del trabajador en la autonomía colectiva.

En cambio, resulta aún más llamativo que, pese a no haber establecido legalmente un plus retributivo de la hora extraordinaria, el legislador español sí haya agravado la cotización a la seguridad social de las mismas. La remuneración que obtengan los trabajadores en concepto de horas extraor-

⁴⁹ SÁNCHEZ PEGO, F. J.: «La actuación de la supremacía de la ley ante el convenio colectivo (especial referencia a la retribución de las horas extraordinarias)», *Actualidad Laboral*, núm. 48, 1987, p. 2664.

⁵⁰ Art. 11.4 de la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital (BOE de 21 de diciembre de 2021).

⁵¹ MOLINA NAVARRETE, C.: «El derecho a una retribución suplementaria por las horas extraordinarias: otro juicio de convencionalidad debido, pero olvidado», *Trabajo y Derecho*, núm. 119, 2024, p. 4.

dinarias, con independencia de su cotización a efectos de accidente de trabajo y enfermedades profesionales, estará sujeta a una cotización adicional⁵² destinada a incrementar los recursos generales del sistema de seguridad social⁵³. Esta cotización no será computable a efectos de determinar la base reguladora de las prestaciones.

Si lo que se pretende es la obtención de recursos para el sistema de seguridad social⁵⁴, y también, la de la utilización de la cotización a la seguridad social como medio disuasorio de realización de horas extraordinarias, en aras de una política de empleo, con la que se perseguía que la reducción de horas extraordinarias liberase oportunidades de ocupación de desempleados⁵⁵, tal vez la solución no sea la limitación del número de horas extraordinarias sino la agravación aun más de la cotización a la seguridad social de las horas extraordinarias.

La jornada máxima legal de cuarenta horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual y la limitación del número máximo de ochenta horas extraordinarias al año no parece haber conseguido el objetivo pretendido de que tales prolongaciones de jornada fueran cubiertas con trabajadores desempleados. En algunos sectores productivos la cifra de desempleados sigue siendo alta y la realización de horas extraordinarias en esos sectores es persistente. Como demuestran los datos estadísticos el objetivo no se ha cumplido⁵⁶. La imposición legal del número máximo de horas extraordinarias sin tener en cuenta las necesidades y características de cada empresa impide alcanzar la flexibilización de la gestión del trabajo.

⁵² El artículo 5 de la Orden PJC/178/2025, de 25 de febrero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2025, regula la cotización adicional de las horas extraordinarias que no estén motivadas por fuerza mayor se efectuará aplicando el tipo del 28,30 por ciento, del que el 23,60 por ciento será a cargo de la empresa y el 4,70 por ciento, a cargo de la persona trabajadora.

⁵³ Art. 24 del RD 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social (BOE 25 de enero de 1996).

⁵⁴ ALONSO SECO, J. M.: «La cotización a la Seguridad Social por horas extraordinarias (Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana –Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª– de 17 de octubre de 1989), *Revista de Seguridad Social*, núm. 42, 1989, p. 102.

⁵⁵ GARCÍA NINET, J. I.: «La cotización adicional por horas extraordinarias y su computabilidad a efectos de la base reguladora de prestaciones de Seguridad Social. Comentarios en torno a la STS-3.ª de 27 de marzo de 1991), *Tribuna Social*, núms. 8-9, 1991, p. 48.

⁵⁶ Informe del INE, *Número total de horas extraordinarias realizadas en la semana por todos los asalariados por sexo y rama de actividad, 2024* e Informe del INE, *Parados por sector económico y comunidad autónoma, 2024*: El número de horas extraordinarias semanales realizadas en el sector de la construcción se incrementó en el cuarto trimestre de 2023 a 365.500 horas semanales, frente a las 285.800 horas extraordinarias semanales del tercer trimestre del mismo año. En cambio, el número de desempleados en el sector de la construcción en el cuarto trimestre de 2023 no descendió, sino que aumentó en 6.800 personas; se puede consultar los datos en: https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=3979#_tabs-tabla y en <https://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=3979&L=0>.

Ante una posible reducción de la jornada anual, quizá el mantenimiento de un límite anual, estático y genérico del número máximo de horas extraordinarias para todos los sectores productivos puede generar un desequilibrio empresarial que desemboque justamente en el objetivo contrario pretendido, es decir, el aumento de número de desempleados. Si lo que pretende el legislador es la desincentivación de las prolongaciones de jornada, tal vez sea oportuna la elevación del precio mínimo legalmente previsto de la hora extraordinaria y la obstaculización de los excesos de trabajo en aquellas actividades que mayor porcentaje de horas extraordinarias se realizan y más baratas resultan. La Carta Social Europea reconoce el derecho de los trabajadores a un incremento de remuneración para las horas extraordinarias, salvo en determinación de caso particulares⁵⁷; incluso, se puede establecer distinta retribución y cotización a la seguridad social de las horas extraordinarias como hace la legislación francesa⁵⁸, en función del número de horas extraordinarias realizadas; es decir, a partir de la octava hora extraordinaria la retribución y la cotización a la seguridad social será inferior que si se está ante la cuadragésima hora extraordinaria. O tal vez, sea momento de hacer uso de la potestad reconocida en el artículo 35.5 del ET de supresión del número máximo o reducción del número máximo de horas extraordinarias en aquellas ramas de actividad o ámbitos territoriales en los que la cifra de desempleados es más elevada y las prolongaciones de jornada son continuadas y reiteradas en el tiempo. Esta potestad ya se utilizó en la reforma del artículo 35.2 del ET de 1980 cuando se suprimieron los límites diario y mensual a efectos de horas extraordinarias por el Real Decreto-ley 1/1986, de 14 de marzo, de medidas urgentes administrativas, financieras, fiscales y laborales en el artículo 10 y cuya finalidad se expresaba en los párrafos noveno y décimo de la exposición de motivos «...para incrementar así las expectativas de generación de empleo. En segundo lugar, y con el propósito de que este número máximo de horas extraordinarias de posible realización anual sea utilizado por las Empresas, con la aceptación voluntaria de los trabajadores, de una forma flexible que permita su realización en aquellos períodos de actividad que requieran una intensificación del trabajo de la plantilla, se procede a la eliminación de los límites diarios y mensuales que figuraban en el Estatuto de los Trabajadores...».

⁵⁷ Art. 4.2 de la Carta Social Europea.

⁵⁸ El artículo L3121-36 del Código del Trabajo de Francia (versión vigente desde el 10 de agosto de 2016) establece: «A falta de convenio, las horas extraordinarias trabajadas que excedan la duración semanal legal establecida en el artículo L. 3121-27 o la duración considerada equivalente darán lugar a un aumento salarial del 25 % por cada una de las primeras ocho horas extraordinarias. Las horas siguientes darán lugar a un aumento del 50 %».

5. LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y LAS HORAS EXTRAORDINARIAS

Una de las funciones que tiene encomendada la ITSS previstas en el artículo 12.1 de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social⁵⁹ es la de vigilancia y exigencia del cumplimiento de las normas legales, reglamentarias y del contenido de los acuerdos y convenios colectivos, en el ámbito del sistema de relaciones laborales, entre las que cabe destacar la protección del crédito salarial. La ITSS investiga a aquellas empresas que no retribuyen el salario debido a las personas trabajadoras y su correcta cotización a la seguridad social⁶⁰. Este impago puede ser total o parcial; puede afectar a la totalidad de las cantidades que debe percibir el trabajador (salario base, complementos, pagas extraordinarias, etc.) o puede afectar solamente a un concepto, como, por ejemplo, las horas extraordinarias.

Cuando en una actuación inspectora se detecta que una empresa no ha retribuido las horas extraordinarias o se han retribuido en cuantía inferior a las establecidas legal, convencional o contractualmente y los trabajadores no han disfrutado de los descansos compensatorios, las medidas⁶¹ que puede adoptar el Inspector/a de Trabajo y Seguridad Social son las siguientes:

a. Requerimiento al sujeto responsable, la empresa, para que en el plazo que fije el inspector/a de Trabajo y Seguridad Social proceda al abono y cotización a la seguridad social de las horas extraordinarias probadas. En caso de incumplimiento, el inspector/a podrá extender acta de infracción coordinada con acta de liquidación de cuotas a la seguridad social. Téngase en cuenta que el inspector/a podrá incrementar la cuantía de la sanción de acuerdo con el criterio agravante previsto en el artículo 39.2 de la LISOS⁶².

b. Iniciación del procedimiento sancionador mediante la extensión de acta de infracción y liquidación de cuotas a la seguridad social (salvo que la empresa hubiera declarado bases de cotización ajustadas a las retribuciones salariales debidas, pero, sin retribución a sus trabajadores por los salarios debidos).

⁵⁹ BOE 22 de julio de 2015.

⁶⁰ Art. 12.1.c), 1.º de la Ley 23/2015, de 21 de julio.

⁶¹ Art. 22 de la Ley 23/2015, de 21 de julio.

⁶² Incumplimiento de las advertencias previas y requerimientos de la Inspección, sin perjuicio de la utilización de otros criterios (cifra de negocios, número de trabajadores afectados, etc.).

c. La medida a disposición del inspector prevista en el artículo 14.3 del Rd 928/1998, de 14 de mayo⁶³ cuando éste apreciase que de la infracción se derivan perjuicios económicos para los trabajadores afectados. En esos casos, el inspector/a extiende acta de infracción con estimación de perjuicios económicos (cantidades adeudadas a los trabajadores dentro de los tres años anteriores al inicio de las actuaciones inspectoras). En el propio acta de infracción se deben recoger tales perjuicios, consignando los requisitos exigidos para la validez de las demandas ante el órgano jurisdiccional social. En estos casos, la resolución que dicte la Autoridad Laboral operará ante la Jurisdicción Social como una demanda de oficio conforme a lo previsto en los artículos 148.a) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre⁶⁴. Las especialidades son las siguientes⁶⁵:

- El procedimiento se seguirá de oficio, aun sin asistencia de los trabajadores perjudicados, a los que se emplazará al efecto y una vez comparecidos tendrán la consideración de parte, si bien no podrán desistir ni solicitar la suspensión del proceso.

- La conciliación tan sólo podrá autorizarse por el secretario judicial o en su caso por el juez o tribunal, cuando fuera cumplidamente satisfecha la totalidad de los perjuicios causados por la infracción.

- Los pactos entre trabajadores y empresarios posteriores al acta de infracción tan sólo tendrán eficacia en el supuesto de que hayan sido celebrados en presencia del inspector/a de trabajo que levantó el acta o de la autoridad laboral.

- Las afirmaciones de hechos que se contengan en la resolución o comunicación base del proceso harán fe salvo prueba en contrario, incumbiendo toda la carga de la prueba a la parte demandada.

- Las sentencias que se dicten en estos procesos habrán de ejecutarse siempre de oficio.

El precepto tipificador de la sanción se encuentra regulado en el artículo 8.1 de la LISOS: El impago y los retrasos reiterados en el pago del salario debido. La no percepción íntegra de la totalidad del salario debido a los trabajadores, si los retrasos son reiterados, se corresponde con la infracción prevista. Así lo han confirmado los pronunciamientos judiciales: «El impago a los trabajadores de las horas extraordinarias al no haber sido compensadas con

⁶³ Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social (BOE 3 de junio de 1998).

⁶⁴ Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (BOE 11 de octubre de 2011).

⁶⁵ Art. 150.2 Ley 36/2011, de 10 de octubre.

tiempos de descanso equivalentes, lo que implica un pago incompleto del salario debido en los meses en los que dichas horas extras no se abonaron por la empresa (Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia de 19 de setiembre de 2016⁶⁶; del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 17 de octubre de 2023⁶⁷, y de 6 de noviembre de 2020⁶⁸, que fue confirmada por el Tribunal Supremo en sentencia de 11 de enero de 2023⁶⁹; del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 19 de abril de 2024⁷⁰ y de 1 de julio de 2020⁷¹)⁷².

6. RETRIBUCIÓN DEL TRABAJO NOCTURNO

El ET da una definición de lo que ha de entenderse por trabajo nocturno en el artículo 36 al que le dedica hasta cuatro párrafos del apartado 1. De manera general indica que será trabajo nocturno el realizado entre las diez de la noche y las seis de la mañana. A continuación, establece como obligación empresarial la información a la Autoridad Laboral de la realización de trabajo nocturno de manera regular. Se establece un límite de jornada diaria para los trabajadores que no podrá exceder de ocho horas diarias de promedio, en un periodo de referencia de quince días, y establece la prohibición de realización de horas extraordinarias.

Llama la atención la insistencia del legislador, que pese a haber indicado la franja horaria de realización del trabajo nocturno, precisa lo que ha de considerarse trabajador nocturno: aquél que realice normalmente en periodo nocturno una parte no inferior a tres horas de su jornada diaria de trabajo, así como a aquel que se prevea que puede realizar en tal periodo una parte no inferior a un tercio de su jornada de trabajo anual.

La retribución del trabajo nocturno se regula en el apartado 2 del artículo 36 del ET, dado que el primer apartado el legislador lo dedica a definición del concepto de trabajo nocturno. Con parecida redacción a la regulación de las horas extraordinarias, el legislador encomienda la fijación de la retribución del

⁶⁶ Rec. n.º 1220/2015.

⁶⁷ Rec. n.º 8329/2022.

⁶⁸ Rec. n.º 20/2019.

⁶⁹ Rcud n.º 146/2021.

⁷⁰ Rec. n.º 3809/2023.

⁷¹ Rec. n.º 5878/2019.

⁷² BANDERA GALLEG0, J. C.: «Las sanciones administrativas en el orden social por impago parcial de salarios: una controvertida decisión de la autoridad laboral de la Junta de Andalucía», *Revista crítica de Relaciones de Trabajo*, n.º13, 2024, p. 135.

trabajo nocturno a la negociación colectiva. Ello podría haber dado lugar a que se pactaran salarios inferiores que los que reciben los trabajadores que prestan servicios en horario diurno. Sin embargo, esto carecería de sentido, dado que la prestación de servicios en horario nocturno se realiza en condiciones de trabajo más gravosas.

El ET de 1980⁷³ en el artículo 34. Seis regulaba la retribución del trabajo nocturno y para ello establecía un incremento de un veinticinco por ciento sobre el salario base, salvo que el salario se haya establecido atendiendo a que el trabajo sea nocturno. Con la modificación operada por la Ley 11/1994, de 19 de mayo⁷⁴ quedó regulado de la misma forma que ha llegado hasta el ET de 2015 vigente: «El trabajo nocturno tendrá una retribución específica que se determinará en la negociación colectiva, salvo que el salario se haya establecido atendiendo a que el trabajo sea nocturno por su propia naturaleza o se haya acordado la compensación de este trabajo por descansos». Se optó por «autonomizar el régimen remuneratorio de las horas nocturnas y con ello y aquí el dato a retener, reconoce expresamente que los interlocutores sociales están hoy lo suficientemente «maduros» como para colaborar con aquél en la tarea de proveer un régimen remuneratorio que satisfaga las aspiraciones personales de los trabajadores nocturnos...»⁷⁵.

A nivel sectorial encontramos convenios que regulan el trabajo nocturno incluyendo una cláusula sin perjuicio para aquellos trabajadores que hayan sido contratados específicamente para trabajos nocturnos y cuyo salario se ha fijado en atención a ello. Una vez establecida esta excepción, la fórmula más habitual de retribución del trabajo nocturno es a través de plus o complemento por nocturnidad⁷⁶. Otros convenios sectoriales establecen una cantidad fija para la retribución del trabajo nocturno por hora trabajada en horario nocturno⁷⁷. Y, sin embargo, llama la atención que existan conve-

⁷³ Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores (BOE de 14 de marzo de 1980).

⁷⁴ Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

⁷⁵ MONREAL BRINGSVAERD, E.: «Retribución en metálico de trabajo nocturno, horas extraordinarias y en los transportes, horas de presencia: régimen estatal y problemática convencional», *Revista de seguridad social y laboral*, 2004, núm. 159, p. 34.

⁷⁶ Art. 54 del VII Convenio colectivo de industrias de ferralla 2023-2024 (código de convenio n.º 99012395011999, BOE 16 de febrero de 2024) fija el complemento en un 25 % del salario base; Art.35 Convenio colectivo estatal del sector de prensa diaria (código de convenio: 99013745012001, BOE 19 de junio de 2024) lo fija en un 22% de incremento del salario base.

⁷⁷ Art. 40 del XX Convenio colectivo general de la industria química (código de convenio n.º 99004235011981) de 19 de julio de 2021, establece una percepción mínima de 11,74 € brutos por noche completa trabajada para el año 2021, 11,98 € brutos para el año 2022 y 12,22 € brutos para el año 2023, o la parte proporcional al tiempo trabajado en periodo nocturno.

nios colectivos de sector que no regulan nada en relación con el trabajo nocturno⁷⁸.

A nivel empresarial la regulación descende a un detalle superior y se opta por el abono de una cantidad fija por hora nocturna trabajada⁷⁹. En ocasiones, el valor de la hora trabajada es netamente superior si el 50% de la jornada de trabajo se realiza en horario nocturno⁸⁰. También se pueden encontrar convenios colectivos empresariales que optan por la aplicación de un porcentaje sobre el valor de la hora ordinaria⁸¹. Y finalmente podemos encontrar convenios que establecen dos tipos de retribución del horario nocturno en función de los trabajadores⁸². Más preocupantes son los convenios colectivos de ámbito empresarial que no han dispuesto nada sobre el trabajo nocturno⁸³.

7. CONCLUSIONES

El establecimiento de un número límite de horas extraordinarias y la fijación del valor de la hora extraordinaria con carácter de mínimo como la hora ordinaria, no han conseguido el objetivo del pleno empleo. Para lograr que esas horas extraordinarias se realicen por los trabajadores desempleados tal vez sería conveniente el abono de las horas extraordinarias en cuantía superior a la hora ordinaria. De este modo, quizá las empresas tendrían ma-

⁷⁸ Convenio colectivo para las empresas del sector de harinas panificables y sémolas para los años 2023, 2024 y 2025 (código de convenio n.º 99002455011981, BOE 3 de mayo de 2024).

⁷⁹ El art. 26 del VI Convenio colectivo de la empresa Logifruit Iberia, SLU (código de convenio n.º 90100372012011, BOE 3 de mayo de 2024), hace depender la cantidad fija de la hora nocturna según la categoría profesional: categoría A, le corresponde 1,44 euros/hora nocturna; B1-b2-b3, 1,55 euros/hora y B4, 1,80 euros/hora.

⁸⁰ Art. 11 del I Convenio colectivo de la empresa Siemens Energy, SA (código de convenio n.º 90104652012024, BOE 27 de mayo de 2024) fija para 2025 en 3,54 euros/hora nocturna y si el 50% de la jornada se realiza en horario nocturno el precio de la hora nocturna se calcula de la siguiente forma para 2025: 28,28 euros/jornada.

⁸¹ Art. 25 del Convenio Colectivo de la empresa Euro Depot España, SA (Código de convenio n.º 90016762012007, BOE 27 de septiembre de 2023) establece un recargo del 25 por 100 sobre el valor de la hora ordinaria.

⁸² El art. 5.7 del VIII Convenio colectivo de Compañía Levantina de Bebidas Gaseosas, SLU (COLEBEGA) (código de Convenio n.º 90010632011996, BOE 2 de septiembre de 2023) establece que «... se abonará un suplemento del 40 por ciento para las personas trabajadoras que realicen su trabajo durante el período comprendido entre las 22 horas y las 6 horas del día siguiente, que se calculará sobre el salario base de grupo y el complemento de nivel salarial», pero añade «...El plus mensual (doce pagas) que se abona al personal del departamento de juventud por su trabajo nocturno es de doscientos setenta y ocho con noventa y ocho euros brutos (278,98 euros brutos)».

⁸³ V Convenio colectivo de la empresa Bofrost*, SAU (Código de Convenio n.º 90102032012015, BOE 2 de abril de 2025).

por incentivo en acudir a trabajadores desempleados. La imposición legal del límite de horas extraordinarias sin tener en cuenta las necesidades y características de cada sector impide alcanzar la flexibilización de la gestión del tiempo de trabajo. La nueva contratación de trabajadores para la cobertura de las prolongaciones de jornada es una decisión que depende de las empresas y del sector productivo correspondiente y sus características. Ha de ser la negociación colectiva la que determine el número máximo de horas extraordinarias a realizar, el periodo estacional, el método de retribución y su cuantía, etc. atendiendo a las características de cada sector. Ante una posible reducción de la jornada anual, quizá el mantenimiento de un límite anual, estático y genérico del número máximo de horas extraordinarias para todos los sectores productivos puede generar una falta de alineamiento con las necesidades de la empresa que desemboque justamente en el objetivo contrario pretendido, es decir, el aumento de número de desempleados. Si lo que pretende el legislador es la desincentivación de las prolongaciones de jornada, tal vez sea oportuno la elevación del precio mínimo legalmente previsto de la hora extraordinaria, su cotización a la seguridad social y la obstaculización de los excesos de trabajo en aquellas actividades que mayor porcentaje de horas extraordinarias realizan y más baratas resultan; o incluso, se puede establecer distinta retribución y cotización a la seguridad social de las horas extraordinarias, como hace la legislación francesa, en función del número de horas extraordinarias realizadas; es decir, a partir de la octava hora extraordinaria la retribución y la cotización a la seguridad social será inferior que si se está ante la cuadragésima hora extraordinaria. O tal vez, sea momento de hacer uso de la potestad reconocida en el artículo 35.5 del ET de supresión del número máximo o reducción del número máximo de horas extraordinarias en aquellas ramas de actividad o ámbitos territoriales en los que la cifra de desempleados es más elevada y las prolongaciones de jornada son continuadas y reiteradas en el tiempo.

En materia de retribución de horas extraordinarias y trabajo nocturno el legislador ha confiado en el diálogo social para su regulación. Ello permite que las empresas y trabajadores adapten su regulación a sus características específicas según el sector productivo al que pertenezcan. La sustitución de la negociación colectiva por la imposición legal para la regulación de determinados aspectos del tiempo de trabajo puede generar un desequilibrio en los intereses de las empresas y los trabajadores que impida alcanzar la flexibilidad de la jornada de trabajo.

8. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA IZQUIERDO, R.: «Incumplimiento de la obligación de registro de jornada y carga de la prueba de las horas extraordinarias realizadas», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 268, 2023, p. 7.
- ALONSO SECO, J. M.: «La cotización a la Seguridad Social por horas extraordinarias (Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana –Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª– de 17 de octubre de 1989)», *Revista de Seguridad Social*, núm. 42, 1989, p. 102.
- ARIAS DOMÍNGUEZ, Á.: «Tendencias «avant-garde» de la ordenación del tiempo de trabajo en la negociación colectiva», en MALDONADO MONTOYA, J. P., MARÍN MORAL, I. y SEMPERE NAVARRO, A. V. (dirs. y coords.), *La reordenación del tiempo de trabajo*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2022, p. 528.
- «Registro de jornada y supresión de las horas extraordinarias que se compensan con descanso, la estrategia y el objetivo», *Iuslabor*, núm. 2, 2017.
- BANDERA GALLEGU, J. C.: «Las sanciones administrativas en el orden social por impago parcial de salarios: una controvertida decisión de la autoridad laboral de la Junta de Andalucía», *Revista crítica de Relaciones de Trabajo*, n.º 13, 2024, p. 135.
- GARCÍA NINET, J. I.: «Las Horas Extraordinarias», en MALDONADO MONTOYA, J. P., MARÍN MORAL, I. y SEMPERE NAVARRO, A. V. (dirs. y coords.), *La reordenación del tiempo de trabajo*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2022, p. 262.
- «La cotización adicional por horas extraordinarias y su computabilidad a efectos de la base reguladora de prestaciones de Seguridad Social. Comentarios en torno a la STS-3.ª de 27 de marzo de 1991), *Tribuna Social*, núms. 8-9, 1991, p. 48.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Horas extraordinarias. Delimitación, registro y régimen jurídico*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020, p. 188.
- MOLINA NAVARRETE, C.: «El derecho a una retribución suplementaria por las horas extraordinarias: otro juicio de convencionalidad debido, pero olvidado», *Trabajo y Derecho*, núm. 119, 2024, p. 4.
- MONREAL BRINGSVAERD, E.: «Retribución en metálico de trabajo nocturno, horas extraordinarias y en los transportes, horas de presencia: régimen estatal y problemática convencional», *Revista de seguridad social y laboral*, 2004, núm. 159, p. 34.
- MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, 43.ª ed., Tecnos, Madrid, 2022, p. 374.
- SÁNCHEZ PEGO, F. J.: «La actuación de la supremacía de la ley ante el convenio colectivo (especial referencia a la retribución de las horas extraordinarias)», *Actuación Laboral*, núm. 48, 1987, p. 2664.

CAPÍTULO XIV

CUESTIONES CONTROVERTIDAS EN TORNO A LA RETRIBUCIÓN DE TIEMPOS DE DESCANSO Y PERMISOS

ELENA LASAOSA IRIGOYEN

Prof. Titular de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social
Universidad Rey Juan Carlos

1. INTRODUCCIÓN Y MARCO NORMATIVO

Como es conocido la obligación retributiva no se aplica únicamente a las horas de efectiva prestación de servicios laborales, sino que alcanza también al tiempo destinado al descanso semanal, a las vacaciones y a conmemorar las fechas establecidas como festividades. Asimismo, entra en juego en las diversas situaciones que se configuran como permisos remunerados en la ley, la negociación colectiva o el contrato. En las páginas que siguen se examinará la ordenación vigente sobre esta materia, con el objetivo de detenerse especialmente en aquellas cuestiones que a día de hoy presentan más aspectos problemáticos o litigiosos.

1.1 Tiempos de descanso

Nuestro ordenamiento expresa de manera recurrente que el salario corresponde al tiempo de trabajo pero también al de descanso legalmente establecido. Esta idea está presente en la propia definición del salario, cuando in-

cluye las percepciones destinadas a compensar «los tiempos de descanso computables como de trabajo» (art. 26.1 ET); y en las menciones explícitas al carácter retribuido de las fiestas laborables (art. 37.2 ET) y de las vacaciones (art. 38.1 ET).

A nivel reglamentario, también alude a la retribución del descanso semanal y de las fiestas laborales el art. 47 del Real Decreto 2001/1983, de 28 de julio, sobre regulación de la jornada de trabajo, jornadas especiales y descansos, al que se volverá con posterioridad.

El régimen vigente encuentra su fundamento en el art. 40.2 CE, que proclama la obligación de los poderes públicos de garantizar «el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral» y «las vacaciones periódicas retribuidas».

En realidad, el carácter asalariado es un elemento consustancial al derecho al descanso; pues piénsese que en caso contrario, si se descontasen del salario las interrupciones de la actividad destinadas al reposo semanal, vacacional o en días festivos, se estaría desincentivando su disfrute y vaciando de contenido el derecho de la persona trabajadora a hacer un alto en su actividad¹.

Como más adelante se tendrá ocasión de comprobar, en el Derecho de la Unión Europea resulta trascendental en esta materia la Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. Que además de regular los descansos mínimos obligatorios, establece el carácter retribuido de las vacaciones en su art. 7.

Se trata de una cuestión sobre la que ya el art. 158 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea dispone que «los Estados miembros procurarán mantener la equivalencia existente entre los regímenes de vacaciones retribuidas».

En el mismo sentido, el art. 31.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea afirma que «todo trabajador tiene derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo y a periodos de descanso diarios y semanales, así como a un periodo de vacaciones anuales retribuidas». Al respecto, cabe señalar que la aplicabilidad directa de este art. 31 CDFUE en los litigios entre particulares ha sido afirmada por el TJUE en la Sentencia de 6 de noviembre de 2018, Bauer y Broßonn².

¹ En este sentido, MARTÍN RODRÍGUEZ, Olaya: «La problemática existente en la retribución del periodo de vacaciones», *Documentación Laboral*, núm. 108, 2016, p. 14.

² Asuntos acumulados C-569/16 y C-570/16 (ECLI: EU: C:2018:871). En esta resolución se declara el derecho de los herederos de un trabajador fallecido a recibir una compensación económica por sus vacaciones no disfrutadas, a pesar de que la legislación nacional no lo contempla, con base en

En el ámbito internacional, aunque la Organización Internacional del Trabajo se ha ocupado de abordar la materia que nos ocupa en varios instrumentos, hay que señalar la gran relevancia del Convenio núm. 132 sobre las vacaciones pagadas (revisado) (1970), ratificado por España en 1972.

Cabe añadir que ya la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU de 1948 proclamaba que «Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas». Y en la misma línea, el art. 7 d) del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966 afirmaba que «Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial (...) el descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos».

1.2 Permisos retribuidos

De otro lado, nuestro ordenamiento establece que en aquellas situaciones que se configuran como permisos o licencias retribuidas la persona trabajadora mantenga el derecho a percibir el salario, si concurren determinadas circunstancias, pese a estar ausente de su puesto de trabajo.

Obviamente los permisos retribuidos se configuran como excepciones al carácter sinalagmático del contrato de trabajo, al exigirse a la empleadora el abono del salario cuando no existe la prestación de servicios que constituye el objeto del contrato, siempre y cuando se den las condiciones legalmente previstas.

Conforman un listado que viene recogido en distintos preceptos: fundamentalmente en el art. 37 ET³, pero también en otros como el art. 23 ET, en cuanto a los permisos para concurrir a exámenes y de formación profesional,

el art. 31.2 CDFUE. *Vid.* al respecto GALLEGO MOYA, Fermín: «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el derecho a las vacaciones», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 227, 2020: tras quedar descartada en este caso la aplicabilidad del art. 7 de la Directiva 2003/88/CE, por tratarse de un pleito entre particulares, el TJUE vuelve sus ojos al art. 31. 2 CDFUE y declara que su contenido es imperativo e incondicional y confiere a los particulares un derecho que se puede ejercitar ante los órganos jurisdiccionales.

³ En relación con el art. 68 ET, respecto al permiso retribuido para el ejercicio de funciones de representación sindical previsto en el art. 37.3 e) ET.

y el art. 53.2 ET respecto de la licencia para buscar un nuevo empleo en el caso de despido por causas objetivas⁴.

Se trata en todo caso de una enumeración legal de carácter tasado, como no podría ser de otra manera teniendo en cuenta la naturaleza de excepción a la regla general que caracteriza a la figura del permiso retribuido⁵. Aunque sin perjuicio, claro está, de que puedan añadirse otras situaciones por la vía convencional o contractual.

En lo que respecta al Derecho social de la Unión Europea, esta materia se aborda desde el plano de la conciliación de la vida laboral y familiar. Señaladamente, en la Directiva (UE) 2019/1158, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, sobre la que se tratará más adelante.

Asimismo, conviene mencionar que aparecen referencias a permisos retribuidos concretos en algunas normas internacionales, como el Convenio de la OIT núm. 140 sobre la licencia pagada de estudios (1974), ratificado por España en 1978.

2. CUESTIONES CONTROVERTIDAS

2.1 Retribución de las vacaciones

2.1.1 EL DERECHO A LA RETRIBUCIÓN «NORMAL O MEDIA»

Una de las cuestiones en torno a la retribución de los descansos que tradicionalmente han resultado de mayor litigiosidad es la referente a la determinación del salario vacacional; tanto en lo referente al cálculo de su importe como en cuanto a las diferentes partidas que deben conformarlo.

Tal y como a menudo ha señalado la doctrina, cuando el art. 38 ET alude a las «vacaciones anuales retribuidas», no especifica ni cómo debe calcularse

⁴ Al margen de otros permisos retribuidos de carácter extraordinario y temporal, como los regulados en el art. 42 del Real Decreto-Ley 7/2024, de 11 de noviembre, por el que se adoptan medidas urgentes para el impulso del Plan de respuesta inmediata, reconstrucción y relanzamiento frente a los daños causados por la Depresión Aislada en Niveles Altos (DANA) en diferentes municipios entre el 28 de octubre y el 4 de noviembre de 2024.

⁵ Así pues, el listado de permisos retribuidos legalmente establecidos no puede ampliarse a otras situaciones que no estén expresamente previstas. En este sentido, se deniega la pretensión sindical de que se considere como permiso retribuido el tiempo dedicado a participar en una mesa electoral durante las elecciones sindicales (en aplicación del art. 73.3 ET), por parte de las personas trabajadoras cuyo horario laboral no coincide con el de la actividad de la mesa, en la STSJ (Social) La Rioja 10 octubre 2019 (ECLI: ES: TSJLR:2019:497).

el montante de dicha compensación, ni cuáles son exactamente las percepciones que debe incluir, de entre todas las que menciona el art. 26 ET al describir la estructura salarial: salario base, complementos por condiciones personales, por trabajo realizado y por situación y resultados de la empresa, salario en especie, etc. Tampoco establece el art. 38 ET criterio alguno para calcular la cuantía, en aquellos casos en que la persona trabajadora viene recibiendo una remuneración variable.

Aporta sin duda mayor precisión al respecto el art. 7 del Convenio de la OIT núm. 132 sobre las vacaciones pagadas, cuando declara que: «Toda persona que tome vacaciones de conformidad con las disposiciones del presente Convenio percibirá, por el periodo entero de esas vacaciones, por lo menos su remuneración normal o media (incluido el equivalente en efectivo de cualquier parte de esa remuneración que se pague en especie, salvo si se trata de prestaciones permanentes de que disfruta el interesado independientemente de las vacaciones pagadas), calculada en la forma que determine en cada país la autoridad competente o el organismo apropiado».

No está de más recordar que nos encontramos ante un Convenio ratificado por España y publicado en el BOE, y que por lo tanto ha pasado a formar parte del ordenamiento jurídico interno, según dispone el art. 96.1 CE y como expresamente señalan algunos de los pronunciamientos que aplican aquella norma internacional⁶.

Como puede observarse el Convenio núm. 132 recoge el criterio de la retribución «normal o media», como principio básico para determinar tanto las percepciones económicas que deben incluirse en la remuneración vacacional como su cuantía. Este principio, a menudo llamado «de equivalencia» quiere decir en esencia que durante su periodo de asueto, la persona trabajadora tiene derecho a recibir un salario equivalente al que cobra los demás meses o días del año.

Puede ser ilustrativo referirse al camino recorrido hasta este punto, para indicar que durante un tiempo, la jurisprudencia de nuestro país vino admitiendo que los convenios colectivos especificasen libremente los conceptos retributivos que debían o no incluirse en la paga de las vacaciones.

Los tribunales aplicaban estas precisiones convencionales, aun cuando ello supusiera la exclusión de algún complemento salarial que sí se percibía durante el resto del año. Consideraban que el convenio colectivo podía apartarse de la regla de la remuneración normal o media de las vacaciones, siempre y

⁶ Entre ellos las SSTS (Social) 8 junio 2016 (ECLI: ES: TS:2016:2728) y 22 mayo 2020 (ECLI: ES: TS:2020:1455).

cuando se respetasen en cómputo anual los mínimos indisponibles de derecho necesario relativos a la cuantía salarial⁷.

Así por ejemplo, se aceptaba que la empresa no abonase un plus de toxicidad, penosidad y peligrosidad durante esos días a personas trabajadoras que sí lo percibían el resto del año, si así lo prescribía el convenio colectivo aplicable⁸. O en otros casos, un complemento de mayor dedicación⁹ u otro denominado «de instalaciones fijas»¹⁰, o el de nocturnidad¹¹.

Se argumentaba entonces que esta interpretación no contravenía el art. 7 del Convenio núm. 132, con base en la remisión que contiene este precepto a la vía interna para determinar los conceptos retributivos a abonar durante el periodo de asueto. En concreto, cuando afirma: «remuneración normal o media [...] calculada en la forma que determine en cada país la autoridad competente o el organismo apropiado»; en relación con el art. 1 del mismo texto, que reza: «La legislación nacional dará efecto a las disposiciones del presente Convenio en la medida en que esto no se haga por medio de contratos colectivos [...] o de otra manera compatible con la práctica nacional que sea apropiada a las condiciones del país». Se entendía, en definitiva, que el Convenio núm. 132 contenía un reenvío al ordenamiento interno para especificar los conceptos retributivos a abonar durante las vacaciones, y dentro del ordenamiento interno de nuestro país el convenio colectivo constituye una relevante fuente de Derecho.

Pero con posterioridad se produjo un trascendental giro jurisprudencial, que vino motivado por los pronunciamientos emitidos por el TJUE al interpretar el art. 7 de la Directiva 2003/88/CE sobre determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, alusivo a las vacaciones pagadas.

En efecto, el máximo intérprete del Derecho eurounitario afirmaba en aquellas sentencias que «La obligación de retribuir las vacaciones tiene como objetivo colocar al trabajador, durante las citadas vacaciones, en una situación que, desde el punto de vista del salario, sea comparable a los periodos de trabajo»¹². En consecuencia, «el trabajador debe percibir la retribución ordinaria por dicho período de descanso»¹³, debiendo incluirse no solo su salario

⁷ SSTs (Social) 20 enero 1992 (rec. 792/1991); 25 abril 2006 (rec. 16/05); 26 julio 2010 (rec. 199/09); y 6 marzo 2012 (rec. 80/11).

⁸ SSTs (Social) 19 abril 2007 (rec. 1000/2006); 30 abril 2007 (rec. 701/2006) y 3 octubre 2007 (rec. 2083/2006).

⁹ STS (Social) 30 septiembre 1992 (RJ 1992,6829).

¹⁰ STS (Social) y noviembre 1992 (RJ 1992,8786).

¹¹ STS (Social) 29 octubre 1996 (rec. 1030/1996).

¹² STJUE 16 marzo 2006, Robinson Steele, asuntos acumulados C-131/04 y C-257/04.

¹³ STJUE 20 enero 2009, Schultz-Hoff, asuntos acumulados C-350/06 y C-520/06.

base sino todas las partidas que estando intrínsecamente vinculadas a la realización de su trabajo, se incluyan en el cálculo de su retribución global¹⁴.

Se razonaba que al fin y al cabo, cualquier minoración durante la época vacacional respecto del salario ordinario supondría para la persona trabajadora una medida disuasoria del disfrute de su descanso, y por lo tanto una vulneración de la Directiva 2003/88/CE, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. Así ocurriría si por ejemplo se dejase fuera de la paga vacacional el importe que habitualmente se cobra en concepto de comisiones¹⁵.

Como no podía ser de otra manera esta doctrina del TJUE fue asumida por los órganos jurisdiccionales españoles¹⁶. Que desde entonces ya no admiten que el convenio colectivo imponga un salario vacacional inferior al que la persona trabajadora viniese percibiendo durante el año, mediante la exclusión de determinados complementos.

Así por ejemplo, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo considera inaplicables las cláusulas convencionales que excluyen del salario vacacional el abono de un llamado «plus de disponibilidad» y de un «complemento de carrera comercial»¹⁷, por entender que no son conformes al art. 7 de la Directiva 2003/88/CE (según la interpretación de este precepto contenida en la doctrina del TJUE)¹⁸. Y lo mismo respecto de complementos por puesto de trabajo¹⁹; y en fin, en cuanto a complementos de horas extraordinarias, plus de

¹⁴ STJUE 15 septiembre 2011, Williams y otros, asunto C-155/10.

¹⁵ STJUE 22 mayo 2014, Lock, asunto C-539/12. Al respecto, afirma GALLEGO MOYA, Fermín: «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el derecho a las vacaciones», cit.: «el derecho a vacaciones y su carácter retribuido deben ser tratados como «dos vertientes de un mismo derecho», debiendo encontrarse el trabajador durante su descanso vacacional en una situación comparable, a efectos salariales, a la que se encuentra cuando está prestando sus servicios. El trabajador precisa, por tanto, el mantenimiento de un determinado nivel económico que le garantice un disfrute pleno del descanso vacacional».

¹⁶ Acerca de la interpretación «extensiva» de la doctrina del TJUE llevada a cabo inicialmente por la Audiencia Nacional y su corrección por el Tribunal Supremo *vid.* GALLEGO MOYA, Fermín: «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el derecho a las vacaciones», cit.

¹⁷ STS (Social) 8 junio 2016 (ECLI: ES: TS:2016:2728), cit.

¹⁸ «El principio de *interpretación conforme* del Derecho Comunitario, que obliga a los órganos jurisdiccionales a hacer todo lo posible por alcanzar el resultado a que se refiere la Directiva, y el art. 7.1 del Convenio 132 OIT, que es Derecho interno (art. 96.1 CE) y reconoce el derecho a la remuneración normal o media durante las vacaciones, calculada en la forma que determine en cada país la autoridad competente o el organismo apropiado, imponen que aunque la fijación de esa retribución normal o media por parte de la negociación colectiva admita un comprensible grado de discrecionalidad, la misma no puede alcanzar la distorsión del concepto –normal o media– hasta el punto de hacerlo irreconocible» (LACOMBA PÉREZ, Fco. Ramón: «El salario de las vacaciones. Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2016 (casos Telefónica Móviles y Asoc. Contact Center Española)», *Lex Social*, vol. 7, núm. 1, 2017, p. 296).

¹⁹ STS (Social) 15 septiembre 2016 (ECLI: ES: TS:2016:4366).

responsabilidad, supervisión o mando, plus de nocturnidad, plus de atención continuada²⁰, etc.

La retribución correspondiente al tiempo de descanso, en suma, no debe ser menor que la ordinaria, normal o media; o lo que es lo mismo debe ser comparable a la obtenida durante los periodos de trabajo efectivo. En su Sentencia de 30 de noviembre de 2015, la Sala de lo Social del TS afirma que «ha de comprender todos los conceptos salariales en su promedio, no incluyéndose en ellos y siendo excepción los conceptos salariales de carácter extraordinarios establecidos para remunerar también actividades extraordinarias»²¹.

De lo dicho hasta aquí se infiere que determinados complementos deben mantenerse necesariamente durante las vacaciones, ya que por su propia naturaleza no pueden considerarse extraordinarios u ocasionales. Así sucede con los de carácter personal, como por ejemplo los de antigüedad y los relacionados con las titulaciones, idiomas, etc.²².

Sin embargo, respecto de otro tipo de complementos será preciso examinar su carácter ordinario o extraordinario, para establecer solo en el primer caso su mantenimiento durante las vacaciones. Y este examen no debe realizarse en términos generales sino para cada supuesto y cada persona trabajadora en concreto²³.

Sucede así con las percepciones que tienen que ver con el trabajo realizado: nocturnidad, turnicidad, peligrosidad, toxicidad, penosidad, disponibilidad, complementos fijados por trabajar en festivos, plus de presencia, etc. En otros términos, el percibo de un mismo complemento, como el de nocturnidad, puede ser habitual y normal para un empleado, y totalmente ocasional para otro.

Lo mismo cabe afirmar respecto de las comisiones por ventas; si una persona recibe normalmente en su nómina mensual una retribución por este concepto, durante sus vacaciones no deberá verse privada de dicha partida. E igualmente, en cuanto a las horas extraordinarias remuneradas (y no compensadas): si realiza horas extraordinarias de manera habitual tendrá derecho a

²⁰ STS (Social) 25 febrero 2020 (ECLI: ES: TS:2020:911).

²¹ STS (Social) 30 noviembre 2015 (ECLI: ES: TS:2015:5590). En esta línea, la STS (Social) 30 junio 2016 (ECLI: ES: TS:2016:3244) entiende que «el plus hora festiva, el que retribuye la renuncia a recuperar las horas de trabajo en día festivo, no merece el calificativo de remuneración ordinaria, sino extraordinaria, porque con él se retribuyen trabajos extraordinarios a cuya realización no obligaban ni el contrato, ni el convenio colectivo».

²² STS (Social) 22 mayo 2020 (ECLI: ES: TS:2020:1746). *Vid.* al respecto SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente: «¿Tiene libertad el convenio colectivo para fijar la remuneración vacacional?», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2023.

²³ Por todas, SSTs (Social) 28 febrero 2018 (ECLI: ES: TS:2018:884) y 16 mayo 2018 (ECLI: ES: TS:2018:2171).

una cantidad equivalente en vacaciones; y también si cobra generalmente un complemento destinado a compensar el trabajo en festivos, etc.

Aclárese al respecto que el hecho de que un complemento tenga una cuantía variable no quiere decir que sea extraordinario, ya que puede ser ordinario en su percibo, pero con variaciones en su importe²⁴.

En definitiva, la clave está en la habitualidad en el cobro de la partida de que se trate; concurriendo habitualidad procede su abono en vacaciones, pero no si solamente se ha recibido en alguna ocasión, con carácter excepcional u esporádico²⁵.

Ciertamente, nada impide que el convenio colectivo aplicable concrete cuál debe ser el criterio para determinar la existencia de dicha habitualidad. Por esta vía, la negociación colectiva sigue conservando cierto margen de discrecionalidad sobre la materia tal y como recoge el art. 7 del Convenio 132: «remuneración normal o media [...] calculada en la forma que determine en cada país la autoridad competente o el organismo adecuado»²⁶.

Pero en ausencia de tal determinación por la vía convencional, la jurisprudencia ha aportado un criterio objetivo y matemático, según el cual si se ha percibido el complemento durante seis o más meses de entre los últimos once, se entiende que su cobro es habitual, normal u ordinario. Sin que sea suficiente por tanto que la persona trabajadora lo haya obtenido en alguna ocasión esporádica: «la línea divisoria entre la ocasionalidad y la habitualidad ha de situarse en el percibo del plus en la mayoría de mensualidades del año de cuyo disfrute vacacional se trate»²⁷.

Conviene aclarar al respecto, como ha hecho la Sala de lo Social del TS, que corresponde a la empleadora la carga de demostrar el carácter esporádico

²⁴ En palabras de la STS (Social) 17 diciembre 1996 (rec. 1321/1996): «La tesis... en virtud de la cual las comisiones, al ponderar el resultado del trabajo en la cuantía de la retribución, no serían una remuneración de carácter ordinario es incorrecta, porque confunde el carácter normal de la retribución del trabajo con la invariabilidad de su importe». En el mismo sentido, STS (Social) 30 mayo 2000 (rec. 3589/1999).

²⁵ SSTS (Social) 30 mayo 2000 (rec. 3589/1999), 16 junio 2016 (ECLI: ES: TS:2016:3081), 29 septiembre 2016 (ECLI: ES: TS:2016:4400), 14 marzo 2019 (ECLI: ES: TS:2019:1689); 23 abril 2019 (ECLI: ES: TS:2019:3484) y 18 junio 2020 (ECLI: ES:2020:2113), esta última con relación a un complemento por tutorías que reciben quienes se encargan de formar al personal en prácticas: «si la retribución de las tutorías se percibe de forma habitual o normal, ha de incluirse en la retribución de las vacaciones».

²⁶ SSTS (Social) 28 febrero 2018 (ECLI: ES: TS:2018:884) y 22 mayo 2020 (ECLI: ES: TS:2020:1455).

²⁷ STS (Social) 22 mayo 2020 (ECLI: ES: TS:2020:1746). En el mismo sentido, STS (Social) 28 febrero 2018 (ECLI: ES: TS:2018:884) y 23 abril 2019 (ECLI: ES: TS:2019:3484). Al respecto *vid.* SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente: «¿Tiene libertad el convenio colectivo para fijar la remuneración vacacional?», cit

u ocasional del cobro del complemento y no a la persona trabajadora, por ser aquella la que ostenta la mayor disponibilidad y facilidad para ello²⁸.

Una vez que ha quedado establecido el derecho al complemento salarial de que se trate, y solo entonces, si se trata de una partida de cuantía variable el segundo paso consistirá en proceder a calcular su importe durante las vacaciones; para ello habrá de hallarse la cuantía media que se viene recibiendo²⁹.

Para hallar esta remuneración normal o media se debe promediar lo cobrado en tal concepto en los últimos once meses. Así lo ha afirmado la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en su Sentencia de 7 de marzo de 2024, precisando que no se han de tomar los once meses del año natural en curso al que corresponden las vacaciones; sino los once meses anteriores a las vacaciones que es algo distinto³⁰. Esta resolución daba respuesta a un caso en el que la empresa, al no saber todavía cuáles serían las retribuciones variables de la persona trabajadora durante todo el año en curso, abonaba un salario vacacional provisional y lo regularizaba después a final de año (práctica que la sentencia declara inadmisibile, porque las personas trabajadoras tienen derecho a recibir antes de sus vacaciones la paga correspondiente a estas, en aplicación del art. 7 del Convenio núm. 132 de la OIT, cuestión sobre la que se tratará más adelante).

Aplicando el mismo razonamiento que se ha expuesto con relación a la cuantía de los complementos salariales, se debe efectuar también un cálculo del promedio que se ha cobrado cuando, en los meses anteriores, la jornada ordinaria ha experimentado variaciones. Así sucede por ejemplo con las personas trabajadoras a tiempo parcial a quienes durante un tiempo se les amplió la jornada respecto de la inicialmente pactada en su contrato. Su retribución durante las vacaciones será el resultado de promediar la recibida a lo largo de los once meses anteriores, que en tal caso ha sufrido variaciones entre unos meses y otros, en función de la jornada trabajada. Significa ello que no se deben excluir, para el cálculo del promedio, las cantidades recibidas como consecuencia de ampliaciones de jornada temporales experimentadas en el último año, tomando en consideración únicamente la jornada vigente en el momento del disfrute. Semejante práctica supondría además una discriminación de quienes trabajan a tiempo parcial que está proscrita por la

²⁸ SSTs (Social) 28 febrero 2018 (ECLI: ES: TS:2018:884) y 22 mayo 2020 (ECLI: ES: TS:2020:1746).

²⁹ *Vid.* SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente: «¿Tiene libertad el convenio colectivo para fijar la remuneración vacacional?», cit.

³⁰ ECLI: ES: TS:2024:1521: «no significa que se deba acudir al promedio dentro de cada año natural, antes y después del disfrute de las vacaciones, sino que el «periodo de los once meses correspondientes a la anualidad de devengo de las vacaciones» viene referido al periodo inmediatamente anterior a ese disfrute».

cláusula 4 de la Directiva 97/81/CE, Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial y por el art. 12.4 d) ET³¹.

Con referencia a los bonus, configurados como cantidad variable que se cobra una vez al año en función de los objetivos logrados por la empresa, conviene señalar que si su devengo es anual no tiene ningún sentido su inclusión en la paga vacacional, porque se entiende que ese pago anual ya retribuye todos los meses incluyendo las vacaciones³².

Ahora bien, es importante tener presente que todo cuanto se ha expresado hasta aquí, en cuanto a las percepciones que han de integrar la paga vacacional, se refiere a las de naturaleza salarial pero no a las extrasalariales.

Conviene remitirse en este punto de nuevo al apartado 1 del art. 26 ET. Como es sabido este precepto establece una distinción entre las partidas salariales y las extrasalariales, e incluye entre las primeras tanto las que compensan el trabajo efectivo como las que retribuyen «los periodos de descanso computables como de trabajo».

Pero distintos son aquellos pagos a las que alude el apartado 2 del mismo artículo, que no constituyen salario y que por lo tanto están al margen de la obligación retributiva, incluida la correspondiente al descanso. En otros términos, no está garantizado el percibo en vacaciones de las dietas ni de cualquier otro tipo de indemnizaciones o suplidos (salvo que el convenio colectivo de aplicación o el contrato así lo establezcan).

En este sentido se ha manifestado la jurisprudencia eurounitaria, en su interpretación del art. 7 de la Directiva 2003/88/CE, indicando que la obligación empresarial no alcanza al abono de las dietas³³.

Ello supone que, naturalmente, para dirimir si se debe abonar durante las vacaciones una determinada partida, será preciso primero establecer su carácter salarial o extrasalarial³⁴.

³¹ SSTs (Social) 22 mayo 2020 (ECLI: ES: TS:2020:1746) y 7 marzo 2024 (ECLI: ES: TS:2024:1521). Al respecto DEL REY GUANTER, Salvador: «Jornada parcial variable y retribución de las vacaciones», *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, núm. 451, 2020, p. 221: «pese a que el caso se plantea en relación con la ampliación de jornada y la retribución de las personas trabajadoras a tiempo parcial, la solución de la STS 394/2020 es susceptible de extenderse a otros supuestos análogos, como las horas complementarias, también propias de esta modalidad contractual».

³² SSTs (Social) 8 junio 2016 (ECLI: ES: TS:2016:2728) y 9 junio 2016 (ECLI: ES: TS:3219).

³³ STJUE 15 septiembre 2011, Williams y otros, asunto C-55/10: «los elementos de la retribución global del trabajador que tienen por único objeto cubrir los gastos ocasionales o accesorios que surjan con ocasión de la ejecución de las tareas que incumben al trabajador según su contrato de trabajo, como los gastos vinculados al tiempo que los pilotos están obligados a pasar fuera de la base, no deben ser tenidos en cuenta para calcular el pago que se ha de abonar durante las vacaciones anuales».

³⁴ Algunos ejemplos: la STS (Social) 16 mayo 2018 (ECLI: ES: TS:2018:2171) analiza las características del plus de «quebranto de moneda» para concluir que es extrasalarial y descartar por ello su abono en vacaciones. Por su parte, la STS (Social) 18 junio 2020 (ECLI: ES:2020:2113) observa el «plus de transpor-

Ahora bien, una vez establecida su naturaleza salarial, la obligación empresarial de mantener el abono en vacaciones alcanza también a las percepciones en especie, que deben pagarse según su equivalente en efectivo, tal y como se encarga de precisar el art. 7 del Convenio núm. 132 de la OIT, salvo que se trate de prestaciones que el interesado disfrute permanentemente y con independencia del hecho de estar de vacaciones.

2.1.2 MOMENTO DEL PERCIBO DE LA RETRIBUCIÓN VACACIONAL

En lo relativo al momento del pago, nótese que la persona trabajadora tiene derecho a recibir la remuneración vacacional coincidiendo precisamente con su periodo de descanso y no con posterioridad.

Se desprende de ello que no es admisible que en el periodo vacacional se cobre un salario inferior que es provisional, y que se acabará complementando a finales de año tras una regularización definitiva, según ha precisado la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 2024³⁵. Esta resolución se apoya en el art. 7 del Convenio núm. 132 de la OIT, en cuya virtud la retribución se debe producir precisamente antes de las vacaciones.

Tampoco puede sustituirse esta obligación por el abono de pagos parciales fraccionados durante el resto de los meses del año, de tal manera que el trabajador no reciba una cantidad específica cuando disfruta de sus vacaciones. Así lo afirma el TJUE en la Sentencia de 16 de marzo de 2006, Robinson-Steele³⁶; descartándose además que pueda pactarse otra cosa por vía contractual.

Cuestión muy distinta es que evidentemente, si las pagas extraordinarias se cobran prorrateadas, entonces la retribución vacacional deberá incluir la parte proporcional de dichas pagas.

Nótese que en relación con la posibilidad de convertir la paga vacacional en pagos fraccionados, el Convenio núm. 132 resulta más permisivo que la Directiva 2003/88/CE porque admite pacto en contrario, cuando prevé en su

te» controvertido para declarar su carácter extrasalarial y por tanto su exclusión a estos efectos. Y la STS (Social) 17 marzo 2020 (ECLI: ES:2020:1379) hace lo propio respecto de los «pluses de manutención». Más recientemente, la STS (Social) 2 julio 2025 (ECLI:ES:TS:2025:3326) califica como salarial una «dieta de embarque» y dispone por ello que debe abonarse durante las vacaciones.

³⁵ ECLI: ES: TS:2024:1521. Comentada por LOUSADA AROCHENA, Fernando: «Nuevas fricciones entre el derecho internacional del trabajo y nuestro derecho interno: ¿Debe ser pagada la retribución de las vacaciones antes de su disfrute?», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 4, 2024.

³⁶ Asuntos acumulados C-131/04 y C-257/04. El TJUE declaró esta práctica contraria al art. 7 de la Directiva 93/104/CE, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, que era la norma vigente al tiempo de los hechos y cuyo art. 7 es idéntico al de la actual Directiva 2003/88/CE.

art. 7.2 que «El monto debido en virtud del párrafo 1 deberá ser pagado a la persona empleada interesada antes de sus vacaciones, a menos que se haya previsto de otro modo en un acuerdo que vincule al empleador y a dicha persona».

Pero además, un detalle no menor y que a menudo pasa desapercibido es que este art. 7.2 del Convenio núm. 132 que acaba de reproducirse contiene la locución «antes de sus vacaciones», para referirse al momento exacto en que se debe abonar la paga. Y obsérvese que, como recientemente ha puesto de manifiesto la doctrina, «ni el Estatuto de los Trabajadores, ni tampoco la negociación colectiva (es la tónica absolutamente general, sin perjuicio de que pueda haber algún caso en que se transcriba lo establecido en la norma internacional), establecen la obligatoriedad de anticipar la retribución de las vacaciones»³⁷.

2.1.3 PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LAS RECLAMACIONES SOBRE RETRIBUCIÓN DE LAS VACACIONES

De otro lado, no se debe confundir la figura de la caducidad anual de las vacaciones, que se infiere del tenor literal del art. 38 ET (El periodo de vacaciones «anuales» retribuidas), y se refiere a la fecha de su disfrute, con el plazo establecido para reclamar las diferencias salariales correspondientes al periodo vacacional.

Este último está sujeto al plazo general de prescripción de un año, establecido en el art. 59 ET para las acciones derivadas del contrato de trabajo que no tengan plazo especial; tal y como afirma la STS (Social) de 28 de febrero 2018³⁸.

2.1.4 VACACIONES NO DISFRUTADAS A LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO

Tanto el art. 38 ET como el art. 7 de la Directiva 2003/88/CE expresan claramente que las vacaciones deben tener lugar efectivamente y proscriben la

³⁷ LOUSADA AROCHENA, Fernando: «Nuevas fricciones entre el derecho internacional del trabajo y nuestro derecho interno: ¿Debe ser pagada la retribución de las vacaciones antes de su disfrute?», cit., quien añade: «Queda saber cuál sería el resultado si se pidiese en toda su extensión lo que establece el artículo 7.2 del Convenio 132 OIT. Aunque, si, en línea con la sentencia comentada, no se cuestiona ni la eficacia de la norma internacional en nuestro derecho interno, ni el alcance de su previsión, el resultado no debería diferir en absoluto de su estricta literalidad».

³⁸ ECLI: ES: TS:2018:884: «una cosa es que las vacaciones puedan disfrutarse en el curso del año y otra muy diversa es que la prescripción de una reclamación por diferencias en su retribución inicie su cómputo precisamente el día final del año». En el mismo sentido, STS (Social) 15 septiembre 2022 (ECLI: ES: TS:2022:3454).

sustitución de su disfrute por una compensación financiera, ya que por esta vía el derecho al descanso quedaría vaciado de contenido.

Pero al mismo tiempo y como es de todos sabido, cuando el contrato laboral finaliza sin que se hubiesen disfrutado algunos o todos los días de vacaciones devengados, estos pueden compensarse económicamente. Pues al fin y al cabo, una vez finalizada la relación «es materialmente imposible disfrutar de las vacaciones anuales»³⁹. Esta posibilidad, que constituye una excepción a la regla general del disfrute efectivo, se prevé explícitamente en el art. 7.2 de la Directiva 2003/88/CE: «excepto en caso de conclusión de la relación laboral».

Este derecho a la compensación financiera subsiste, incluso, cuando no haya quedado demostrado que la ausencia de disfrute por parte de la persona trabajadora no se debió a motivos ajenos a su voluntad, según ha expresado el TJUE en su Sentencia de 18 de enero de 2024, *Comune di Copertino*⁴⁰.

De otro lado, el expresado derecho a la compensación económica es independiente de cuál sea la causa de extinción del contrato laboral. Así, resulta igualmente aplicable cuando este finaliza por el reconocimiento de una incapacidad permanente que sigue a un periodo de incapacidad temporal⁴¹; o por jubilación de la persona trabajadora⁴².

La naturaleza jurídica de esta compensación sigue siendo la misma que la de la paga vacacional, es decir claramente retributiva⁴³.

Consecuentemente, esta percepción económica está sujeta a las retenciones fiscales y de Seguridad Social propias del salario. Y según dispone el art. 147 LGSS, se requiere llevar a cabo una liquidación y cotización complementaria a la del mes de extinción del contrato sobre este importe, la cual «comprenderá los días de duración de las vacaciones, aun cuando alcancen el siguiente mes natural o se inicie una nueva relación laboral durante los mismos, sin prorrateo alguno y con aplicación, en su caso, del tope máximo de cotización correspondiente al mes o meses que resulten afectados».

De otro lado, la aludida naturaleza retributiva que tiene la compensación económica por las vacaciones no disfrutadas arrastra otras consecuencias. Entre ellas está el hecho de que esté sujeta al principio de equiparación de las

³⁹ ORTEGA LOZANO, Pompeyo Gabriel y GUINDO MORALES, Sara: ««Status quaestionis» sobre el derecho a las vacaciones anuales retribuidas del trabajador», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 221, 2019.

⁴⁰ Asunto C-218/22 (ECLI: EU: C:2024:51).

⁴¹ STS (Social) 14 marzo 2019 (ECLI: ES: TS:2019:1689).

⁴² STJUE 20 julio 2016, Maschek, Asunto C-341/15 (ECLI: EU: C:2016:576).

⁴³ SSTs (Social) 9 marzo 2005 (rec. 6537/2003); 23 diciembre 2004 (rec. 4525/2003); y 1 febrero 2006 (rec. 3306/2004).

condiciones de trabajo y empleo entre los trabajadores de Empresas de Trabajo Temporal y los de la empresa usuaria⁴⁴. Principio recogido en el art. 5 de la Directiva 2008/104/CE, de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal y transpuesto en nuestro país a través del art. 11 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, de Empresas de Trabajo Temporal.

Añádase que la compensación económica por las vacaciones es un derecho patrimonial y no personalísimo, y por esa razón puede ser reclamada por los herederos de la persona trabajadora que falleció⁴⁵.

2.1.5 DEVOLUCIÓN DE LA RETRIBUCIÓN CORRESPONDIENTE A LAS VACACIONES DISFRUTADAS DE MÁS

En alguna ocasión ha surgido el interrogante de si la empresa tiene derecho a reintegrarse la paga correspondiente a una parte de los días de vacaciones, cuando estas han tenido lugar anticipadamente. Situación que se produce cuando la persona trabajadora ha disfrutado más días de vacaciones de los que había devengado con su trabajo en el año en curso, y a continuación se produce la extinción del contrato.

No está de más recordar que el derecho a tener treinta días de vacaciones que recoge el art. 38 ET corresponde a quien trabaja once meses en el año de que se trate, regla que se aplica proporcionalmente de manera que por ejemplo por cinco meses y medio trabajados se devengan quince días de vacaciones, etc.

De esta manera, si una persona ha tenido en verano un mes completo de vacaciones y a continuación se extingue su relación laboral, ha disfrutado más días de descanso remunerado de los que había devengado.

Ante la pretensión de la empresa de reintegrarse la cuantía correspondiente a los días de asueto disfrutados de más, compensándola en la liquidación final, la doctrina de suplicación ha respondido negativamente. Se entiende que el disfrute anticipado ha sido una concesión voluntaria de la empleadora, por lo que no puede reclamar su devolución⁴⁶.

⁴⁴ Al respecto, STJUE 12 mayo 2022, Luso Temp, Asunto C-426/20 (ECLI: EU: C:2022:373).

⁴⁵ SSTJUE 12 junio 2014, Bollacke, Asunto C-118/13 y 6 de noviembre de 2018, Bauer y Broßonn, Asuntos acumulados C-569/16 y C-570/16 (ECLI: EU: C:2018:871).

⁴⁶ SSTSJ Aragón (Social) 31 octubre 2007 (rec. 860/2007), Madrid 13 julio 2017 (ECLI: ES: TSJM: 2017:8725) e Islas Canarias (Social) 20 julio 2021 (ECLI: ES: TSJICAN:2021:1853).

2.1.6 REMUNERACIÓN DE LAS VACACIONES TRAS UN ERTE

Otra de las cuestiones que han resultado controvertidas es cómo afecta al salario vacacional el hecho de que en la empresa haya tenido lugar un expediente de regulación temporal de empleo (ERTE).

Pues bien, para establecer la paga que deberá percibir durante sus vacaciones una persona que haya estado incluida en un ERTE en algún momento durante el año anterior, conviene distinguir de entrada entre los dos tipos básicos de esta figura.

Si se trata de un ERTE de suspensión, cabe afirmar que el periodo transcurrido en esa situación no le ha computado para devengar vacaciones. Lo que significa que quien ha estado, por ejemplo, la mitad del año natural con el contrato así suspendido (o más exactamente, la mitad de los once meses del año natural que devengan vacaciones), tendrá derecho a disfrutar la mitad de días de vacaciones, quince días en lugar de treinta; pero estos quince días de descanso serán remunerados normalmente, es decir con el salario completo⁴⁷. En apoyo de esta postura cabría aludir a la doctrina del TJUE, cuando declara que el trabajador solamente puede adquirir el derecho a las vacaciones anuales retribuidas, con arreglo al artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88, por los periodos en que haya realizado un trabajo efectivo (STJUE 13 diciembre 2018, Torstein Hein)⁴⁸.

Sin embargo, en el ERTE de reducción de jornada no se produce ninguna suspensión contractual como se sabe, sino una minoración de la jornada con reducción proporcional del salario, que tiene carácter temporal. En tal supuesto no se ve afectado el número de días de vacaciones devengados⁴⁹, pero sí la cuantía de su remuneración⁵⁰.

En efecto, en aplicación de los criterios para el cálculo de la paga vacacional cuando la jornada ha experimentado variaciones, que ya se han expuesto en otro lugar⁵¹, aquella deberá ser equivalente a la retribución media percibida por el trabajador durante el periodo de referencia; lo que implica que

⁴⁷ En esta línea, STSJ Madrid (Social) 30 octubre 2015 (ECLI: ES: TSJM:2015:13241).

⁴⁸ Asunto C-385/17 (ECLI: EU: C:2018:1018); doctrina ya manifestada en otros pronunciamientos como STJUE 8 noviembre 2012, Heimann, Asuntos acumulados C-299/11 y C-230/11.

⁴⁹ Cfr. LÓPEZ ÁLVAREZ, María José: «Derecho a vacaciones y pandemia: soluciones desde la doctrina del TJUE», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 58, 2021, pp. 655-658; y BELTRÁN LÓPEZ DE HEREDIA, Ignasi: «Según el Derecho de la UE, ¿tengo derecho a las vacaciones durante un ERTE?», *Blog: Una mirada crítica a las relaciones laborales*.

<https://ignasibeltran.com/2020/07/09/segun-el-derecho-de-la-ue-tengo-derecho-a-las-vacaciones-durante-un-erte/>

⁵⁰ STSJ Castilla y León (Social) 19 febrero 2016 (ECLI: ES: TSJCL:2016:707).

⁵¹ SSTs (Social) 22 mayo 2020 (ECLI: ES: TS:2020:1746) y 7 marzo 2024 (ECLI: ES: TS:2024:1521).

sufrirá una minoración respecto del salario normal porque durante una parte de ese periodo la cuantía ha sido inferior, debido a la reducción de jornada.

Por supuesto, muy distinto es lo que sucede cuando la persona empleada haya estado en situación de incapacidad temporal durante el periodo de referencia para el derecho a las vacaciones, en cuyo caso la remuneración de estas no se debe ver afectada, ni su devengo⁵².

2.1.7 INCIDENCIA DE LAS VACACIONES EN EL ACCESO POSTERIOR A COMPLEMENTOS SALARIALES

De otro lado, la jurisprudencia de la Unión Europea ha analizado el problema que supone la incidencia que puedan tener las vacaciones en el cumplimiento de los requisitos para percibir, con posterioridad, un determinado complemento salarial.

Así ocurre en la STJUE de 13 de enero de 2022, *Koch Personaldienstleistungen*⁵³, que aborda un supuesto en el que, por haber disfrutado sus vacaciones, el demandante en el litigio principal no alcanza el umbral de horas trabajadas establecido para poder acceder a un complemento salarial.

Al respecto, declara el TJUE que no debe permitirse que hacer uso de las vacaciones produzca una desventaja económica, de modo diferido, durante el período que sigue al de las vacaciones anuales; porque ello puede disuadir al trabajador de ejercer su derecho y «toda práctica u omisión de un empresario que tenga un efecto potencialmente disuasorio sobre el disfrute de las vacaciones anuales por un trabajador es incompatible con la finalidad del derecho a vacaciones anuales retribuidas».

2.2 Retribución del descanso semanal y de las festividades

En otro orden de cosas, la retribución es un elemento que forma parte del derecho al descanso semanal. La obligación empresarial de remunerar tales días debe entenderse implícita en la mención a «los periodos de descanso computables como de trabajo» que recoge el ya aludido art. 26.1 ET, a pesar de que la naturaleza retribuida del descanso semanal no se proclame explícitamente en nuestro ordenamiento. Se considera, al fin y al cabo, que en la fijación del salario

⁵² STJUE 9 diciembre 2021, *Staatssecretaris van Financiën*, Asunto C-217/20 (ECLI: EU:2021:987).

⁵³ Asunto C-514/20 (ECLI: EU: CE:2022:19).

semanal, mensual o anual ya está comprendida la paga correspondiente al descanso semanal.

De otro lado, en lo que respecta a las fiestas laborales sí se afirma literalmente su «carácter retribuido», en el art. 37.2 ET.

Aunque el descanso semanal y las festividades coinciden en el mantenimiento de la remuneración pese a la ausencia de trabajo, se trata de dos figuras con distinta finalidad. Mientras el descanso semanal se configura como un reposo que es necesario para la salud, el sentido de las festividades laborales es fundamentalmente el de permitir la celebración o conmemoración de ciertas fechas que son relevantes por algún motivo (ya sea religioso o laico), aunque también den lugar al asueto y al ocio⁵⁴.

En esta materia conviene traer a colación también el art. 47 del Real Decreto 2001/1983, de 28 de julio, sobre regulación de la jornada de trabajo, jornadas especiales y descansos.

Se trata de un precepto que continúa en vigor, pese a haberse derogado casi en su totalidad la norma en la que se ubica⁵⁵, y que impone un incremento del 75% en la retribución de los servicios laborales prestados en festivo o durante los días de descanso semanal, salvo descanso compensatorio: «Cuando, excepcionalmente y por razones técnicas y organizativas, no se pudiera disfrutar el día de fiesta correspondiente o, en su caso, de descanso semanal, la Empresa vendrá obligada a abonar al trabajador, además de los salarios correspondientes a la semana, el importe de las horas trabajadas en el día festivo o en el periodo de descanso semanal, incrementadas en un 75 por 100, como mínimo, salvo descanso compensatorio».

Pero es importante aclarar, como ha hecho la jurisprudencia, que este recargo solamente es aplicable cuando esas horas trabajadas se califican como extraordinarias; y no en todos aquellos supuestos en que la jornada ordinaria incluye, con toda normalidad, la prestación de servicios en fines de semana o festivos. El precepto no establece un incremento para compensar el trabajo en festivos o en fin de semana por su intrínseca mayor onerosidad, sino que «está contemplando el supuesto en que los trabajadores realizan su jornada ordinaria y, de forma excepcional, por razones técnicas u organizativas, han de realizar unas horas de trabajo en su tiempo de descanso, sea o no festivo, es decir han

⁵⁴ En palabras de la STS (Social) 18 diciembre 2020 (ECLI: ES: TS:2020:4408), «la existencia de días de descanso adicionales a los de cada semana posee un diverso fundamento al de las vacaciones pues además de permitir la reposición de energías y de proporcionar tiempo de ocio, persigue la celebración o conmemoración de ciertas fechas».

⁵⁵ En efecto, el Real Decreto 1561/1995 de 21 de septiembre sobre jornadas especiales de trabajo dispuso la derogación de este Real Decreto 2001/1983 con excepción de sus arts. 45, 46 y 47 (disposición derogatoria única).

de realizar unas horas extraordinarias»⁵⁶. Su objetivo, en suma, es retribuir las horas trabajadas cuando no se ha podido disfrutar del descanso semanal o en festivo que normalmente se tiene garantizado⁵⁷.

Téngase en cuenta que tanto el trabajo en fines de semana como el que tiene lugar en fechas festivas puede deberse a la realización de horas extraordinarias pero también puede formar parte de la jornada ordinaria de trabajo⁵⁸. Se desprende así de la regulación contenida en el art. 37 ET respecto del primero, y en cuanto al trabajo en festivos, en base a la jurisprudencia que lo admite cuando concurren razones técnicas y organizativas que lo justifiquen⁵⁹.

Significa ello que la prestación laboral que se desarrolla en fines de semana o durante las festividades, cuando está incluida en la jornada ordinaria, no está sometido a ninguna obligación legal de retribuir la por encima del resto de horas trabajadas; al margen, claro está, de las mejoras que puedan establecerse por convenio colectivo (que no son infrecuentes)⁶⁰ o por contrato. Nótese la diferencia con el trabajo nocturno, cuya regulación impone «una retribución específica que se determinará en la negociación colectiva», aun cuando forme parte de la jornada ordinaria (art. 36.2 ET)⁶¹.

2.3 Retribución de los permisos

2.3.1 DETERMINACIÓN DE LA CUANTÍA

Como es conocido nuestro ordenamiento laboral prescribe el mantenimiento de la obligación retributiva, pese a la ausencia del empleado de su puesto de trabajo, cuando concurren determinadas situaciones. Se trata de cir-

⁵⁶ STS (Social) 13 mayo 2014 (ECLI: ES: TS:2014:3308). En el mismo sentido SSTs (Social) 14 mayo 2014 (ECLI: ES: TS:2014:2782), 27 junio 2018 (ECLI: ES: TS:2018:3823) y 18 diciembre 2020 (ECLI: ES: TS:2020:4408). Declara este último pronunciamiento que el convenio colectivo no puede lícitamente establecer un recargo del 60% en lugar del 75% en la retribución de las horas extraordinarias prestadas en día festivo, por ser contrario al citado art. 47 del RD 2001/1985.

⁵⁷ No siendo óbice para ello el hecho de que la empresa desarrolle su actividad durante todos los días del año, como aclara STS (Social) 18 diciembre 2020 (ECLI: ES: TS:2020:4408).

⁵⁸ Vid. al respecto LASAOSA IRIGOYEN, Elena: «El trabajo en domingos y festivos, una imposición creciente», *Revista Española de Derecho del Trabajo de Trabajo*, núm. 183, 2016, pp. 124 y ss.

⁵⁹ SSTs (Social) 11 febrero 2010 (rec. 33/2009); y 20 abril 2010 (rec. 3296/2008).

⁶⁰ Vid. al respecto LASAOSA IRIGOYEN, Elena: «El trabajo en domingos y festivos en la negociación colectiva», en VV.AA.: *Estatuto de los trabajadores, 40 años después*. XXX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Comunicaciones. Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2020, pp. 649 y ss.

⁶¹ Vid. al respecto LASAOSA IRIGOYEN, Elena: «El trabajo en domingos y festivos, una imposición creciente», cit., p. 148.

cunstancias en las que el legislador considera que cualquier persona necesita dedicar un tiempo, no a su propio descanso, sino a atender ciertas necesidades u obligaciones de carácter personal o familiar.

Las cantidades percibidas por este tiempo que no es de trabajo mantienen su naturaleza salarial y se les aplican las reglas generales de cotización a la Seguridad Social⁶².

No pocas de las contingencias que se configuran como permisos retribuidos tienen que ver con la conciliación de la vida familiar y laboral y se sitúan en el art. 37 ET: constitución de matrimonio o pareja de hecho, infortunio de parientes, actividades de preparación del parto y de la adopción, cuidado del lactante, nacimiento prematuro de hijo, y fuerza mayor relacionada con motivos familiares.

Pero este artículo incluye también otras situaciones que nada tienen que ver con la conciliación y que son a su vez muy heterogéneas: traslado de domicilio, cumplimiento de deberes de ciudadanía (como el deber de sufragio activo y el ejercicio de cargo público que no conlleve excedencia)⁶³, realización de funciones sindicales, fuerza mayor que imposibilite el acceso al centro de trabajo, y actos preparatorios de la donación de órganos y tejidos.

Otros supuestos de licencias retribuidas se sitúan extramuros del citado art. 37 ET. Comenzando por el permiso para concurrir a exámenes, sito en el art. 23.1 ET. En realidad este precepto nada expresa acerca de su naturaleza retribuida, por lo que tal omisión, junto con su localización fuera del art. 37 ET podría servir de argumento para considerar que solamente da derecho a ausentarse del trabajo pero no recibir el salario por ese tiempo. Sin embargo, «una interpretación de este permiso acorde con el Convenio núm. 140 de la OIT sobre la licencia pagada de estudios –ratificado por España– lleva a concluir que se trata de un permiso remunerado. Así parece entenderlo también la ne-

⁶² Sobre esta indiscutida naturaleza salarial, afirman SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente y SÁNCHEZ TRIGUEROS, Carmen: «Problemas generales de los permisos retribuidos», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. V, 1999, pp. 141 y ss. que: «Sí se admite pacíficamente la naturaleza salarial de estas percepciones, citándose como apoyo normativo directo en tal sentido lo previsto en el artículo 26.1 ET respecto de percepciones económicas que retribuyan «los periodos de descanso computables como de trabajo»; en puridad [...], la verdad es que una licencia no puede considerarse periodo de descanso si reparamos en su finalidad, pero tanto porque la norma quería comprender también estos casos cuanto por razones históricas (así lo disponía el artículo 3.1 de la OM 22 noviembre 1973) o analógicas (por referencia a la retribución del descanso semanal o vacacional), al día de hoy es indiscutida esa caracterización y de ahí la ya reseñada obligación de sujetar estas cantidades a cotización (art. 69.1 del Reglamento General de Cotización, aprobado por RD 2064/1995, de 22 de diciembre)».

⁶³ Y algunos otros deberes inexcusables de carácter público y personal, como por ejemplo ser miembro de mesa electoral o interventor, donar sangre, etc. *Vid.* al respecto BASTERRA HERNÁNDEZ, Miguel: «Los permisos retribuidos del artículo 37.3 del ET: un análisis aplicativo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 195, 2017.

gociación colectiva pues cuando los convenios se refieren a este tipo de ausencia del trabajador, en general, la incluyen entre las licencias retribuidas»⁶⁴.

También hay que aludir a las horas destinadas a la formación profesional para el empleo, que se configuran como permiso retribuido en el art. 23.3 ET.

En el marco de la movilidad geográfica y más concretamente de los desplazamientos de duración superior a tres meses, el art. 40.6 ET dispone que «el trabajador tendrá derecho a un permiso de cuatro días laborables en su domicilio de origen por cada tres meses de desplazamiento, sin computar como tales los de viaje, cuyos gastos correrán a cargo del empresario».

Además, el art. 53.2 ET contempla una licencia retribuida de seis horas semanales con la finalidad de buscar un nuevo empleo, para quien ha recibido preaviso de extinción de su contrato por causas objetivas.

Cabría añadir asimismo la ausencia de la persona trabajadora como reacción a un peligro grave e inminente en su puesto de trabajo, que contempla el art. 21. de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales: «el trabajador tendrá derecho a interrumpir su actividad y abandonar el lugar de trabajo, en caso necesario, cuando considere que dicha actividad entraña un riesgo grave e inminente para su vida o su salud». Se trata de una situación en la que se debe mantener la retribución, puesto que el peligro es atribuible a la propia actividad empresarial⁶⁵; siendo imputable a la empleadora la imposibilidad de la prestación de servicios no cabe detraer ese tiempo del salario, de manera similar a lo que ocurre en el supuesto contemplado en el art. 30 ET.

Al margen de todos los que se han reseñado se sitúa el permiso parental, recogido en el art. 48 bis ET. La redacción vigente de este precepto no menciona la obligación empresarial de remunerarlo. Téngase en cuenta además que esta circunstancia se incluye como causa de suspensión del contrato de trabajo en virtud del art. 45.1 o) ET, suspensión que «exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo» según el art. 45.2 ET, lo que conduce a descartar su configuración como un permiso retribuido por la empresa. De otro lado, desde la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 9/2025, de 29 de julio, durante una parte de este permiso parental (dos semanas de las ocho que

⁶⁴ ORTIZ DE SOLÓRZANO AURUSA, María del Camino: «Permisos: traslado del domicilio habitual, concurrencia a exámenes y otros», en QUINTANILLA NAVARRO, Raquel Yolanda (dir.), *Tiempo de trabajo y salario en la negociación colectiva sectorial estatal*, Aranzadi, Navarra, 2022, p. 232.

⁶⁵ GONZÁLEZ LABRADA, Manuel: «El derecho del trabajador a interrumpir su actividad y abandonar el lugar de trabajo en situaciones de riesgo grave e inminente», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 1, 1996, pp. 2771-2786.

puede durar) la persona trabajadora tiene derecho a percibir una prestación de la Seguridad Social⁶⁶.

De todas maneras, ni que decir tiene que en materia de permisos retribuidos la contenida en el ET es una regulación de mínimos, lo que implica que los convenios colectivos pueden añadir otras circunstancias diferentes a la lista⁶⁷; y que nada impide tampoco que se pueda mejorar por la vía contractual.

A la hora de concretar la cuantía de la retribución correspondiente a los días u horas destinados a utilizar los expresados permisos, ninguna regla se contiene en el ET⁶⁸. Al respecto, cabrían dos hipótesis de partida⁶⁹:

Según la primera, debe entenderse que a quien ha hecho uso del permiso le corresponde la misma cuantía que si hubiese prestado servicios de manera efectiva, incluyendo el salario base y todos los complementos que hubiera obtenido. Ya que de lo contrario, si se excluyera alguno de estos, se estaría produciendo una merma en su retribución y por lo tanto desincentivando la utilización del permiso, desvirtuando así el contenido del derecho. Se desprende de ello que la negociación colectiva no puede lícitamente excluir el abono de algún complemento salarial, porque la persona trabajadora tiene legalmente reconocido el derecho a su salario habitual completo por el tiempo de uso del permiso⁷⁰.

⁶⁶ Arts. 48.4 c) y 48.5 c) ET, en su nueva redacción traída por el Real Decreto-Ley 9/2025, de 29 de julio, por el que se amplía el permiso de nacimiento y cuidado, mediante la modificación del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, y el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, para completar la transposición 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, y por la que se deroga la Directiva 2017/18/UE del Consejo.

⁶⁷ Por ejemplo los permisos por asistencia a consultas médicas cuando la persona trabajadora no está en Incapacidad Temporal, que la ley no contempla con carácter general, o los permisos para la renovación del Documento Nacional de Identidad, para la obtención del carnet de manipulador de alimentos, para la firma de documento notarial en caso de compraventa de vivienda, para asistir a matrimonio de parientes, para el caso de sufrir un traslado geográfico el trabajador, etc. (al respecto LASAOSA IRIGOYEN, Elena: «Permisos por enfermedad grave o fallecimiento de parientes, asistencia a consultas médicas y excedencias», en QUINTANILLA NAVARRO, Raquel Yolanda (dir.), *Tiempo de trabajo y salario en la negociación colectiva sectorial estatal*, Aranzadi, Navarra, 2022, pp. 203 y ss. y ORTIZ DE SOLÓRZANO AURUSA, María del Camino: «Permisos: traslado del domicilio habitual, concurrencia a exámenes y otros», cit., pp. 237 y ss.). Otros ejemplos pueden extraerse de la jurisprudencia, como el permiso retribuido por enfermedad cuando no hay baja por Incapacidad Temporal al que se refiere la STS (Social) 28 febrero 2019 (ECLI: ES: TS:2019:1012).

⁶⁸ Lo cual contrasta con lo dispuesto en el art. 52 b) ET, relativo a la obligación empresarial de proporcionar al empleado un curso de adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo, y que indica expresamente que la empleadora «abonará al trabajador el salario medio que viniera percibiendo».

⁶⁹ Expuestas por BLASCO JOVER, Carolina: «Cómputo, retribución y otras cuestiones de interés en materia de permisos», *IUS Labor*, núm. 3, 2020, p. 162.

⁷⁰ STS (Social) 20 mayo 1992 (rec. 1634/1991): «el art. 37.3 ET no precisa nada más a su mandato de que el permiso sea retribuido; y esa sola invocación conduce a sostener que deben incluirse el salario base y los complementos salariales que suman el salario real». En la doctrina de suplicación siguen esta

No obstante, otra intelección considera admisibles las previsiones convencionales según las cuales la retribución correspondiente a los días de permiso no alcanza a incorporar algunos complementos⁷¹. Señaladamente, los destinados a compensar la realización de un mayor esfuerzo o penosidad (nocturnidad, peligrosidad pluses de festivos, etc.)⁷²; porque al no prestarse trabajo efectivo no se dan las circunstancias que los justifican, es decir no se ha producido ese mayor esfuerzo o penosidad⁷³. En el marco de esta hipótesis, resulta especialmente controvertido el abono de las primas o incentivos por productividad, producción o rendimiento⁷⁴.

Téngase en cuenta que para la fijación del sueldo correspondiente a los permisos, no resultan trasladables los argumentos que se han expuesto en referencia a las vacaciones, porque se apoyaban en previsiones normativas que son específicas de estas: el art. 7 del Convenio núm. 132 de la OIT y el art. 7 de la Directiva 2003/88/CE⁷⁵.

Pero en todo caso, téngase presente que subsiste un claro límite a los criterios que puedan establecerse por la vía convencional. La exclusión de un determinado complemento salarial, o el método diseñado para calcular el salario de los días de permiso, no puede implicar un trato desfavorable dispensado a quien ha hecho uso de sus derechos de conciliación o corresponsabilidad de la vida familiar y laboral. Debe tenerse presente que existe una intrínseca relación entre los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar y el derecho a la igualdad, que ha sido puesta de manifiesto por la doctrina del Tribunal Constitucional ya desde la Sentencia 3/2007, de 15 de enero⁷⁶. Y más recien-

línea las SSTSJ Navarra 20 noviembre 2002 (rec. 368/2002), 30 septiembre 2004 (rec. 246/2004) y 29 junio 2006 (rec. 198/2006); Madrid 17 enero 2005 (rec. 6305/2004); y Cataluña 16 octubre 2003 (rec. 4232/2003), entre otras.

⁷¹ Así, afirma la STS (Social) 6 marzo 2012 (rec. 80/2011): «A falta de expresa norma legal, serán los términos del convenio colectivo los que determinen el cálculo de la remuneración correspondiente a los días de permiso o licencia».

⁷² Vid. al respecto GARCÍA VIÑA, JORDI: «Últimas novedades sobre los permisos retribuidos», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 70, 2025, pp. 96 y 97.

⁷³ STS (Social) 9 marzo 2007 (rec. 1968/2005), que niega el derecho a percibir el plus de festivos a quienes han hecho uso del permiso de sufragio activo. Siguen esta línea, entre otras, las SSTSJ Madrid (Social) 19 julio 2006 (rec. 2793/2006), Cataluña 23 enero 2004 (rec. 480/2002) y Cantabria 15 febrero 2000 (rec. 94/2000).

⁷⁴ Cita pronunciamientos de suplicación contradictorios al respecto BASTERRA HERNÁNDEZ, Miguel: «Los permisos retribuidos del artículo 37.3 del ET: un análisis aplicativo», cit.

⁷⁵ En este sentido, BASTERRA HERNÁNDEZ, Miguel: «Los permisos retribuidos del artículo 37.3 del ET: un análisis aplicativo», cit.: «a diferencia de lo que ocurre con las vacaciones, no se opone a ello [a la exclusión de algunos complementos] norma legal o imperativa alguna».

⁷⁶ Dictada en torno al derecho de una trabajadora a la reducción de jornada por cuidado de hijos: «No resulta cuestionable la posibilidad de una afectación del derecho a la no discriminación por razón de sexo, como consecuencia de decisiones contrarias al ejercicio del derecho de la mujer trabajadora a la reducción de su jornada por guarda legal, o indebidamente restrictivas del mismo».

temente, desde la modificación traída por el Real Decreto-Ley 5/2023, de 28 de junio, esta conexión se expresa abiertamente en el art. 4.2 c) ET, que proscribe la discriminación de las personas trabajadoras «por razón de sexo, incluido el trato desfavorable dispensado a mujeres u hombres por el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral».

En este sentido, la Sala de lo Social del TS en Sentencias como la de 3 de diciembre de 2019⁷⁷ y de 23 de junio de 2021⁷⁸ ha declarado que la exclusión, por convenio colectivo, de determinados pluses en la remuneración de los permisos por infortunio de familiar (concretamente los pluses de idiomas y nocturnidad) resulta discriminatoria para las mujeres, porque son ellas quienes mayoritariamente se hacen cargo de la atención de los familiares en las circunstancias previstas, y quienes han de asumir una minoración en su salario por esta causa.

Se trata de un razonamiento que evidentemente no es extrapolable a otros tipos de permisos, que resultan neutros desde el punto de vista del género; por ejemplo el permiso por traslado del domicilio habitual, o el de cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal. Así lo expresaba la Sentencia del TS de 3 de diciembre de 2019⁷⁹: «Deberemos por lo tanto analizar uno a uno esas distintas clases de permisos, para decidir hasta qué punto pudiere resultar lesivo al citado principio de igualdad de mujeres y hombres una previsión convencional».

De todas maneras cabe sostener que, en defecto de determinación por la vía convencional, el salario que tiene derecho a recibir la persona trabajadora por sus días de permiso no es otro que su remuneración normal u ordinaria, para cuya determinación cabe reproducir todo cuanto se expuso anteriormente acerca de la paga vacacional⁸⁰.

Añádase que quedan fuera las partidas de carácter extrasalarial, como son las indemnizaciones o suplidos destinados a compensar los gastos realizados como consecuencia de la actividad laboral, dado que la obligación empresarial se circunscribe a la retribución y no alcanza a otras percepciones.

⁷⁷ ECLI: ES: TS:2019:4284.

⁷⁸ ECLI: ES: TS:2021:2615: «Ciertamente, la exclusión de los complementos retributivos podría tener un efecto negativo sobre la efectividad del principio de igualdad de mujeres y hombres en relación con aquellos permisos que pudieran tener un mayor impacto de género». Al respecto *vid.* ARETA MARTÍNEZ, María: «La retribución de los permisos en el sector de Contact Center y su impacto de género», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 7, 2021.

⁷⁹ ECLI: ES: TS:2019:4284.

⁸⁰ En esta línea, la STSJ (Social) Navarra 29 junio 2006 (rec. 198/2006) aplica al salario correspondiente a una licencia retribuida los mismos criterios que a la paga vacacional.

2.3.2 EL PERMISO FAMILIAR POR FUERZA MAYOR

Desde la modificación introducida por el Real Decreto Ley 5/2023, de 28 de junio ⁸¹, el art. 37 ET recoge en su apartado 9 un nuevo permiso para ausentarse del trabajo «por causa de fuerza mayor, cuando sea necesario por motivos familiares urgentes relacionados con familiares o personas convivientes, en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable su presencia inmediata». Esta previsión constituye la transposición del art. 7 de la Directiva (UE) 2019/1158, 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 expresa a continuación el mismo art. 37.9 ET, las personas trabajadoras tendrán derecho a que se retribuyan sus horas de ausencia por fuerza mayor familiar equivalentes a cuatro días al año, «conforme a lo establecido en convenio colectivo».

Esta última locución ha provocado no poca incertidumbre. Téngase presente al respecto que la Directiva 2019/1158 no impone necesariamente que este permiso de ausencia por fuerza mayor familiar sea remunerado, a diferencia de otros.

Como muestra de las dudas generadas cabe aludir al planteamiento ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de un conflicto colectivo, en un supuesto en que la empresa se negaba a remunerar las ausencias por este motivo, con el argumento de que el convenio aplicable no establecía tal obligación ⁸².

En su respuesta, contenida en la Sentencia de 13 de febrero de 2024, la Audiencia Nacional declara que este permiso debe ser retribuido. Ha de entenderse que el art. 37.9 ET así lo establece y que la remisión que hace al convenio colectivo se refiere a la forma de acreditación del motivo de la ausencia ⁸³. Basa su argumentación fundamentalmente en el tenor literal del precepto, al contras-

⁸¹ Real Decreto 5/2023, de 28 de junio por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea.

⁸² Y ello al margen de las otras dudas que plantea el precepto, «al no regular el tiempo en que dicha ausencia estaría justificada, qué familiares son los que permitirían el acceso al permiso –si familiares hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad u otros–, o si este permiso es independiente del que se pueda solicitar conforme al nuevo art. 37.3 b) ET» (CANO GALÁN, Yolanda: «Disecccionado el Real Decreto Ley (6mnbus) 5/2023, de 28 de junio: especial referencia a las novedades laborales y de seguridad social», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9, 2023).

⁸³ ECLI: ES: AN:2024:497. Comentada por ARIAS DOMÍNGUEZ, Ángel: «Los permisos familiares por fuerza mayor deben ser retribuidos», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 2, 2024.

tar su redacción con otros artículos del ET en los que se supeditan determinados derechos a su eventual reconocimiento en la negociación colectiva (como el art. 34.4 ET). También se apoya en la interpretación sistemática, concretamente en la ubicación de este apartado dentro del art. 37 ET, en el que se regulan otros permisos retribuidos. Así como en la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 5/2023, cuando afirma que se incorpora un nuevo apartado 9 en el art. 37 ET y añade: «previéndose como retribuidas las horas equivalentes a cuatro días al año, sin perjuicio de lo que al respecto pudieran establecer los convenios colectivos»⁸⁴. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo ha confirmado el carácter retribuido del permiso en su Seentencia de 17 de abril de 2026.

Una vez afirmado así su carácter remunerado, parece que habrá que descartar la posibilidad de que el convenio colectivo se encargue de perfilar la retribución excluyendo alguna partida salarial, dado que se trata de un permiso destinado a facilitar la conciliación de la vida laboral y familiar, y teniendo en cuenta la posible incidencia que tendría en el derecho a la igualdad entre mujeres y hombres una minoración salarial derivada del uso de este permiso⁸⁵.

De otro lado, conviene apuntar que la redacción de este art. 37.9 ET parece indicar que el permiso pueda tener una duración mayor de cuatro días, pero en ese caso sin derecho a retribución⁸⁶.

2.3.3 EL PERMISO PARENTAL

El permiso parental fue introducido por el Real Decreto Ley 5/2023 de 28 de junio y está regulado en el art. 48 bis ET, el cual alude a un posterior desarrollo reglamentario que aún no se ha producido. Su finalidad es permitir que los progenitores dispongan de un tiempo de hasta 8 semanas para dedicar al cuidado de sus hijos menores de 8 años.

Como ya se ha adelantado, en nuestra ley nacional el permiso parental no está configurado como un permiso que deba remunerar la empleadora. El art. 48

⁸⁴ ECLI:ES:TS:2026:1789.

⁸⁵ *Vid.* al respecto ASQUERINO LAMPARERO, María José: «Los permisos de corresponsabilidad: el permiso para cuidadores, por fallecimiento y por fuerza mayor», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 273, 2024; y SOLÁ I MONELLS, Xavier: «Las modificaciones introducidas por el Real Decreto-Ley 5/2023, de 28 de junio, en cumplimiento de la Directiva (UE) 2019/1158, de 20 de junio: otro importante paso adelante hacia la conciliación corresponsable», *IUSLabor*, núm. 3, 2023.

⁸⁶ En este sentido, CANO GALÁN, Yolanda: «Disecccionanado el Real Decreto Ley (ómnibus) 5/2023, de 28 de junio: especial referencia a las novedades laborales y de seguridad social», cit.: «Una interpretación plausible sería que el permiso previsto en el art. 37.9 primer párrafo, no sería retribuido cuando superara los 4 días, y ello en interpretación conjunta del primero y segundo párrafo del nuevo art. 37.9 ET».

bis ET omite toda referencia a la retribución, y el art. 45.1 o) ET⁸⁷ señala que se trata de una situación de suspensión del contrato de trabajo, lo que implica que durante su disfrute no hay obligación salarial, en aplicación del art. 45.2 ET.

En el ámbito de la cotización a la Seguridad Social, se mantiene el alta y la cotización durante el disfrute del permiso parental, según criterio de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, recogido en el Boletín RED 2/2024, de 22 de enero⁸⁸.

La introducción de este permiso tenía como finalidad la transposición al ordenamiento español de la Directiva 2019/1158, que en su art. 5 contempla un permiso parental que puede disfrutarse antes de que el hijo alcance una determinada edad, como máximo ocho años. La Directiva exige además, en su art. 8.3⁸⁹, que durante ese periodo de dos meses se reciba una remuneración, que será definida por los Estados miembros o los interlocutores sociales de tal modo que facilite que ambos progenitores puedan disfrutar el permiso⁹⁰.

Hasta hace poco tiempo este extremo no había sido incorporado a nuestro ordenamiento, lo que equivale a afirmar que no se había transpuesto completamente la Directiva, transcurridos ya con creces los plazos señalados para ello, tal y como reconocía el propio Real Decreto 5/2023 en su disposición final 8.^a⁹¹.

Ha sido recientemente, a través del Real Decreto-Ley 9/2025, de 29 de julio, cuando nuestro legislador ha abordado al fin la cuestión de la retribución del permiso parental. Y lo ha hecho disponiendo la aplicación a dos de las ocho semanas de este permiso el régimen de la suspensión por nacimiento y cuidado de menor; lo que significa que durante esas dos semanas de permiso parental, se tiene derecho al percibo de la prestación de la Seguridad Social por nacimiento y cuidado de menor.

Se desprende así del vigente art. 45 ET, apartados 4 y 5 cuando, al regular cómo puede distribuirse la suspensión del contrato por nacimiento y cuidado

⁸⁷ Tal y como se ha ocupado de aclarar la SAN (Social) 30 septiembre 2025 (ECLI:ES:AN:2025:4066).

⁸⁸ Donde se expone que: «pese a ser incluido el permiso parental en el apartado 1.o) del artículo 45 del ET como una causa de suspensión del contrato, por lo que el apartado 2 lo exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo, no por ello pierde la naturaleza de permiso, resultando, por lo tanto, de aplicación el artículo 69, sobre situaciones de permanencia en alta sin retribución, cumplimiento de deberes de carácter público, permisos y licencias, del Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 2064/1995 y, en consecuencia, la obligación de cotizar».

⁸⁹ Mediante la remisión al art. 5.2.

⁹⁰ «Lo cual parece apuntar al reconocimiento de una compensación adecuada no muy alejada de los ingresos ordinarios» (RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana: «Nuevo pronunciamiento sobre retribución del permiso parental en el marco del empleo público», cit.).

⁹¹ Vid. al respecto LÓPEZ ÁLVAREZ, María José: «Por qué el nuevo permiso parental no cumple con los plazos de transposición de la Directiva (UE) 2019/1958», *Briefs AEDTSS*, núm. 52, 2023.

de menor, permite que dos semanas, cuatro en el caso de monoparentalidad, puedan disfrutarse en periodos semanales hasta que el menor cumpla ocho años (dos semanas que son adicionales a las diecisiete a las que se tienen derecho hasta que cumple doce meses).

En cualquier caso, y en otro orden de cosas, es obligado poner de relieve que algunos pronunciamientos de instancia recientes habían reconocido a demandantes que eran funcionarios de la Administración el derecho a disfrutar de un permiso parental retribuido⁹². Y ello pese a que la redacción del art. 49 g) del Estatuto Básico del Empleado Público⁹³, que es la norma en la que se regula el permiso parental para este colectivo, tampoco recogía (ni recoge) su carácter remunerado.

Argumentaban estas sentencias que las disposiciones de la Directiva 2019/1158 sobre esta materia son incondicionales, claras y precisas y atribuyen derechos concretos a los particulares. Y que siendo así, según reiterada doctrina del TJUE los justiciables pueden reclamar su aplicación directa frente a la Administración Pública⁹⁴.

En efecto, los particulares están facultados para invocar el contenido de una Directiva que no ha sido transpuesta o lo ha sido incorrectamente ante los órganos jurisdiccionales, para reclamar su aplicación frente al Estado. Y ello es así independientemente de que dicho Estado actúe como empleador o como autoridad pública, porque se trata de evitar que el Estado pueda obtener ventajas por haber incumplido el Derecho eurounitario⁹⁵.

Adviértase que la expresada doctrina no resulta trasladable, en principio, a quienes prestan servicios en el sector privado. Fundamentalmente porque según la jurisprudencia del TJUE, solo los poderes normativos nacionales pueden imponer obligaciones a los sujetos particulares, de tal manera que una persona no puede invocar una Directiva no transpuesta frente a otro sujeto privado, solamente frente al Estado que la ha incumplido⁹⁶.

⁹² Así, SS Juzgado de lo contencioso-administrativo núm. 1 Barcelona 28 noviembre 2024 (ECLI: ES: JCA:2024:287), Juzgado de lo contencioso-administrativo núm. 1 Cuenca 19 febrero 2025 y Juzgado de lo contencioso-administrativo núm. 4 Murcia 25 marzo 2025 (ECLI: ES: JCA:2025:128), comentada esta última sentencia por RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana: «Nuevo pronunciamiento sobre retribución del permiso parental en el marco del empleo público», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 5, 2025.

⁹³ Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre.

⁹⁴ Entre otras muchas, SSTJUE 24 enero 2012, Domínguez, Asunto C-282/10, 10 octubre 2017, Farrell, Asunto C-413/15 (ECLI: EU: C:2017:745), 6 septiembre 2018 Hampshire, Asunto C-17/1719 (ECLI: EU: C:2018:674) y 19 diciembre 2019, Pensions-Sicherungs-Verein, Asunto C-168/18 (ECLI: EU: C:2019:1128).

⁹⁵ GALLEGO MOYA, Fermín: «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el derecho a las vacaciones», cit.

⁹⁶ Al respecto *vid.* GORELLI HERNÁNDEZ, Juan: «La aplicabilidad de las Directivas no transpuestas: la incidencia de la Jurisprudencia social del TJCE», *Temas Laborales*, núm. 46, 1998, p. 54.

Cabe indicar además que como argumento adicional, las referidas sentencias del orden contencioso-administrativo aludían al hecho de que el permiso parental de los funcionarios se regula en el art. 49 del EBEP, es decir en el mismo artículo que regula los permisos de conciliación de la vida laboral y familiar, que en general son retribuidos⁹⁷. En este sentido, y seguramente como reacción a estos pronunciamientos, el reciente Real Decreto-Ley 9/2025 ha modificado el art. 49 g) EBEP, de manera que el precepto ha pasado de omitir toda referencia a la cuestión remuneratoria a afirmar ahora expresamente que el permiso parental «no tendrá carácter retribuido». Debiendo entenderse que dejando a salvo, obviamente, las dos semanas a las que se aplica la ordenación del permiso por nacimiento y cuidado de menor y que por tanto dan derecho a la prestación de Seguridad Social correspondiente (art. 49 apartados a, b y c EBEP).

2.3.4 INCIDENCIA DE LOS PERMISOS EN EL ACCESO POSTERIOR A COMPLEMENTOS SALARIALES

A la luz de la doctrina contenida en algunos pronunciamientos recientes, como la ya citada Sentencia de la Sala de lo Social del TS de 23 de junio de 2021⁹⁸, queda claro que cualquier minoración del salario producida como consecuencia de haber hecho uso de un permiso de conciliación de la vida familiar constituye un menoscabo del principio de igualdad entre mujeres y hombres.

En esta línea, condicionar el cobro de una prima al hecho de que la persona trabajadora no haya hecho uso de un permiso relacionado con la conciliación resulta a todas luces discriminatorio. Tal disfrute no debe producir una desventaja económica de modo diferido, porque ello supondría un obstáculo para que las personas trabajadoras pudieran ejercer libremente su derecho a utilizar los permisos de conciliación de la vida laboral y familiar. En este sentido se ha manifestado la Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 28 de octubre de 2024, en relación con un Acuerdo de empresa sobre retribución variable que penalizaba las ausencias producidas por este

⁹⁷ Argumento que no comparte DE LA PUEBLA PINILLA, Ana: «Retribuir o no retribuir el permiso parental, esa es la cuestión», Blog El Foro de Labos, 29 mayo 2025. <https://www.elforodelabos.es/2025/05/retribuir-o-no-retribuir-el-permiso-parental-esa-es-la-cuestion/>: «En mi opinión, este último argumento no es, en absoluto, determinante: el mismo precepto del EBEP en el que se reconoce el permiso parental incluye otros supuestos de interrupción o suspensión de la prestación de servicios en los que claramente la retribución se suspende».

⁹⁸ ECLI: ES: TS:2021:2615.

motivo (además de otras), a los efectos de no superar el 4% de nivel de absentismo y acceder al correspondiente complemento⁹⁹.

En todo caso cabe llamar la atención sobre pronunciamientos más antiguos, como la Sentencia de 24 de febrero de 2006, en la que la Sala de lo Social del TS defendía la práctica empresarial de no abonar un complemento, destinado a quienes hubieran trabajado en festivos más de 10 días al año, a quienes hubieran estado alguno de ellos en IT o en uno de los permisos previstos en el art. 37.3 ET¹⁰⁰.

3. BIBLIOGRAFÍA

- ASQUERINO LAMPARERO, María José: «Los permisos de corresponsabilidad: el permiso para cuidadores, por fallecimiento y por fuerza mayor», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 273, 2024.
- ARETA MARTÍNEZ, María: «La retribución de los permisos en el sector de Contact Center y su impacto de género», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 7, 2021.
- ARIAS DOMÍNGUEZ, Ángel: «Los permisos familiares por fuerza mayor deben ser retribuidos», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 2, 2024.
- BASTERRA HERNÁNDEZ, Miguel: «Los permisos retribuidos del artículo 37.3 del ET: un análisis aplicativo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 195, 2017, pp. 33-62.
- BELTRÁN LÓPEZ DE HEREDIA, Ignasi: «Según el Derecho de la UE, ¿tengo derecho a las vacaciones durante un ERTE?», *Blog: Una mirada crítica a las relaciones laborales*: <https://ignasibeltran.com/2020/07/09/segun-el-derecho-de-la-ue-tengo-derecho-a-las-vacaciones-durante-un-erte/>
- BLASCO JOVER, Carolina: «Cómputo, retribución y otras cuestiones de interés en materia de permisos», *IUS Labor*, núm. 3, 2020, pp. 148-174.
- CANO GALÁN, Yolanda: «Disecccionanado el Real Decreto Ley (ómnibus) 5/2023, de 28 de junio: especial referencia a las novedades laborales y de seguridad social», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9, 2023.
- DE LA PUEBLA PINILLA, Ana: «Retribuir o no retribuir el permiso parental, esa es la cuestión», *Blog El Foro de Labos*, 29 mayo 2025 <https://www.elforodelabos.es/2025/05/retribuir-o-no-retribuir-el-permiso-parental-esa-es-la-cuestion/>

⁹⁹ ECLI: ES: AN:2024:5272. Comentada por GARCÍA ROMERO, Belén: «Acerca de la legalidad del descuento aplicado en retribución variable por ausencia al trabajo motivada por IT, disfrute de determinados permisos relacionados con la conciliación o suspensión de empleo y sueldo por sanción disciplinaria», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 10, 2024.

¹⁰⁰ Rec. 119/2004: «la finalidad de los complementos como el de autos es la de resarcir las incomodidades resultantes de trabajar en domingos y festivos [...] por tanto, si no se trabaja no se percibe».

- DEL REY GUANTER, Salvador: «Jornada parcial variable y retribución de las vacaciones», *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, núm. 451, 2020, pp. 216-221.
- GALLEG0 MOYA, Fermín: «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el derecho a las vacaciones», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 227, 2020.
- GARCÍA ROMERO, Belén: «Acerca de la legalidad del descuento aplicado en retribución variable por ausencia al trabajo motivada por IT, disfrute de determinados permisos relacionados con la conciliación o suspensión de empleo y sueldo por sanción disciplinaria», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 10, 2024.
- GARCÍA VIÑA, Jordi: «Últimas novedades sobre los permisos retribuidos», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 70, 2025, pp. 89-133.
- GONZÁLEZ LABRADA, Manuel: «El derecho del trabajador a interrumpir su actividad y abandonar el lugar de trabajo en situaciones de riesgo grave e inminente», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 1, 1996, pp. 2771-2786.
- GORELLI HERNÁNDEZ, Juan: «La aplicabilidad de las Directivas no transpuestas: la incidencia de la Jurisprudencia social del TJCE», *Temas Laborales*, núm. 46, 1998, pp. 39-72.
- LACOMBA PÉREZ, Fco. Ramón: «El salario de las vacaciones. Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2016 (casos Telefónica Móviles y Asoc. Contact Center Española)», *Lex Social*, vol. 7, núm. 1, 2017, pp. 287-298.
- LASAOSA IRIGOYEN, Elena: «El trabajo en domingos y festivos, una imposición creciente», *Revista Española de Derecho del Trabajo de Trabajo*, núm. 183, 2016, pp. 117-148.
- «El trabajo en domingos y festivos en la negociación colectiva», en VVAA: *Estatuto de los trabajadores, 40 años después. XXX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Comunicaciones*. Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2020, pp. 641-652.
 - «Permisos por enfermedad grave o fallecimiento de parientes, asistencia a consultas médicas y excedencias», en QUINTANILLA NAVARRO, Raquel Yolanda (dir.), *Tiempo de trabajo y salario en la negociación colectiva sectorial estatal*, Aranzadi, Navarra, 2022, pp. 191-221.
- LÓPEZ ÁLVAREZ, María José: «Derecho a vacaciones y pandemia: soluciones desde la doctrina del TJUE», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 58, 2021, pp. 651-677.
- «Por qué el nuevo permiso parental no cumple con los plazos de transposición de la Directiva (UE) 2019/1958», *Briefs AEDTSS*, núm. 52, 2023.
- LOUSADA AROCHENA, Fernando: «Nuevas fricciones entre el derecho internacional del trabajo y nuestro derecho interno: ¿Debe ser pagada la retribución de las vacaciones antes de su disfrute?», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 4, 2024.
- MARTÍN RODRÍGUEZ, Olaya: «La problemática existente en la retribución del periodo de vacaciones», *Documentación Laboral*, núm. 108, 2016, pp. 11-32.

- ORTEGA LOZANO, Pompeyo Gabriel y GUINDO MORALES, Sara: ««Status quaestionis» sobre el derecho a las vacaciones anuales retribuidas del trabajador», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 221, 2019, pp. 189-220.
- ORTIZ DE SOLÓRZANO AURUSA, María del Camino: «Permisos: traslado del domicilio habitual, concurrencia a exámenes y otros», en QUINTANILLA NAVARRO, Raquel Yolanda (dir.), *Tiempo de trabajo y salario en la negociación colectiva sectorial estatal*, Aranzadi, Navarra, 2022, pp. 223-257.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana: «Nuevo pronunciamiento sobre retribución del permiso parental en el marco del empleo público», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 5, 2025.
- SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente: «¿Tiene libertad el convenio colectivo para fijar la remuneración vacacional?», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2023.
- SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente y SÁNCHEZ TRIGUEROS, Carmen: «Problemas generales de los permisos retribuidos», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. V, 1999, pp. 141 y ss.
- SOLÁ I MONELLS, Xavier: «Las modificaciones introducidas por el Real Decreto-Ley 5/2023, de 28 de junio, en cumplimiento de la Directiva (UE) 2019/1158, de 20 de junio: otro importante paso adelante hacia la conciliación corresponsable», *IUSLabor*, núm. 3, 2023.

CAPÍTULO XV

SALARIO SIN TRABAJO: SUPUESTOS DE IMPOSIBILIDAD DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y SUPUESTOS DE SALARIO FRAUDULENTO

JAVIER FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de León

1. LA IMPOSIBILIDAD DE LA PRESTACIÓN

El artículo 30 ET se presenta en la actualidad como la principal fuente normativa y punto de referencia sobre la cuestión de la imposibilidad temporal de la prestación de servicios. Dentro del Título I, Capítulo III, en la Sección Cuarta, referida a salario y garantías salariales, y bajo el epígrafe «Imposibilidad de la prestación», establece que «si el trabajador no pudiera prestar sus servicios una vez vigente el contrato porque el empresario se retrasare en darle trabajo por impedimentos imputables al mismo y no al trabajador, este conservará el derecho a su salario, sin que pueda hacérsele compensar el que perdió con otro trabajo realizado en otro tiempo».

El precepto refleja, de forma meridiana, la teoría de la ajenidad de los riesgos, conduciendo a la difícil y delicada cuestión sobre la continuidad en la obligación de pago del salario, a soportar por el empresario, quien de acuerdo con la norma debe garantizarlo aun cuando la prestación no tenga lugar de

forma efectiva, siempre y cuando tal interrupción sea imputable a quien proporciona empleo o a su personal directivo¹.

Lo cierto es que si el trabajador está dispuesto a cumplir con su obligación de prestación de servicios, pero es el empresario quién se retrasa en darle trabajo, siendo posible objetivamente su realización, incurrirá en *mora accipiendi*, al concurrir los rasgos típicos de esta figura, habida cuenta de que «el trabajador no viene obligado más que a poner a disposición el esfuerzo comprometido; si por causas ajenas a su voluntad e imputables a la del empleador la prestación deviene imposible, él no ha de cargar con las consecuencias perjudiciales de ello»².

La ocupación efectiva se erige como uno de los derechos básicos reconocidos por el Estatuto de los Trabajadores a quien presta servicios por cuenta ajena, regulándose en el artículo 4.2 a), que se limita a enunciar este derecho sin proceder a regularlo en su articulado, y que cabría emparentar con el derecho constitucional al trabajo recogido en el artículo 35.1 CE³. En virtud de la reciprocidad característica de los contratos laborales, el empresario tendrá el deber de dar tal ocupación, extremo este que, en caso de incumplir, le obligará a garantizar los salarios de quienes se encuentren afectados por la interrupción, en virtud de la carga del riesgo sobre él recaída a partir de la suscripción del vínculo⁴.

De tal forma, el incumplimiento en el momento de proporcionar ocupación al trabajador una vez vigente el contrato, es decir, haya o no comenzado su ejecución, no exime al empresario de la obligación de pagar el salario pactado. El tenor del artículo 30 ET supone, por tanto, que para conservar el derecho a la retribución ante una imposibilidad de la prestación concurren tres premisas: la vigencia de la relación laboral; la puesta a disposición del traba-

¹ ALONSO OLEA, M. y BARREIRO GONZÁLEZ, G.: *El Estatuto de los Trabajadores (Texto, comentarios, jurisprudencia)*, 4.ª ed., Madrid (Civitas), 1995, p. 145, para quienes este precepto «es reflejo claro del principio que acostumbra a denominarse y aún a darse como característica distinta del contrato de trabajo, de ajenidad en los riesgos, en el sentido de que el empresario garantiza salarios, aunque el trabajo no se preste, si ello es debido a causas imputables al propio empresario o a su personal directivo».

² SEMPERE NAVARRO, A. V.: «Artículo 30. Imposibilidad de la prestación», en MONTTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J. M., SEMPERE NAVARRO, A. V. y RÍOS SALMERÓN, B.: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, 6.ª ed., Pamplona (Aranzadi), 2005, p. 208, para quien «lo que el artículo 30 viene a consagrar es dicha lógica consecuencia o corolario».

³ MONTTOYA MELGAR, A.: «Artículo 4. Derechos y deberes laborales básicos», en MONTTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J. M., SEMPERE NAVARRO, A. V. y RÍOS SALMERÓN, B.: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, 6.ª ed., Pamplona (Aranzadi), 2005, p. 48.

⁴ SEMPERE NAVARRO, A. V.: «Artículo 30. Imposibilidad de la prestación», en MONTTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J. M., SEMPERE NAVARRO, A. V. y RÍOS SALMERÓN, B.: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 208, pues es el empresario quien debe cargar con los «perjuicios derivados del círculo de riesgo propio de su actividad».

jador para realizar las tareas asumidas y que no pueda prestar servicios por causas que no le sean imputables; la falta de prestación ha de venir determinada por el retraso del empresario en facilitarle trabajo y, en consecuencia, la imputabilidad a este de dicha imposibilidad⁵.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 30 ET, por tanto, no existe servicio efectivo alguno, es decir, no se trabaja y, a pesar de ello, se mantiene el derecho al salario, regla que viene a establecer una «excepción importante al principio general sin trabajo no hay salario»⁶, en tanto en cuanto supone que «se cobra aun sin trabajar»⁷ y el carácter bilateral del contrato de trabajo «implica que para poder recibir el salario que se reclama, es requisito esencial que el trabajo correspondiente al período que se interesa se haya prestado o que, de no haberse hecho así, que la no prestación lo haya sido de la forma que define el art. 30 del ET»⁸.

Lo cierto es que el salario es el único o principal medio de vida de la mayoría de los trabajadores, de forma tal que resulta razonable que se proteja en diferentes situaciones, incluido el supuesto en el cual el trabajador se ve impedido a prestar servicios por causas imputables al empresario⁹.

La doctrina judicial ha coincidido en que el término «impedimento imputable al empresario» se refiera no sólo a la *mora accipiendi*, sino también a los supuestos en los cuales la imposibilidad es de naturaleza objetiva que derive de alguno de los elementos que integran la empresa de manera que puedan relacionarse directa o indirectamente con el empresario debido a su falta de previsión, atención o cuidado¹⁰.

De tal forma, cabe sobreentender, por el contrario, que la regla será justamente la opuesta a la desarrollada en el artículo 30 ET –donde se impone la obligación retributiva al empresario en el supuesto contemplado– si es el empleado el culpable de la interrupción de la prestación.

En consecuencia, cuando los impedimentos a los cuales se enfrenta el trabajador para prestar sus servicios no sean imputables al empresario, este no deberá hacer frente a la obligación de pago del salario. Por consiguiente, en

⁵ Así, entre muchas, STS 14 octubre 1985 (RJ 4713) o SSTSJ Extremadura 16 abril 1996 (AS 1371) o País Vasco 28 marzo 2006 (AS 1936).

⁶ ALONSO OLEA, M. y BARREIRO GONZÁLEZ, G.: *El Estatuto de los Trabajadores (Texto, comentarios, jurisprudencia)*, cit., p. 146.

⁷ SEMPERE NAVARRO, A. V.: «Artículo 30. Imposibilidad de la prestación», en MONTOTOY MELGAR, A., GALIANA MORENO, J. M., SEMPERE NAVARRO, A. V. y RÍOS SALMERÓN, B.: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 208.

⁸ GIL SUÁREZ, L., IGLESIAS CABERO, M. y ROA RICO, L. F.: *Estatuto de los Trabajadores (Jurisprudencia y comentarios doctrinales)*, 6.ª ed., Madrid (Colex), 1998, p. 139.

⁹ STSJ Canarias, Las Palmas, 10 julio 2013 (AS 2796).

¹⁰ Destacar la STSJ Murcia 10 marzo 1993 (AS 1569).

este precepto, y salvo previsión convencional en contrario, no quedan recogidos todos los supuestos concernientes a la imposibilidad de cumplimiento, ya que por caso fortuito, fuerza mayor, o en general por causa no imputable ni al empresario ni al trabajador y por causa de conflicto colectivo, no aparecen contemplados en la redacción del artículo 30 ET ¹¹.

En este sentido, también resulta fácil apreciar la divergencia que se produce entre el título del precepto y su contenido. Mientras el epígrafe «imposibilidad de la prestación» abarca una generalidad en la cual deben ser incardinados los diversos supuestos de imposibilidad a los cuales la relación laboral pudiera enfrentarse, el enunciado del artículo contempla sólo uno de esos supuestos ¹², aquel que hace referencia a la imposibilidad de la prestación de servicios del trabajador por causas imputables al empresario ¹³.

Sin embargo, por otra parte, estudiar el contenido de este precepto haciendo hincapié únicamente en torno a la figura de la *mora accipiendi* supondría un error por lo insuficiente que resultaría para abarcar todas las posibilidades fácticas en él contenidas, como son la interrupción de la prestación debida a causa surgidas del trabajador, o la interrupción originada por caso fortuito o fuerza mayor.

A pesar de recoger de forma expresa sólo uno de los posibles supuestos, implícitamente cabe entender que, si la causa de la interrupción tiene su origen en hechos ajenos al control del empresario, no sería posible justificar la obligación de hacer asumir a este el riesgo y abonar los salarios sin recibir a cambio la prestación del servicio. Resulta lógica, en consecuencia, la petición de desarrollo de la actividad laboral junto al pago de la retribución convenida.

Así, la interrupción de la prestación por causas ajenas al comportamiento y a la voluntad del empleado plantea problemas y cuestiones de diversa índole. El escaso número de disposiciones legales y de pronunciamientos judiciales

¹¹ En este sentido, ALONSO OLEA, M. y BARREIRO GONZÁLEZ, G.: *El Estatuto de los Trabajadores (Texto, comentarios, jurisprudencia)*, cit. pp. 145-146, para quienes «salvo previsión convencional en contrario, quedan fuera del precepto todos los supuestos de imposibilidad de cumplimiento por caso fortuito, fuerza mayor o, en general, causa no imputable al trabajador ni al empresario, regulados doquiera en el ET, especialmente en el capítulo 3.º del Título I. Y allende el ET los supuestos de no prestación del trabajo por conflicto colectivo».

¹² El vigente artículo 30 ET, al contrario que su antecedente legislativo inmediato en la LCT, no incluye en su enunciado determinadas «circunstancias objetivas, cuando no existe negligencia o culpabilidad del empresario, con lo que se personaliza la ‘imposibilidad de la prestación’, en el sentido de que la causa no se encuentre en la misma organización empresarial», BOTANA LÓPEZ, J. M.: «Imposibilidad de la prestación (En torno al artículo 30)», en AA. VV.: *El Estatuto de los Trabajadores. Veinte años después*, Edición especial del número 100 de la Revista Española de Derecho del Trabajo, 2000, p. 667.

¹³ En tal sentido, SEMPERE NAVARRO, A. V.: «Artículo 30. Imposibilidad de la prestación», en MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J. M., SEMPERE NAVARRO, A. V. y RÍOS SALMERÓN, B.: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 120.

relacionados directamente con el artículo 30 ET, unidas al ya mencionado hecho de la elusión en su enunciado –no en su epígrafe– de un mayor número de circunstancias en él subsumibles, provocan una situación de la cual derivan las dificultades interpretativas que plantea este precepto¹⁴. Tal circunstancia subsiste y es patente¹⁵, siendo necesario reclamar una hermenéutica y un trato más detallado, tanto a nivel legal como doctrinal y jurisprudencial, que faciliten la aplicación, mejor comprensión y mayor accesibilidad para los trabajadores de este precepto.

En definitiva, el tenor del artículo 30 ET trata la *mora creditoris* bajo unos parámetros tan peculiares que fuerza al intérprete a la revisión de todas y cada una de sus afirmaciones para poder comprender el sentido final de la regulación.

Partiendo del tenor literal del precepto diversos puntos han de ser aislados para el análisis individual de diversos aspectos por él recogidos, fundamentales para su aplicación¹⁶:

- En primer término, la necesaria vigencia del contrato de trabajo.
- En segundo lugar, la imposibilidad de la prestación de servicios (a pesar de la puesta a disposición del operario).
- En fin, la imputabilidad al empresario y no al trabajador¹⁷ del «retraso» y la prohibición de compensar el tiempo de actividad perdido en un momento posterior.

¹⁴ BOTANA LÓPEZ, J. M.: «Imposibilidad de la prestación (en torno al artículo 30)», en AA. VV.: *El Estatuto de los Trabajadores. Veinte años después*, Edición especial del número 100 de la Revista Española de Derecho del Trabajo, 2000, cit., p. 667, o GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «Artículo 30. Imposibilidad de la prestación», en AA. VV. (MONEREO PÉREZ, J. L., dir.): *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Granada (Comares), 1998, p. 411.

¹⁵ «A pesar de la existencia de relaciones directas con normas que enlazan con la imposibilidad de prestación de la actividad cuando esta tiene su causa en el empresario directamente, en razones de fuerza mayor e, incluso, en el propio trabajador, y ha sido elaborada una interpretación judicial, partiendo frecuentemente de la doctrina elaborada sobre el artículo 47 LCT, y distinguiendo en numerosas ocasiones entre la imputabilidad del empresario o del trabajador en función de las circunstancias concretas del caso», FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑOZ, J.: *La imposibilidad de la prestación de servicios del trabajador por causas imputables al empresario*, León (Universidad de León), 2003, p. 69.

¹⁶ Para la aplicación del artículo 30 ET se precisa la concurrencia de los siguientes requisitos: vigencia del contrato de trabajo, exigencia de la puesta a disposición del trabajador, imposibilidad de la prestación e imputabilidad al empresario y no al trabajador. Así, STS 13 diciembre 1990 (RJ 9783); SSTSJ Extremadura 21 marzo 1996 (AA 445).

De no concurrir todos los elementos requeridos no podrá ejercitarse la acción emanada del precepto. Así, por citar algunas, STS 5 julio 1985 (RJ 3690); SSTSJ Cataluña 8 febrero y 18 mayo 1995 (AS 693 y 1978) y 2 julio 1996 (AS 2897).

¹⁷ Como ejemplo, y entre otras, STSJ Extremadura 16 abril 1996 (Ar. 1371).

Dividiendo el precepto en cuatro puntos de análisis, GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «Artículo 30. Imposibilidad de la prestación», en AA. VV. (MONEREO PÉREZ, J. L., dir.): *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, cit., pp. 399 y ss.

1.1 El término «vigente» como condición para aplicar el artículo 30 del Estatuto de los Trabajadores

Uno de los aspectos que necesariamente deben ser aislados para el análisis del artículo 30 ET es el presupuesto que incorpora sobre la vigencia del contrato de trabajo. Dicho requisito parece significar la exclusión directa de cualquier momento de la relación entre empresario y trabajador en el cual no quede acreditada tal circunstancia.

Desde tal punto de vista parece claro, en principio, el destierro de aquellas instituciones jurídicas incardinadas en estadios pre y postcontractuales (por no estar vigente) así como de las denominadas figuras afines (por no ser contrato de trabajo).

Sin embargo, no siempre resulta sencillo –y, en ciertos casos, tampoco rentable para el trabajador– deslindar y descartar de forma absoluta todas ellas, habida cuenta de que, en muchas ocasiones, las líneas fronterizas encargadas de separarlas de aquel resultan especialmente difusas, provocando cierta confusión, seguida de no pocos posicionamientos doctrinales y judiciales diferentes –y generalmente opuestos– a la hora de hacer frente a los problemas derivados de tales situaciones.

El artículo 30 ET excluye cualquier período durante el cual no esté vigente el contrato de trabajo como tal¹⁸ («si el trabajador no pudiera prestar sus servicios una vez vigente el contrato»). Fuerza delimitar cuándo comienza y el momento en el cual finaliza, con objeto de eliminar toda fase previa o posterior a él, por no haber nacido o haber expirado ya, y cualquier figura o institución jurídica que no sea contrato laboral.

Centrando la atención en la primera de las cuestiones, la relación de trabajo posee un claro y evidente origen contractual; su constitución pasa necesariamente por la concurrencia de un acuerdo de voluntades entre empresario y empleado, o lo que es igual, por el contrato de trabajo. De este modo, la relación laboral encuentra su origen en un negocio bilateral¹⁹, que exige el consentimiento libremente prestado y concurrente de sus partes²⁰, a través del cual se articula jurídicamente la prestación de una actividad libre por parte de una persona física denominada trabajador, dentro del ámbito de organización y

¹⁸ Sirvan como ejemplo, entre muchas, SSTS 17 noviembre 1987 (RJ 8007, 13 diciembre 1990 (RJ 9783) o STSJ Galicia 28 enero 1999 (AS 49).

¹⁹ En cuya virtud, «el trabajo autista o intransitivo, exclusivamente realizado en interés propio, queda al margen de la preocupación ordenadora del Derecho del Trabajo», MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho y Trabajo*, Madrid (Civitas), 1997, p. 19.

²⁰ ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.^a E.: *Derecho del Trabajo*, 22.^a ed., Madrid (Civitas), 2004, p. 225.

dirección y por cuenta de otra, sea física o jurídica, denominada empresario, quien, en contraprestación, asume la obligación de abonarle una retribución²¹, y siempre y cuando concurren los requisitos esenciales a todo contrato –consentimiento, objeto y causa–, pues de lo contrario este no nacería válidamente al mundo del Derecho²².

El momento de la perfección queda así situado en aquel bajo el cual toma vida para el Derecho el contrato y, a tenor de lo establecido en los artículos 1258 y 1262 CC, pueden fijarse en el instante en que concurren las declaraciones de voluntad de los contratantes²³. Cuando el consentimiento consciente y libremente emitido es aceptado «por la persona a quien se dirige dicha declaración, produce la perfección del contrato, el nacimiento de Este a la vida jurídica»²⁴.

El contrato de trabajo, en su doble naturaleza de acto y norma, no sólo cumple una función constitutiva de la relación contraída por los sujetos, sino también una labor reguladora o normativa²⁵ de las condiciones de trabajo aplicables al vínculo laboral construido a partir de aquel. Así, admitir su carácter constitutivo significa reconocer la verdadera naturaleza del vínculo individual, quedando supeditados los efectos naturales a su celebración, aun cuando no vaya seguido de la incorporación efectiva del trabajador a la empresa.

La relación laboral, por tanto, es el resultado y el contenido del contrato de trabajo²⁶. Constatado su origen contractual, queda patente la definitiva crisis y el consiguiente relegamiento de las llamadas teorías «relacionistas», que situaban el nacimiento de la relación de empleo en la incorporación o

²¹ En la doctrina española, entre muchos, MENÉNDEZ-PIDAL, J.: *Derecho Social Español*, vol. I, Madrid (Editorial Revista de Derecho Privado), 1952; GUILARTE, A. M.^a: *Manual de Derecho del Trabajo*, 2.^a ed., Valladolid (Clares), 1968; ALONSO GARCÍA, M.: *Curso de Derecho del Trabajo*, 4.^a ed., Barcelona (Ariel), 1973; BAYÓN CHACÓN, G. y PÉREZ BOTIJA, E.: *Manual de Derecho del Trabajo*, vol. I, 12.^a ed., Madrid (Marcial-Pons), 1978; ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.^a E.: *Derecho del Trabajo*, 22.^a ed., Madrid (Civitas), 2004; PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Derecho del Trabajo*, 30.^a ed., Madrid (Centro de Estudios Ramón Areces), 2022; MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SANUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, 33.^a ed., Madrid (Tecnos), 2024; MONTAÑA MELGAR, A., SEMPERE NAVARRO, A. V.: *Derecho del Trabajo*, 45.^a ed., Madrid (Tecnos), 2024.

²² SEMPERE NAVARRO, A. V.: «Los elementos esenciales del contrato de trabajo en la jurisprudencia», en AA. VV.: *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al Profesor Manuel Alonso Olea*, Madrid (MTSS), 1990, pp. 655 y ss.; LUJÁN ALCARAZ, J.: *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo (Contribución al estudio del ámbito subjetivo de aplicación del Derecho del Trabajo)*, Madrid (MTSS), 1994, pp. 85-128 o GARCÍA VALVERDE, M.^a D.: «Los elementos esenciales del contrato de trabajo: visión jurisprudencial», *Documentación Laboral*, núm. 45, 1995, pp. 90 y ss.

²³ GARCÍA AMIGO, M.: *Lecciones de Derecho Civil*, T. II. *Teoría general de las obligaciones y contratos*, Madrid (McGraw- Hill), 1995, p. 175.

²⁴ STS, Civil, 18 enero 1964 (RJ 204).

²⁵ MONTAÑA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, cit., p. 267.

²⁶ PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Derecho del Trabajo*, cit. p. 631.

inserción del trabajador en la empresa²⁷. Estas teorías defendían la primacía de los elementos comunitarios sobre los contractuales a la hora de caracterizar las relaciones de trabajo, desposeyendo al contrato de su poder regulador y de su condición de elemento esencial en la relación laboral²⁸, habida cuenta de que la ocupación efectiva en la empresa –y no la existencia del vínculo contractual– era el presupuesto básico de hecho para la aplicación de las normas laborales²⁹.

La tarea hermenéutica deberá parar la atención en una realidad tan problemática como la delimitación del vínculo laboral frente a figuras afines, en un marco que invita a la elusión del exigente ordenamiento social. Además, implicará tanto aquilatar temporalmente el instante de su nacimiento y formalización, como medir el ámbito de la exigibilidad y aplicación del precepto, descartando instantes previos, pero incluyendo otros en los cuales pudiera parecer que la relación o su obligatoriedad habían decaído.

Como ha quedado dicho, la vigencia del contrato de trabajo constituye requisito indispensable para la aplicación del artículo 30 ET; excluyendo, de esta forma y frente a posibles pretensiones extensivas, su aplicabilidad a los estadios precontractuales³⁰ y la posibilidad de retrotraer sus efectos a cualquier momento anterior³¹. Sus propias características, naturaleza, desarrollo y las posibles consecuencias de su incumplimiento, tratadas en un estudio comparado con el definitivo contrato de trabajo, son las que conducirán a la eliminación de estas figuras, por tener lugar siempre en algún momento previo a la vigencia de la relación laboral, del ámbito de influencia y aplicación de un artículo 30 ET redactado en términos claros y contundentes a este respecto.

²⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «La transformación democrática del ordenamiento jurídico laboral y la relación individual de trabajo», *Temas Laborales*, núm. 1, 1984, p. 50 o BAYÓN CHACÓN, G. y PÉREZ BOTIJA, E.: *Manual de Derecho del Trabajo*, cit., pp. 178-180.

²⁸ Sobre esta teoría y la superación operada de sus fundamentos, STS 17 noviembre 1987 (RJ 8007).

²⁹ Al respecto, SUÁREZ GONZÁLEZ, F.: «El origen contractual de la relación jurídica de trabajo», *Cuadernos de Política Social*, núm. 48, 1960, pp. 71 y ss.

³⁰ STS, Civil, 18 enero 1964 (Ar. 204), apuntando la existencia de tres momentos o fases principales en la vida del contrato, tales como «la generación, la perfección y la consumación». En la primera quedan comprendidos «los tratos, negociaciones o conversaciones preliminares», produciéndose la perfección en un momento posterior, con la aceptación de la voluntad libre y conscientemente emitida por la persona a quien ha sido dirigida tal declaración.

Negando expresamente su aplicación al precontrato, por todas, STSJ Galicia 8 junio 1999 (AS 1695).

³¹ En los supuestos de precontrato no hay derecho a la percepción del salario, ya que, si así fuera, se produciría un enriquecimiento injusto del trabajador. Sobre esta cuestión, y en este sentido, declarando que no cabe la aplicación del artículo 30 ET a los supuestos precontractuales, STCT 7 julio 1984 (RTCT 6181).

1.2 La referencia al hecho de que trabajador «no pudiera prestar sus servicios»

La referencia al hecho de que «el trabajador no pudiera prestar sus servicios» avoca, ni más ni menos, al estudio de la imposibilidad como género y a cada una de sus especies (temporal-definitiva, total-parcial...). A falta de parámetros específicos, el Derecho Civil será el referente más válido para una construcción que de él nace y a la cual el ordenamiento social sólo añade un tratamiento peculiar en ciertos aspectos.

Cabe entender que existe un vínculo laboral en vigor³², y así lo expresa la propia dicción literal del precepto («una vez vigente el contrato»), que en su expresión abre la posibilidad –al hacer referencia a «sus» servicios– de plantear la hipótesis acerca de si el trabajador puede realizar tareas distintas a aquellas para las cuales fue contratado; también el interrogante sobre cuál debe ser su posición mientras dure el período interruptivo de su actividad. De tal forma, permaneciendo vigente la relación, no cabe plantear –en principio– la posibilidad de su extinción, pudiendo el trabajador permanecer en distintas situaciones.

1.2.1 PUESTA A DISPOSICIÓN DEL EMPRESARIO

Sin lugar a dudas, la opción más frecuente «si se acepta que las interrupciones previstas en el artículo 30 ET suelen ser de corta duración»³³, sea la puesta a disposición del empleador en tanto continúe la imposibilidad de prestar servicios, habida cuenta de que aquel puede exigirla (o dispensar de ella) en cualquier momento.

³² Buena prueba al respecto es la continuidad del cómputo de antigüedad en la empresa, el cual, al igual que el derecho al salario, no se interrumpe, MELLA MÉNDEZ, L.: «Algunos criterios judiciales recientes sobre el concepto "años de servicio" para el cálculo de la indemnización por despido», en AA. VV. (GÁRATE CASTRO, J., 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*, Santiago de Compostela (Universidad de Santiago de Compostela), 1997, p. 297.

A efectos de computar la antigüedad no se tomará en consideración el período selectivo [STSJ Aragón, 29 marzo 1999 (AS 1182)], ni la prestación desarrollada en otro puesto [STS 20 enero 1987 (RJ 79)] y no será de aplicación el artículo 30 ET durante su transcurso.

³³ RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F.: «Imposibilidad de la prestación», en AA. VV. (BORRAJO DACRUZ, E., dir.): *Comentarios a las Leyes Laborales*, T. VI, Madrid (EDERSA), 1982, p. 193.

Además, habrá de permanecer, salvo orden en contrario, en el centro de trabajo ³⁴. Cuando el empresario considere la posibilidad de estar frente a un período de inactividad breve, lo más lógico y coherente resultará mantener al trabajador en los locales de la unidad productiva, preparado para reiniciar su prestación a partir del momento en el cual el obstáculo desaparezca. Es más, en tal supuesto cabe presumir *iuris tantum* que la imposibilidad de la prestación es imputable al empresario si se produjo tal puesta a disposición. Este caso no parece plantear problema alguno sobre la aplicación del derecho a la ocupación efectiva ³⁵, y mucho menos del artículo 30 ET, pues conservará el derecho al salario sin posibilidad de descontar retribución alguna ³⁶.

1.2.2 ABANDONO TEMPORAL DEL CENTRO DE TRABAJO

Una segunda posibilidad a destacar, siempre y cuando cuente con la debida y oportuna autorización del empresario ³⁷, es el abandono temporal del trabajador del centro de trabajo, en tanto la situación de interrupción se prolongue en el tiempo, sin desempeñar otra actividad remunerada distinta de la suya habitual fuera de la empresa.

En tal caso, estaría a la espera de reanudar su función propia en el marco de la unidad empresarial. Esta situación no plantea problema alguno, siendo de total aplicación el artículo 30 ET. *Item mas*, el operario resultará incluso beneficiado ³⁸ en tanto en cuanto conserva su derecho al salario sin permanecer a disposición del empresario, sin desempeñar esfuerzo productivo alguno y disfrutando de un tiempo libre que no podrá ser compensando posteriormente con otro trabajo para recuperar el perdido.

³⁴ SEMPERE NAVARRO, A. V.: «Artículo 30. Imposibilidad de la prestación», en MONTOLYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J. M., SEMPERE NAVARRO, A. V. y RÍOS SALMERÓN, B.: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 209.

³⁵ MATÍ A PRIM, J.: «Consideraciones sobre el derecho a la ocupación efectiva», en AA. VV.: *Lecciones de Derecho del Trabajo en homenaje a los Profesores Bayón Chacón y Del Peso y Calvo*, Madrid (Universidad Complutense), 1980, pp. 147-148.

³⁶ STS 5 febrero 1971 (RJ 703).

³⁷ Tal posibilidad aparece reconocida en las SSTs 6 febrero 1985 (RJ 608) y 6 febrero 1995 (RJ 742), destacando ambas cómo «fácil hubiera sido seguirle pagando sin exigir la asistencia al trabajo y sin que sea preciso recordar la existencia del artículo 30 del Estatuto de los trabajadores».

³⁸ En este sentido, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F.: *Interrupciones de la actividad de la empresa y derecho al salario*, Sevilla (Publicaciones de la Universidad de Sevilla), 1975, p. 75.

1.2.3 REALIZACIÓN DE OTRO TRABAJO

Esta variante resultará poco probable y nada habitual en la práctica, pero no imposible, pues el empresario, de la misma manera que disfruta de la potestad de exigirle la permanencia, puede exonerar al trabajador de su presencia en el centro de trabajo mientras las causas que provocaron la interrupción no hayan desaparecido.

El artículo 47 de la antigua Ley de Contrato de Trabajo de 1944 preveía esta posibilidad, alterando la carga del riesgo recaída sobre el empleador y exonerándole en parte de su obligación salarial «si el trabajador ganara en otros empleos, durante el impedimento proveniente de causas imputables a la empresa», ya que, en tal caso, «cualquier otro emolumento, se descontará de las obligaciones del empresario». Cabe suponer, en principio, que la interrupción en cuestión tendrá un período de duración relativamente amplio, pues la posición empresarial, permitiendo abandonar el centro de trabajo para desarrollar otra actividad, sería contraria a toda lógica en el supuesto de contemplar una paralización breve de las actividades. Esta previsión legal pretendía «suavizar la situación gravosa provocada al empresario, que en tal caso podía descontar el ingreso obtenido por el trabajador en su empleo "exterior" a la empresa de lo debido por aquel durante todo el lapso de tiempo de la interrupción»³⁹.

Tal previsión, recogida por su antecedente legal, quedó suprimida en la redacción actual del artículo 30 ET, por lo que, de tal manera, es menester afirmar que el trabajador tiene la posibilidad de realizar otra actividad durante este período⁴⁰ siempre y cuando no constituya competencia desleal⁴¹, y la empresa no podrá realizar descuento alguno sobre la cantidad debida en concepto de salario devengado en otro empleo⁴².

En todo caso, resulta preciso insistir en lo excepcional de este tipo de situaciones, en tanto el empleador, interesado en la rápida reanudación de la

³⁹ Así, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F.: «Imposibilidad de la prestación», en AA. VV. (BORRERO DACRUZ, E., dir.): *Comentarios a las Leyes Laborales*, cit., p. 194.

⁴⁰ Cabe afirmar «la libertad de disposición sobre el tiempo que debió dedicarse al trabajo» y no pudo prestar servicios en la empresa, cuya consecuencia ha sido una falta de ocupación no deseada, STS 13 marzo 1991 (RJ 1851).

⁴¹ Al respecto, AGRA VIFORCOS, B.: *Competencia desleal en la dinámica de la relación laboral (Estudio del artículo 21 del Estatuto de los Trabajadores)*, León (Tesis Doctoral), 2001, pp. 409-410.

⁴² En este sentido, y resolviendo sobre casos similares al planteado, cabe aplicar por analogía las tesis jurisprudenciales cuando han prohibido el descuento de los salarios percibidos en otro empleo, pues «frustraría la finalidad» pretendida por el artículo 30 ET, SSTs 13 y 20 marzo 1991 (RJ 1851 y 1882). Ambos pronunciamientos advierten sobre cómo, a pesar de su similitud con el artículo 30 ET y la *mora accipiendi*, los supuestos examinados no hacen referencia a un mero retraso en la ocupación o a un impedimento transitorio a incluir en la esfera de riesgos del empresario, sino a la negativa al cumplimiento de una resolución empresarial.

actividad en cuanto sea posible, puede exigir –y será normal tal posición– la permanencia en el centro productivo durante la jornada de trabajo habitual, limitando así la capacidad de ejercer un empleo distinto.

1.2.4 LA MOVILIDAD DEL TRABAJADOR

El artículo 30 ET, al hacer referencia a la imposibilidad de la prestación, utiliza una expresión muy concreta: «prestar "sus" servicios». Será inevitable, en consecuencia, considerar la hipótesis de emplear al trabajador en otra función distinta a la pactada por contrato.

Los cambios que el entorno empresarial ha venido experimentando en los últimos tiempos han revelado cómo las tradicionales estructuras organizativas resultan insuficientes para enfrentarse a los problemas, amenazas y oportunidades⁴³ de la competitividad en los nuevos marcos de integración económica⁴⁴ y avance de las nuevas tecnologías y formas productivas.

Así, «polivalencia, transformación y discontinuidad del empleo, novedad y heterogeneidad de las cualificaciones y alteración o ruptura de las anteriores carreras profesionales jerárquicas lineales⁴⁵ se dan hoy cita en el aseguramiento de los trabajadores a una cualificación profesional»⁴⁶, en tanto la flexibilidad funcional y la superación de las categorías profesionales constituyen «instrumentos que permiten obtener la máxima eficacia o rentabilidad del trabajador, al que pueden imponerse la realización de diferentes funciones de acuerdo con las necesidades organizativas de la producción»⁴⁷.

Las reformas laborales operadas desde los años noventa han supuesto, en este ámbito, «la facilitación de la movilidad de los trabajadores, el favorecimiento de la imposición de modificaciones sustanciales en las funciones contractualmente debidas por aquellos, y la reconducción de

⁴³ VALLE CABRERA, R.: «Un nuevo enfoque funcional: la superación de las categorías», *Temas Laborales*, núm. 36, 1995, p. 4.

⁴⁴ FERNÁNDEZ MARCOS, L.: «La movilidad funcional y geográfica después de la reforma laboral de 1994», *Documentación Laboral*, núm. 47, 1995, p. 98.

⁴⁵ Sobre la cuestión, haciendo referencia a las diferencias que pueden existir entre los sistemas de los diferentes países, ABRAHAM, K. G.: «Desajuste y movilidad del trabajo: observaciones finales», en AA. VV. (PADOA SCHIOPPA, F., Comp.): *Desajuste y movilidad del trabajo*, Madrid (MTSS), 1991, pp. 527 y ss.

⁴⁶ CASAS BAAMONDE, M.^a E.: «Sistemas de clasificación profesional, movilidad funcional y negociación colectiva», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 89, 1998, p. 413.

⁴⁷ LÓPEZ GÓMEZ, J. M.: «Flexibilidad interna: movilidad funcional del personal de las Administraciones Públicas», en AA. VV.: *VII Congreso Nacional de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social*, Valladolid (AEDTSS), 1996, p. 2.

sus negativas a la aceptación de tales cambios o alteraciones contractuales hacia la extinción del contrato»⁴⁸.

Tales factores llevan, lógicamente, a reconocer la notable ampliación de «las capacidades dispositivas unilaterales del empresario en la materia»⁴⁹. En este sentido, parece sencillo afirmar la capacidad del empleador para disponer de la fuerza productiva de los operarios afectados en el desarrollo de sus tareas por la interrupción.

El operario buscará siempre la mayor precisión posible en la determinación de su prestación, mientras el empresario, por contra, pretenderá obtener la máxima abstracción de las funciones, con un claro objetivo: disfrutar de mayor libertad en el uso de la mano de obra⁵⁰, fundamental a la hora de resaltar la capacidad para alterar sus funciones en el supuesto del artículo 30 ET.

Una de las funciones esenciales del contrato laboral es «la determinación de la prestación de trabajo debida a través de la fijación de su contenido y de la clasificación subjetiva del trabajador»⁵¹; establecer, en definitiva, las tareas concretas que el empleador pueda exigir al operario para evitar el requerimiento, por parte de este, de otras diferentes a las previstas en el pacto individual.

El artículo 22.4 ET facilita una definición más amplia y flexible de la prestación debida al habilitar expresamente al contrato para establecer y determinar las funciones atendiendo a una triple posibilidad, entre las que aparece la posibilidad de acordar la polivalencia funcional⁵², de forma tal que así el

⁴⁸ Para lo que presta una ayuda inestimable el mecanismo de ejecución previsto en las normas procesales laborales, CASAS BAAMONDE, M.^a E.: «Sistemas de clasificación profesional, movilidad funcional y negociación colectiva», cit., p. 412.

⁴⁹ MUT GONZÁLEZ, F.: «Las facultades del empresario después de la reforma laboral de 1994. Análisis crítico», *Tribuna social*, núm. 75, 1997, p. 34.

Tal circunstancia ha supuesto una variación tan radical en favor de la autonomía individual del empresario como para poner en entredicho –al menos en ocasiones– la exigencia de certeza y determinación en el objeto del contrato de trabajo, SENRA BIEDMA, R.: «Promoción profesional, movilidad funcional, movilidad geográfica y modificación sustancial», *Relaciones Laborales*, núm. 6, 1995, p. 11.

El límite a este poder neoconferido (o recuperado) quizá se encuentre en el proceso de ampliación de las competencias atribuidas a la negociación colectiva, cuya función alcanza a diseñar y organizar los sistemas de encuadramiento profesional de los trabajadores, delimitar los poderes organizativos empresariales y, en definitiva, establecer el delicado balance entre los diferentes intereses en juego, CASAS BAAMONDE, M.^a E.: «Sistemas de clasificación profesional, movilidad funcional y negociación colectiva», cit., p. 412.

⁵⁰ VALLE MUÑOZ, F. A.: *La movilidad funcional del trabajador en la empresa*, Madrid (CES), 1998, p. 26.

⁵¹ CASAS BAAMONDE, M.^a E.: «Sistemas de clasificación profesional, movilidad funcional y negociación colectiva», cit., p. 416.

⁵² Cualidad predicable de ciertos obreros, los cuales «por sus conocimientos y/o experiencia, están en condiciones de desempeñar las funciones básicas de dos o más categorías profesionales», LOUSADA AROCHENA, J. F.: «El pacto contractual de polivalencia funcional», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 93, 1999, p. 35.

operario podrá ocupar cualquier puesto correspondiente a las labores propias del grupo, área o nivel profesional reconocido y asignado⁵³, pero continuando adscrito a una de ellas⁵⁴, realizando su concreción en atención a un criterio cuantitativo y no cualitativo⁵⁵.

Tal polivalencia funcional facilitará, en definitiva, la tarea empresarial de variar –siempre con escrupuloso respeto a los límites legales– la actividad de sus trabajadores cuando deba hacer frente a una imposibilidad transitoria de desarrollar la actividad para la cual fueron contratados, pues el artículo 30 ET no parece excluir en momento alguno tal facultad.

Sería posible, incluso, destinar al trabajador a un puesto de categoría inferior en la empresa⁵⁶, habida cuenta de que el artículo 39.2 ET lo permite si está justificado «por necesidades perentorias o imprevisibles de la actividad productiva», y no cabe considerar en momento alguno que el artículo 30 ET proscriba el uso de tal prerrogativa.

La cuestión debe ser incardinada, en definitiva, dentro del esquema de las facultades del poder de dirección⁵⁷, y mientras el empleador respete todos los límites legales o convencionales y no oculte un ánimo de perjudicar al operario, ninguna duda cabe tener al respecto: el trabajador continuará devengando su derecho al salario y la unidad productiva recibirá a cambio su contraprestación.

En fin, la movilidad geográfica podría resultar otra opción, pues también ante la imposibilidad de prestar los servicios cabría reconocer la facultad del empresario para ejercer su prerrogativa de efectuar un traslado o un desplazamiento del trabajador en tanto respete y cumpla, obviamente, todas las exigen-

⁵³ ALEMÁN PÁEZ, F.: «La polivalencia profesional en el sistema español de relaciones laborales», *Relaciones Laborales*, 1994, T. I, p. 489.

⁵⁴ DEL REY GUANTER, S.: «Movilidad funcional, movilidad geográfica y modificaciones sustanciales del contrato de trabajo», en AA. VV. (ALARCÓN CARACUEL, M. R., coord.): *La reforma laboral de 1994*, Madrid (Marcial Pons), 1994, pp. 193-194.

⁵⁵ El criterio «de la prevalencia –grupo o categoría correspondiente a las funciones realizadas durante más tiempo por el trabajador, que ocupen la mayor parte de su actividad– y no la preeminencia –funciones correspondientes a la categoría o grupo superior–, utilizado por las viejas ordenanzas y reglamentaciones», RIVERO LAMAS, J.: «La movilidad funcional en la empresa en la Ley 11/1994», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 67, 1994, p. 696.

⁵⁶ En tanto en cuanto constituirá un «mal menor frente a una total inactividad del trabajador», RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F.: «Imposibilidad de la prestación», en AA. VV. (BORRAJO DACRUZ, E., dir.): *Comentarios a las Leyes Laborales*, cit., pp. 194-197.

En contra, JUANES FRAGA, E.: «Derecho al salario sin prestación de servicios», en AA. VV. (DE LA VILLA GIL, coord.): *Estudios sobre el salario*, Madrid (ACARL), 1993, p. 145, para quien «la mera conveniencia del empleador con miras a aprovechar al máximo la energía laboral y obtener así alguna contraprestación por el salario que va a tener que abonar no parece que deba posibilitar la puesta en práctica de una facultad empresarial que por excepcional deba ser objeto de interpretación estricta».

⁵⁷ STCT 11 noviembre 1987 (RTCT 24620).

cias legales al respecto. En tal supuesto, sin embargo, y en virtud de la duración establecida por la Ley para estas figuras, es de todo punto necesario concretar la extensión del período interruptivo, la cual, en el caso del artículo 30 ET, no parece, en principio, que pueda ser muy amplia.

En cualquier caso, no será normal, ni lógico, por tanto, acudir a la movilidad geográfica tomando en consideración tal circunstancia, pues el perjuicio que significaría para el trabajador un cambio tan dilatado temporalmente ante una interrupción en principio (se insiste) de escasa magnitud, como es la recogida por el artículo 30 ET.

1.3 La exigencia de que el empresario «se retrase en darle trabajo por impedimentos imputables al mismo»

El presupuesto de que «el empresario se retrase en darle trabajo» sitúa el análisis en el ámbito de las obligaciones que del contrato de trabajo derivan para la parte fuerte de la relación; en concreto, el deber de ocupación efectiva y su incumplimiento.

La dicción literal del artículo 30 ET hace referencia a la situación interruptiva por él concebida como una demora del empresario («se retrase») en la obligación de dar trabajo únicamente a él imputable, y no al trabajador. Tal circunstancia parece descubrir que no existe voluntad deliberada de negar el derecho de ocupación efectiva. Está impedido, tiene intención de hacerlo, pero algo le imposibilita para llevar a cabo su pretensión.

Después, el matiz incorporado a unos «impedimentos imputables» a quien proporciona el empleo vuelve a abrir el discurso a las categorías del ordenamiento privado, fundamentalmente en aspectos tales como la culpa frente al *casus* y la *vis maior* como razones para conseguir la exoneración de cualquier responsabilidad.

En fin, y tras un desarrollo ciertamente farragoso, el precepto sienta el criterio último de imputación: el trabajador «conservará el derecho a su salario, sin que pueda hacérsele compensar el que perdió con otro trabajo realizado en otro tiempo».

El derecho a la ocupación efectiva posee un carácter instrumental respecto de otros⁵⁸ (trabajo, promoción y formación, no discriminación o participa-

⁵⁸ El trabajo como fuente de ciudadanía social, de identidad, de derechos profesionales. Al respecto, entre otras, SSTs 24 septiembre 1985 (RJ 4361), 22 septiembre 1988 (RJ 7100), 12 diciembre 1989 (RJ 8957) o STSJ País Vasco 29 enero 1992 (AS 182).

ción) y, aun cuando carece de un contenido legal específico (y es que procede recordar que el derecho al trabajo carece de una garantía individualizada directamente invocable ante los órganos judiciales para así adquirir un empleo⁵⁹, aunque frente a los poderes públicos constituye una exigencia)⁶⁰ presenta autonomía y suficiente trascendencia específica en cuanto derecho básico e irrenunciable; por tanto, como límite a los poderes empresariales⁶¹.

En cualquier caso, no impone al empleador únicamente «obligaciones negativas, sino positivas, como se desprende de que la falta de ocupación efectiva sea considerada como causa de solicitud de extinción del contrato de trabajo»⁶², pues puede ser invocado en vía judicial, permitiendo amparar pretensiones específicas de invalidez o antijuridicidad en determinados comportamientos empresariales discrecionales que conduzcan a una inactividad contraria a la voluntad del empleado, resultando el derecho a la ocupación efectiva recogido por el Estatuto de los Trabajadores sólo «predicable y accionable contra el empresario y desde el momento en que se ha concertado el vínculo laboral»⁶³, configurándose así como concreción del «deber de protección del empresario» y como «deber básico de prestación»⁶⁴.

En ocasiones se ha considerado, en este sentido, como un valor absoluto⁶⁵; en otras, en cambio, parecen aceptarse justificaciones diversas para tal falta de ocupación⁶⁶. Será necesario, por tanto, atender a cada situación concreta⁶⁷, pues ciertos factores como la fuerza mayor, la huelga o la imposibilidad del artículo 30 ET pueden fundamentar la interrupción en la prestación. La mayor parte de estos casos, de carácter excepcional, conllevan que el operario no desarrolle su actividad, pero exista una verdadera prestación laboral en tan-

⁵⁹ ALONSO OLEA, M.: *Las fuentes del Derecho. En especial, del Derecho del Trabajo según la Constitución*, Madrid (Civitas), 2.ª ed., 1990, p. 35.

⁶⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M.: «La Constitución y las fuentes del Derecho del Trabajo», en AA. VV. (RIVERO LAMAS, J., dir.): *El trabajo en la Constitución: II Coloquio de Jaca*, Zaragoza (Universidad de Zaragoza), 1982, p. 45.

Igualmente, STCo 22/81, de 2 de julio.

⁶¹ MOLINA NAVARRETE, C.: «Artículo 4. Derechos laborales», en AA. VV. (MONEREO PÉREZ, J. L., dir.): *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Granada (Comares), 1998, p. 135.

⁶² RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M.: «Derechos y deberes laborales», en AA. VV.: *El Estatuto de los Trabajadores. Veinte años después*, Edición especial del número 100 de la Revista Española de Derecho del Trabajo, 2000, pp. 265-266.

⁶³ GUANCHE MARRERO, A.: *El derecho del trabajador a la ocupación efectiva*, Madrid (Civitas), 1993, p. 33.

⁶⁴ SSTs 15 noviembre 1986 (RJ 6350) o 7 marzo 1990 (RJ 1776).

⁶⁵ Así, por ejemplo, SSTs 4 julio 1988 (RJ 6113) y 8 noviembre 1993 (RJ 8559).

⁶⁶ Aceptando la interrupción de la prestación como hecho que no vulnera el derecho a la ocupación efectiva en variados supuestos, SSTs 15 noviembre 1986 (RJ 6350), 17 marzo 1988 (RJ 2312), 6 febrero 1996 (RJ 853); STCT 13 febrero 1973 (RTCT 661); SSTSJ Madrid 24 enero 1994 (AS 408) o Cataluña 15 marzo 1997 (AS 1942).

⁶⁷ STS 3 octubre 1990 (RJ 7525) o STSJ Cataluña 15 marzo 1997 (AS 1942).

to cumpla su obligación a través de la simple puesta a disposición del empleador.

La imputabilidad constituye un requisito esencial e ineludible para mantener el derecho al devengo del salario. Cuando el trabajador (o trabajadores) no puedan consumir la prestación por impedimentos provenientes de la entidad empleadora, será esta la deudora de la contraprestación económica a la cual aquellos son acreedores⁶⁸ «desde el primer momento en que debe comenzar el ejercicio de su actividad»⁶⁹. El hecho de no proporcionar ocupación efectiva no le exonera de retribuir al empleado «en la misma medida que lo haría de consumir este cumplidamente los quehaceres que le corresponden»⁷⁰. Como han señalado distintos pronunciamientos «uno de los derechos básicos del trabajador en relación con el contrato de trabajo es el de tener ocupación efectiva [art. 4.2, a) del ET] y, habida cuenta de la reciprocidad intrínseca del contrato laboral, ello implica la correlativa obligación del empresario de proporcionársela, y en el supuesto de que no lo hiciese por causas a él imputables, el trabajador conservará el derecho a su salario»⁷¹.

Existirá, por otra parte, «la presunción de que al empresario es imputable la falta de prestación efectiva de los servicios, siempre que el trabajador se encuentre a su disposición, sin perjuicio de la prueba en contrario... que le exonere de responsabilidad»⁷². Así, habiendo tomado posesión de su plaza sin llegar a prestar servicios, el empleador habrá incumplido «su deber de viabilizar la prestación de sus servicios correspondientes..., [pues] dio posesión de su respectivo puesto de trabajo obtenido en concurso libre. De aquí que... haya de satisfacer el salario»⁷³.

No resulta, además, necesario que haya comenzado el desarrollo efectivo de los trabajos, pues basta con que el contrato comience a producir efectos, es decir, es suficiente con su vigencia, momento que se identifica con el instante en que las partes llegaron a un acuerdo y se señala una fecha de inicio de la actividad laboral por cuenta ajena⁷⁴, aunque no faltan pronunciamientos atendiendo al criterio opuesto, señalando cómo «para que proceda su aplicación se

⁶⁸ Por citar algunas destacadas, SSTs 14 julio 1982 (RJ 3997), 15 diciembre 1983 (RJ 6216), 14 octubre 1985 (RJ 4713), 30 mayo y 16 septiembre 1986 (RJ 3956 y 4985), 14 y 22 junio 1988 (RJ 5297 y 5453), 1 marzo 1989 (RJ 1952), 9 abril 1990 (RJ 3437), 31 enero 1992 (RJ 244); SSTSJ Madrid 10 noviembre 1994 (AS 4599), La Rioja 31 diciembre 1994 (AS 4719) o Castilla-La Mancha 16 junio 1995 (AS 2596).

⁶⁹ STS 16 noviembre 1988 (RJ 8595).

⁷⁰ STS 13 febrero 1986 (RJ 757).

⁷¹ STSJ Andalucía/Sevilla 3 marzo 1998 (AS 5476).

⁷² STSJ Andalucía (Sevilla) 3 marzo 1998 (AS 5476).

⁷³ STS 14 junio 1988 (RJ 5297).

⁷⁴ STS 17 noviembre 1987 (RJ 8007).

requiere que la relación laboral esté vigente, no sólo formalmente por la suscripción de un contrato laboral sino realmente porque exista una efectiva prestación de servicios para la empresa»⁷⁵.

Incluso cuando la empresa impida «desarrollar la totalidad» de la actividad, «permitiéndole tan sólo cumplir una jornada más reducida, es obvio que el empleado sigue manteniendo el derecho a percibir las remuneraciones correspondientes a la jornada o jornadas íntegras, dado lo que dispone el artículo 30 del Estatuto de los Trabajadores»⁷⁶. Es más, la pérdida de un determinado número de horas deberá ser soportada por la unidad productiva, sin posibilidad de descontar los emolumentos correspondientes a tal período⁷⁷.

Por contra, en caso de no existir obligación de dar trabajo, tampoco existirá el deber de abonar salarios, pues estos «son la contraprestación de aquel»⁷⁸. La carga o el sacrificio derivado de la imposibilidad de prestar servicios «debe soportarlo la empresa en cuanto parte más fuerte de la relación jurídica»⁷⁹; sin embargo, al no serle imputables las causas que provocaron la interrupción quedará exonerada del pago, no siendo aplicable la disposición contenida en el artículo 30⁸⁰, aun cuando algún pronunciamiento reconoce –en ciertos supuestos– la posibilidad de ejercitar acciones indemnizatorias con fundamento en los artículos 1101 y siguientes del Código Civil⁸¹.

Tampoco cabe confundir el salario con otro tipo de conceptos retributivos, caso de las primas pactadas por las partes⁸², habida cuenta de que la reclamación no es salarial y «el artículo 30 ET deviene inaplicable porque expresamente tal precepto alude y se contrae únicamente a ‘conservar el derecho al salario’ sin que gramatical ni lógicamente pueda pretender hacerse extensiva su aplicación a otros ni distintos conceptos, ya que de así pretenderlo el legislador lo hubiera establecido»⁸³.

En ocasiones, la doctrina legal, yendo aún más lejos, cuando existe una oferta de empleo y el aspirante cumple los requisitos pero la empresa niega el derecho a ocupar el puesto de trabajo, «en analogía al contenido del artículo 30

⁷⁵ STSJ Andalucía, Sevilla, 10 diciembre 2003 (AS 305/2005).

⁷⁶ STS 28 enero 1991 (RJ 189).

⁷⁷ STSJ Madrid 10 noviembre 1994 (AS 4599).

⁷⁸ STSJ Andalucía 4 julio 1995 (AS 2758).

⁷⁹ STSJ Madrid 10 noviembre 1994 (AS 4599).

⁸⁰ Entre otras, SSTS 5 julio y 16 diciembre 1985 (RJ 3690 y 6118), 4 noviembre 1986 (RJ 6268), 13 diciembre 1990 (RJ 9783) y SSTSJ Cataluña 8 febrero 1995 (AS 693) o Asturias 12 mayo 1995 (AS 1819).

⁸¹ Así, en el caso de una reducción de jornada decidida por la Autoridad Laboral, STSJ Cataluña 2 julio 1996 (AS 2897).

⁸² Destacando que no se trata del abono del salario en «las demoras, esperas y viajes sin servicio...», sino de una regla sobre el cálculo de una prima», STS 10 abril 1995 (AS 3035).

⁸³ STSJ Cataluña 18 marzo 1996 (AS 1887).

ET»⁸⁴, ha sustituido el abono de los salarios por una indemnización en virtud del lucro cesante, apreciando una actuación «en forma perjudicial a un trabajador con derecho a ocupar puesto de plantilla que le fue denegado»⁸⁵. Durante el proceso de selección, empero, no existe todavía un contrato en vigor y, por tanto, no será de aplicación el 30 ET⁸⁶.

La interpretación *a sensu contrario* del precepto conlleva que, cuando los obstáculos a la prestación soportados por el operario no sean imputables a la unidad productiva, esta no deberá hacer frente a la obligación de pago del salario⁸⁷. Debe existir una conexión entre el retraso en dar ocupación efectiva y la atribución de responsabilidad; en caso de no apreciar una relación directa entre el impedimento y la decisión de no dar trabajo (no es –se insiste– la intención empresarial, sino una dificultad) no puede existir juicio de reproche al empleador ni, por tanto, imputación. Tal circunstancia conduce necesariamente al análisis de determinados supuestos en los cuales la imposibilidad no recae de lado de la entidad.

Por otra parte, el artículo 30 ET prohíbe la recuperación de las horas no trabajadas en casos de imposibilidad de la prestación imputable al empresario. Este también deberá abonar el salario, aun cuando no reciba a cambio la contraprestación debida. Tal circunstancia refleja de la mejor forma posible la carga del riesgo que debe soportar.

En fin, sólo es retribuido el trabajo efectivo⁸⁸. Esta regla, sin embargo, quiebra con la simple lectura del artículo 30 ET. El carácter bilateral del contrato laboral «implica que para poder recibir el salario... es requisito esencial que el trabajo correspondiente al período que se interesa se haya prestado o que, de no haberse hecho así, que la no prestación lo haya sido de la forma que define el art. 30 del ET»⁸⁹. Esta disposición constituye, así, tal y como se destacó anteriormente, una importante excepción a la regla general de que sin trabajo no hay salario, habida cuenta de que conlleva la percepción de determi-

⁸⁴ BOTANA LÓPEZ, J. M.ª: «Imposibilidad de la prestación (En torno al artículo 30 ET)», en AA. VV.: *El Estatuto de los Trabajadores. Veinte años después*, cit., p. 670.

⁸⁵ STS 26 enero 1990 (Ar. 222).

⁸⁶ Así, SSTSJ Castilla y León/Burgos 20 julio 1995 (AS 2860) o Aragón 29 marzo 1999 (As 1182).

⁸⁷ SSTs 31 enero, 15 noviembre 1990 (RJ 574 y 8779); SSTCT 30 octubre 1985 (RTCT 5840), 15 y 24 enero y 23 junio 1987 (RTCT 672, 1357 y 13905), 18 mayo, 25 octubre, 23 noviembre y 7 diciembre 1988 (RTCT 234, 6233, 570, 586) o 16 mayo 1989 (RTCT 240).

⁸⁸ Como regla general, no hay derecho al salario sin prestación de servicios, STS 13 diciembre 1990 (RJ 9783).

⁸⁹ GIL SUÁREZ, L.; IGLESIAS CABERO, M. y ROA RICO, L. F.: *Estatuto de los Trabajadores (jurisprudencia y comentarios doctrinales)*, 6.ª ed., Madrid (Colex), 1998, p. 139.

nadas cantidades (todos los emolumentos que tengan la condición de salario⁹⁰) «aun sin trabajar»⁹¹.

En todo caso, en ciertas ocasiones la empresa tendrá la capacidad para exigir a sus trabajadores la recuperación de las horas no trabajadas, aun cuando no les sea imputable a estos la interrupción. Tal circunstancia tendrá lugar en aquellos casos en los cuales la imposibilidad venga originada por la aparición de la fuerza mayor.

1.4 Supuestos excluidos

En determinados supuestos queda excluida la aplicación el artículo 30 ET, pues si el vínculo laboral no está vivo tal circunstancia no será posible, de la misma manera que cuando se está en presencia de casos de fuerza mayor en sentido propio o cuando el contrato no ha sido perfeccionado al encontrarse en fase de tratos preliminares⁹².

El precepto tampoco puede aplicarse en supuestos en los cuales el contrato está en suspenso⁹³, extinguido⁹⁴ o por baja motivada en una incapacidad temporal⁹⁵. Sin embargo, no obstante lo señalado, y aunque en el caso de la extinción del contrato de trabajo en principio no cabe la reclamación por vía del artículo 30 ET, esta afirmación no siempre es tan clara y rotunda como pueda aparentar, pues en caso de estar *sub iudice* el asunto y ser el despido declarado nulo⁹⁶ o improcedente con obligación de readmitir, los salarios de tramitación serán debidos con carácter retributivo y no como indemnización, pudiendo subsumir el supuesto en lo previsto por este precepto estatutario.

En este sentido, desde el momento en el cual «el despido se produce, surge en caso de nulidad, el efecto de readmisión inmediata con abono de salarios dejados de percibir, sin que el dato de que en la situación anterior de excedencia no los recibiera, sea obstáculo impidente para concluida esta con la

⁹⁰ STCT 13 junio 1985 (RTCT 4370). Incluida «la prima de rendimiento en la cuantía media que venían obteniendo con anterioridad», dado su carácter salarial, MARTÍNEZ GIRÓN, J.: «Salario variable por rendimiento: régimen jurídico y criterios jurisprudenciales», *Actualidad Laboral*, 1986, T. II, p. 2369.

⁹¹ SEMPERE NAVARRO, A. V.: «Artículo 30. Imposibilidad de la prestación», en MONTOLYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J. M., SEMPERE NAVARRO, A. V. y RÍOS SALMERÓN, B.: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 208.

⁹² STSJ Andalucía, Sevilla, 4 julio 1995 (SA 2758).

⁹³ STS 5 diciembre 1988 (RJ9561).

⁹⁴ STS 13 diciembre 1990 (RJ 9783).

⁹⁵ STSJ Cataluña 7 marzo 2005 (JUR 16669).

⁹⁶ STCo 104/1987, de 17 de junio.

readmisión, deba la empresa que no le dio trabajo, desde que debió hacerlo, abonar dichos salarios en base al artículo 30 del Estatuto de los Trabajadores»⁹⁷.

Igualmente, a pesar de que durante el período de excedencia se produce la suspensión del contrato, cabe destacar cómo, en el caso de excedencia forzosa, el trabajador disfruta del derecho a reserva con reincorporación automática al puesto de trabajo, en cuyo caso una negativa o un retraso del empresario en la readmisión por causas a él imputables bien podría tratarse como un supuesto de despido, pero igualmente cabría suponer una efectiva y total aplicación de los presupuestos recogidos en el artículo 30 ET. La relación laboral continúa vigente, no ha tenido lugar en ningún momento la extinción del contrato de trabajo, lo que, unido al derecho del cual es titular el empleado, supondrá la obligación del empresario de satisfacer los salarios dejados de percibir desde la fecha en la cual la petición de reingreso fue realizada, hasta tanto no le reincorpore a su puesto.

Por su parte, si de excedencia voluntaria se tratase, el trabajador no dispone de ese derecho de reserva del puesto, sino sólo de preferencia al reingreso en las plazas vacantes si existieran, por lo que, en principio, parece no caber la aplicación, en estos casos, de lo dispuesto por el artículo 30 ET, y así lo han entendido los Tribunales en reiterados pronunciamientos, al destacar cómo, aparte de basarse este precepto en la imputabilidad al empresario, regula un supuesto de vigencia del contrato de trabajo y no será aplicable a tales situaciones⁹⁸.

Esta posición, en cualquier caso, también puede ser matizada, ya que será correcta para los casos en los cuales no exista esa vacante requerida, pero no se adecúa a los supuestos donde el reingreso ha sido solicitado, la unidad productiva dispone de una plaza libre y la petición es desatendida, o en aquellos otros en los cuales la vacante tiene lugar con posterioridad a la solicitud de reingreso. En el primer caso, el empresario incurre en mora desde la fecha en que tiene lugar dicha solicitud; en el segundo, «desde la presentación de la papeleta de conciliación o reclamación previa, y no desde que existe la obligación de readmitir»⁹⁹. Así, cabe afirmar, tal y como sucedía en el caso de la excedencia forzosa y, evidentemente, siempre y cuando la solicitud haya sido realizada en tiempo y forma, la obligación de la empre-

⁹⁷ STS 28 abril 1987 (RJ 2818).

⁹⁸ SSTs 24 septiembre 1985 (RJ 4634), 3 febrero 1986 (RJ 696) o STSJ Extremadura 16 abril 1996 (AS 1317).

⁹⁹ SEMPERE NAVARRO, A. V.: «Artículo 46. Excedencias», en MONTAÑA MELGAR, A.; GALIANA MORENO, J. M.; SEMPERE NAVARRO, A. V. y RÍOS SALMERON, B.: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, 6.ª ed., Pamplona (Aranzadi), 2005, p. 417, para quien «la tardía readmisión» obliga a la empresa a satisfacer los salarios dejados de percibir.

sa, en estos supuestos concretos, de retribuir los salarios en virtud del artículo 30 ET ¹⁰⁰, al producirse un retraso en la obligación de proporcionar empleo imputable exclusivamente a la entidad, aun cuando no deben ser olvidadas –ni, por supuesto, eliminadas, habida cuenta de que su utilización es perfectamente viable y reconocida por doctrina y jurisprudencia– las acciones disponibles para el trabajador ¹⁰¹ de reclamar el cumplimiento del deber de reingresar en el puesto o de instar la resolución contractual fundada en incumplimiento empresarial.

Por otra parte, cuando la ausencia de actividad laboral tiene su origen en la privación del permiso o habilitación necesaria para poder desarrollarla este artículo no será de aplicación, en tanto en cuanto faltará «el elemento básico para que la responsabilidad alcance a la empresa, pues no es imputable a la misma, sino a la prohibición impuesta ¹⁰².

Igualmente, tampoco será de aplicación cuando la huelga de buena parte de la plantilla impide la actividad de los demás «por cuanto la no dación de trabajo por parte del empresario es ajena a la propia voluntad de este último» ¹⁰³. En estos supuestos se establece que no concurre razón alguna de imputabilidad al empresario ¹⁰⁴, pues ni ha habido imprevisibilidad ni defecto alguno de dirección, sino que se admite que la inactividad le es impuesta, sin que deba abonar el salario en tanto el riesgo no se debe asumir indiscriminadamente, sino en función de una causa concreta ¹⁰⁵.

Así, ante un paro colectivo producido por sorpresa que genera la imposibilidad de la prestación de quienes no desean ejercer tal derecho ¹⁰⁶, el Tribunal Supremo ha rechazado la aplicación del artículo 30 ET a los no huelguistas, salvo casos excepcionales. La imputación de responsabilidad salarial derivará, en este caso, de otra vía distinta ¹⁰⁷.

¹⁰⁰ Cuando la interrupción es «plena y exclusivamente atribuible a la empresa y nunca imputable a la trabajadora... es de concluir que es un supuesto subsumible, en principio, en el art. 30 del Estatuto», STS 15 noviembre 1990 (RJ 8979). En el mismo sentido, STS 6 junio 1988 (RJ 5233).

¹⁰¹ Debiendo optar por una de ellas, «pues el ejercicio simultáneo de ambas es incompatible, y el sucesivo generaría la excepción de litispendencia», ARGÜELLES BLANCO, A. R.: *La excedencia laboral voluntaria*, Pamplona (Aranzadi), 1997, p. 385.

¹⁰² STS 5 marzo 1984 (RJ 1516).

¹⁰³ STS 20 junio 1995 (RJ 5360); STSJ Comunidad Valenciana 15 octubre 1998 (AS 4508).

¹⁰⁴ RODRÍGUEZ PASTOR, G. E.: «Imposibilidad de la prestación», en AA. VV. (GOERLICH PESET, J. M.^a, coord.): *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro homenaje a Tomás Sala Franco*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2016, pp. 588-589.

¹⁰⁵ STSJ Navarra 13 octubre 1992 (AS 4742) y 10 noviembre 1994 (AS 4194).

¹⁰⁶ Sobre esta cuestión, BOTANA LÓPEZ, J. M.^a: «Imposibilidad de la prestación (En torno al artículo 30 ET)», en AA. VV.: *El Estatuto de los Trabajadores. Veinte años después*, cit., p. 679.

¹⁰⁷ STS 20 junio 1995 (RJ. 5360).

En todo caso, y como algunos pronunciamientos han destacado, «la obligación de trabajar subsiste para el no huelguista precisamente por su voluntad de no sumarse a la huelga; puesto que esta obligación no satisface el interés del empresario cuando no se traduce en actividad laboral, la ley establece diversos supuestos de exoneración de la obligación recíproca de remunerar el trabajo; pero si no concurren estos supuestos o los requisitos legales para hacerlos valer, tal exoneración de la obligación no tiene lugar»¹⁰⁸.

Esta tesis ha supuesto que algunos pronunciamientos señalaran cómo el artículo 30 ET resulta de plena aplicación a los operarios no implicados en la huelga cuya prestación fue impedida por piquetes. La puesta a disposición del empresario de la fuerza de trabajo constituye una obligación básica no incumplida por aquellos, afirmación que debe ser puesta en relación con la teoría del riesgo en el contrato laboral, según la cual cabe asignar al empleador no sólo las causas a él imputables, sino también las llamadas «causas neutras» no atribuibles directamente ni a este ni al trabajador¹⁰⁹.

Tales afirmaciones «colman la literalidad del artículo 30 del Estatuto de los Trabajadores, porque advertido el vacío de no contemplar las causas neutras no generadoras de imputabilidad para la dualidad actuante, ha de proyectarse todo un haz de principios amparadores del mundo del trabajo y garantes de un derecho a conservar los trabajadores su salario cuando su prestación no han podido desempeñarla»¹¹⁰.

La respuesta en ambos casos es bien distinta, considerando una de las tesis de aplicación el artículo 30 ET, mientras la otra rechaza tal posibilidad. El resultado en todo caso será idéntico: el trabajador no huelguista conservará su derecho al salario, cuya carga recae sobre el empresario.

En fin, la referencia de la norma a la conservación del derecho a percibir el salario ha servido de base para descartar su aplicación a los supuestos en los cuales se reclamen conceptos privados de naturaleza salarial «sin que gramatical ni lógicamente pueda pretender hacerse extensiva su aplicación a otros ni distintos conceptos»¹¹¹.

¹⁰⁸ STS 20 junio 1995 (RJ 5360). En la misma línea, y en términos casi idénticos, STS 22 junio 1995 (Ar. 5363).

¹⁰⁹ STS 20 junio 1995 (RJ 5360); completa el argumento cuando afirma «que la responsabilidad por el daño injusto ocasionado al empresario por trabajadores a su servicio debe recaer sobre estos trabajadores y no ser repartida con quienes no la han originado, y a tal efecto tiene el empresario facultades disciplinarias y derecho a reclamar resarcimiento de perjuicios».

¹¹⁰ STSJ Cantabria 9 octubre 1995 (As. 3802).

¹¹¹ STSJ Cataluña 18 marzo 1996 (AS 1887).

1.5 Interrupción de la prestación por causa del trabajador

Para que exista posibilidad de poner en marcha los mecanismos establecidos por el artículo 30 ET, el trabajador no debe haber contribuido con su actitud a originar la imposibilidad, en cuyo caso la carga del riesgo se desplazaría hacia él, exonerando de responsabilidad al empresario¹¹². Las consecuencias, en tales casos, pueden ser diversas:

- a) Pérdida del derecho al salario reconocido por el Estatuto de los Trabajadores en su artículo 30.
- b) Hacer frente a las posibles sanciones impuestas por el empleador en ejercicio de su poder sancionador como consecuencia de su incumplimiento (que podría llegar al despido en función de la gravedad apreciada en su actuación).
- c) Responsabilidad indemnizatoria por los daños y perjuicios causados a la unidad productiva e, incluso –en ciertas ocasiones– responsabilidad penal.

2. EL SALARIO FRAUDULENTO

La obligación de remunerar el trabajo se erige como el deber básico y fundamental del empresario. La regulación legal al respecto se presenta como «uno de los ejes que explican la naturaleza protectora y la función integradora del conflicto que cumple el Derecho del Trabajo»¹¹³, reflejando el carácter tutelar que tradicionalmente le ha sido asignado. Constituye una obligación de dar, en este caso el salario, entregado por el empresario como objeto o contenido de la prestación y recibido por el trabajador como contraprestación por su trabajo, de forma tal que esta reciprocidad en las prestaciones básicas del contrato de trabajo «determina que, como regla general, no haya derecho al salario sin prestación de servicios»¹¹⁴.

Sin embargo, en ocasiones, se produce la simulación contractual con el objetivo de conseguir que se aplique el ordenamiento laboral, normalmente con la pretensión de obtener salarios, prestaciones de Seguridad Social o de-

¹¹² Las consecuencias de la imposibilidad de la prestación cuando sea debida «a culpa del trabajador las soportaría éste con la pérdida del salario», STSJ Madrid 10 noviembre 1994 (AS 4599). En el mismo sentido, SSTs 31 enero, 15 noviembre 1990 (RJ 574 y 8779); SSTCT 4 febrero 1987 (RTCT 2331) o 7 febrero 1989 (RTCT 68).

¹¹³ PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Derecho del Trabajo*, cit., p. 864.

¹¹⁴ STS 13 diciembre 1990 (RJ 9783).

terminados incentivos o subvenciones que la Administración otorga a determinados contratos de trabajo.

Resulta clásicas la distinción entre negocio absolutamente simulado como aquel que tiene una apariencia contraria a la realidad en tanto no existe y negocio relativamente simulado, el cual se muestra al exterior de forma diferente a la que realmente posee ¹¹⁵.

La simulación no es otra cosa que la falta de coincidencia entre la voluntad real de las partes y la que manifiestan. Es decir, dicen celebrar un contrato de trabajo (u otro contrato) cuando en realidad no tiene intención de asumir las obligaciones propias de dicho contrato. La simulación puede adquirir diferentes formas:

– Simulación absoluta. En este caso se produce un acuerdo simulatorio entre las partes, dando apariencia de tal a un contrato inexistente cuando en realidad los sujetos no tienen intención de celebrar ninguno, sino sólo crear la apariencia externa de que este existe. Se finge, por tanto, la existencia de un contrato de trabajo cuando en realidad no hay ningún tipo de negocio jurídico; no existe contrato de trabajo, ni ningún otro contrato, por lo que es nulo ¹¹⁶.

– Simulación relativa, que se produce en los supuestos en los cuales los sujetos tienen intención de asumir las obligaciones propias de un contrato, denominado oculto o disimulado, pero quieren crear la apariencia externa de que es otro el contrato que les une, que será el aparente o simulado. Es decir, bajo la apariencia de un determinado contrato, los sujetos quieren ocultar otro de diferente naturaleza.

En este supuesto lo habitual es intentar ocultar el contrato de trabajo bajo otra fórmula para esquivar la aplicación de la normativa laboral, más onerosa para el empleador. Sin embargo, también puede ser utilizado como contrato aparente el de trabajo, en tanto las partes se vinculan en realidad por las obligaciones propias de otro (sociedad, mandato, arrendamiento de servicios o de obra...), pero quieren hacer creer que hay un contrato de trabajo, normalmente, como ya se ha destacado, para obtener salarios sin contraprestación laboral, beneficios de Seguridad Social, incentivos o subvenciones.

En cualquier caso, la naturaleza del contrato no depende del nombre que le hayan otorgado las partes, sino de las obligaciones que constituyen su objeto, de forma tal que, aun cuando estas simulen su vínculo a través de un con-

¹¹⁵ STS 29 octubre 1956 (RJ 3421).

¹¹⁶ SSTSJ Extremadura 14 octubre 1991 (RJ 5412) o Cataluña 5 febrero 1992 (RJ 774).

trato de trabajo, este no existirá, por lo que resultará preciso analizar las obligaciones existentes para identificar el tipo realmente existente y aplicarle sus propias normas, declarando la nulidad del contrato simulado.

Tal actuación (abonar el salario sin recibir la contraprestación del trabajo) constituye un fraude de ley, que será, en caso de ser descubierto, oportunamente castigado con sanciones a la empresa, pero también con consecuencias para el trabajador, que verá anulados los periodos de alta en la Seguridad Social, circunstancia que, además, supondrá la falta de cotización afecta a las prestaciones por desempleo y por incapacidad temporal, así como a la pensión de jubilación.

Por otra parte, el trabajador no tendrá derecho a ningún tipo de indemnización por despido al no existir el contrato, por lo que cualquier reclamación de cuantías (salarios, finiquitos, vacaciones...) implicará iniciar acciones legales con objeto de que se reconozca la relación laboral.

La existencia de un contrato de trabajo simulado está tipificada como infracción muy grave para ambas partes en el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. En el caso del empresario el artículo 23.1.e) señala como tal el «incrementar indebidamente la base de cotización del trabajador de forma que provoque un aumento en las prestaciones que procedan, así como la simulación de la contratación laboral para la obtención indebida de prestaciones».

Por su parte, el artículo 26 enumera como infracción muy grave del trabajador el hecho de «actuar fraudulentamente con el fin de obtener prestaciones indebidas o superiores a las que correspondan, o prolongar indebidamente su disfrute mediante la aportación de datos o documentos falsos; la simulación de la relación laboral; y la omisión de declaraciones legalmente obligatorias u otros incumplimientos que puedan ocasionar percepciones fraudulentas».

3. BIBLIOGRAFÍA

- ABRAHAM, K. G.: «Desajuste y movilidad del trabajo: observaciones finales», en AA. VV. (PADOA SCHIOPPA, F., Comp.): *Desajuste y movilidad del trabajo*, Madrid (MTSS), 1991.
- AGRA VIFORCOS, B.: *Competencia desleal en la dinámica de la relación laboral (Estudio del artículo 21 del Estatuto de los Trabajadores)*, León (Tesis Doctoral), 2001.
- ALEMÁN PÁEZ, F.: «La polivalencia profesional en el sistema español de relaciones laborales», *Relaciones Laborales*, 1994, T. I.

- ALONSO GARCÍA, M.: *Curso de Derecho del Trabajo*, 4.^a ed., Barcelona (Ariel), 1973.
- ALONSO OLEA, M.: *Las fuentes del Derecho. En especial, del Derecho del Trabajo según la Constitución*, Madrid (Civitas), 2.^a ed., 1990.
- ALONSO OLEA, M. y BARREIRO GONZÁLEZ, G.: *El Estatuto de los Trabajadores (Texto, comentarios, jurisprudencia)*, 4.^a ed., Madrid (Civitas), 1995.
- ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.^a E.: *Derecho del Trabajo*, 22.^a ed., Madrid (Civitas), 2004.
- ARGÜELLES BLANCO, A. R.: *La excedencia laboral voluntaria*, Pamplona (Aranzadi), 1997.
- BAYÓN CHACÓN, G. y PÉREZ BOTIJA, E.: *Manual de Derecho del Trabajo*, vol. I, 12.^a ed., Madrid (Marcial-Pons), 1978.
- BOTANA LÓPEZ, J. M.: «Imposibilidad de la prestación (En torno al artículo 30)», en AA. VV.: *El Estatuto de los Trabajadores. Veinte años después*, Edición especial del número 100 de la Revista Española de Derecho del Trabajo, 2000.
- CASAS BAAMONDE, M.^a E.: «Sistemas de clasificación profesional, movilidad funcional y negociación colectiva», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 89, 1998.
- DEL REY GUANTER, S.: «Movilidad funcional, movilidad geográfica y modificaciones sustanciales del contrato de trabajo», en AA. VV. (ALARCÓN CARACUEL, M. R., coord.): *La reforma laboral de 1994*, Madrid (Marcial Pons), 1994.
- FERNÁNDEZ MARCOS, L.: «La movilidad funcional y geográfica después de la reforma laboral de 1994», *Documentación Laboral*, núm. 47, 1995.
- FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.: *La imposibilidad de la prestación de servicios del trabajador por causas imputables al empresario*, León (Universidad de León), 2003.
- GARCÍA AMIGO, M.: *Lecciones de Derecho Civil, T. II. Teoría general de las obligaciones y contratos*, Madrid (McGraw- Hill), 1995.
- GARCÍA VALVERDE, M.^a D.: «Los elementos esenciales del contrato de trabajo: visión jurisprudencial», *Documentación Laboral*, núm. 45, 1995.
- GIL SUÁREZ, L., IGLESIAS CABERO, M. y ROA RICO, L. F.: *Estatuto de los Trabajadores (Jurisprudencia y comentarios doctrinales)*, 6.^a ed., Madrid (Colex), 1998.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «Artículo 30. Imposibilidad de la prestación», en AA. VV. (MONEREO PÉREZ, J. L., dir.): *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Granada (Comares), 1998.
- GUANCHE MARRERO, A.: *El derecho del trabajador a la ocupación efectiva*, Madrid (Civitas), 1993.
- GUILARTE, A. M.^a: *Manual de Derecho del Trabajo*, 2.^a ed., Valladolid (Clares), 1968.
- JUANES FRAGA, E.: «Derecho al salario sin prestación de servicios», en AA. VV. (DE LA VILLA GIL, coord.): *Estudios sobre el salario*, Madrid (ACARL), 1993.
- LÓPEZ GÓMEZ, J. M.: «Flexibilidad interna: movilidad funcional del personal de las Administraciones Públicas», en AA. VV.: *VII Congreso Nacional de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social*, Valladolid (AEDTSS), 1996.

- LOUSADA AROCHENA, J. F.: «El pacto contractual de polivalencia funcional», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 93, 1999.
- LUJÁN ALCARAZ, J.: *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo (Contribución al estudio del ámbito subjetivo de aplicación del Derecho del Trabajo)*, Madrid (MTSS), 1994.
- MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, 33.^a ed., Madrid (Tecnos), 2024.
- MARTÍNEZ GIRÓN, J.: «Salario variable por rendimiento: régimen jurídico y criterios jurisprudenciales», *Actualidad Laboral*, 1986, T. II.
- MATÍA PRIM, J.: «Consideraciones sobre el derecho a la ocupación efectiva», en AA. VV.: *Lecciones de Derecho del Trabajo en homenaje a los Profesores Bayón Chacón y Del Peso y Calvo*, Madrid (Universidad Complutense), 1980.
- MELLA MÉNDEZ, L.: «Algunos criterios judiciales recientes sobre el concepto “años de servicio” para el cálculo de la indemnización por despido», en AA. VV. (GÁRATE CASTRO, J., 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*, Santiago de Compostela (Universidad de Santiago de Compostela), 1997.
- MENÉNDEZ-PIDAL, J.: *Derecho Social Español*, vol. I, Madrid (Editorial Revista de Derecho Privado), 1952.
- MOLINA NAVARRETE, C.: «Artículo 4. Derechos laborales», en AA. VV. (MONEREO PÉREZ, J. L., dir.): *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Granada (Comares), 1998.
- MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho y Trabajo*, Madrid (Civitas), 1997.
- «Artículo 4. Derechos y deberes laborales básicos», en MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J. M., SEMPERE NAVARRO, A. V. y RÍOS SALMERÓN, B.: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, 6.^a ed., Pamplona (Aranzadi), 2005.
- MONTOYA MELGAR, A., SEMPERE NAVARRO, A. V.: *Derecho del Trabajo*, 45.^a ed., Madrid (Tecnos), 2024.
- MUT GONZÁLEZ, F.: «Las facultades del empresario después de la reforma laboral de 1994. Análisis crítico», *Tribuna social*, núm. 75, 1997.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Derecho del Trabajo*, 30.^a ed., Madrid (Centro de Estudios Ramón Areces), 2022.
- RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M.: «Derechos y deberes laborales», en AA. VV.: *El Estatuto de los Trabajadores. Veinte años después*, Edición especial del número 100 de la Revista Española de Derecho del Trabajo, 2000.
- RIVERO LAMAS, J.: «La movilidad funcional en la empresa en la Ley 11/1994», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 67, 1994.
- RODRÍGUEZ PASTOR, G. E.: «Imposibilidad de la prestación», en AA. VV. (GOERLICH PESET, J. M.^a, coord.): *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro homenaje a Tomás Sala Franco*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2016.

- RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M.: «La transformación democrática del ordenamiento jurídico laboral y la relación individual de trabajo», *Temas Laborales*, núm. 1, 1984.
- «La Constitución y las fuentes del Derecho del Trabajo», en AA. VV. (RIVERO LAMAS, J., dir.): *El trabajo en la Constitución: II Coloquio de Jaca*, Zaragoza (Universidad de Zaragoza), 1982.
- RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F.: *Interrupciones de la actividad de la empresa y derecho al salario*, Sevilla (Publicaciones de la Universidad de Sevilla), 1975.
- «Imposibilidad de la prestación», en AA. VV. (BORRAJO DACRUZ, E., dir.): *Comentarios a las Leyes Laborales*, T. VI, Madrid (EDERSA), 1982.
- SEMPERE NAVARRO, A. V.: «Los elementos esenciales del contrato de trabajo en la jurisprudencia», en AA. VV.: *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al Profesor Manuel Alonso Olea*, Madrid (MTSS), 1990.
- «Artículo 30. Imposibilidad de la prestación», en MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J. M., SEMPERE NAVARRO, A. V. y RÍOS SALMERÓN, B.: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, 6.^a ed., Pamplona (Aranzadi), 2005.
- «Artículo 46. Excedencias», en MONTOYA MELGAR, A.; GALIANA MORENO, J. M.; SEMPERE NAVARRO, A. V. y RÍOS SALMERÓN, B.: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, 6.^a ed., Pamplona (Aranzadi), 2005.
- SENRA BIEDMA, R.: «Promoción profesional, movilidad funcional, movilidad geográfica y modificación sustancial», *Relaciones Laborales*, núm. 6, 1995.
- SUÁREZ GONZÁLEZ, F.: «El origen contractual de la relación jurídica de trabajo», *Cuadernos de Política Social*, núm. 48, 1960.
- VALLE CABRERA, R.: «Un nuevo enfoque funcional: la superación de las categorías», *Temas Laborales*, núm. 36, 1995.
- VALLE MUÑOZ, F. A.: *La movilidad funcional del trabajador en la empresa*, Madrid (CES), 1998.

CAPÍTULO XVI

RETRIBUCIÓN DE LOS TRABAJADORES ABSENTISTAS E IMPUNTUALES

ALEJANDRO RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ
Inspector de Trabajo y Seguridad Social
GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA
Catedrático de Universidad

1. INTRODUCCIÓN

A la pregunta ¿qué es el absentismo?, podría responderse acudiendo, por ejemplo, a la definición que nos proporciona el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (RAE), que significa el término «absentismo», en sus dos primeras acepciones, de la siguiente forma ¹:

1. Abstención deliberada de acudir al lugar donde se cumple una obligación.
2. Costumbre de abandonar el desempeño de funciones y deberes anejos un cargo.

¹ <https://dle.rae.es/absentismo> [consultado en 8 julio de 2025]. Hay una tercera acepción «Costumbre de residir el propietario fuera de la localidad en que radican sus bienes».

Recuérdese que el término absentismo procede del latín *absens-entis*: ausente.

En la primera acepción «abstención» implica un comportamiento «deliberado», es decir, voluntario e intencionado, lo que conlleva en principio a excluir ausencias en las que el trabajador no puede asistir al trabajo por causas ajenas a su voluntad.

La segunda acepción del término presenta connotaciones negativas respecto al comportamiento absentista, al referirse a ello como «costumbre», lo que refleja también voluntariedad².

La calificación de «trabajador absentista» que de forma recurrente se utiliza en el contexto jurídico-laboral por los medios de comunicación generalistas e incluso por profesionales del Derecho debe ser tomada con precaución ya que, bajo este único término, se incluyen supuestos de falta de actividad laboral que no coinciden con el concepto de «absentismo» que define la RAE, en el que se remarca el carácter deliberado de la ausencia. En realidad, cuando se usa la palabra «absentismo» en el ámbito de las relaciones laborales, el origen de esta ausencia puede ser triple: falta de asistencia involuntaria del trabajador por situaciones incapacitantes que imposibilitan la prestación laboral (a saber, causa de fuerza mayor por fenómenos meteorológicos o eventos de afectación general que impiden el acceso y/o permanencia en el centro o el uso de los elementos necesarios para el desempeño de la prestación laboral; y situaciones de baja por incapacidad temporal), falta de asistencia justificada por el ejercicio legítimo de un derecho reconocido por la normativa legal o convencional aplicable, o falta de asistencia por motivos no justificados por el trabajador conforme a la referida normativa.

Es decir, partiendo de que podría definirse el absentismo laboral como aquella situación en la que el trabajador se abstiene de acudir al lugar donde debe cumplir con sus obligaciones laborales, también podría ampliarse este concepto e incluir, no tanto la presencia en un determinado lugar (el puesto de trabajo), sino también la falta de desempeño de funciones y deberes propios de un cargo.

En un concepto amplio de absentismo se pueden incluir, entre otras, las siguientes situaciones reguladas en la legislación laboral o en los convenios colectivos, que se caracterizan porque la intervención del empresario en cuanto a su solicitud es nula o muy reducida como:

A) Suspensión del contrato de trabajo³: incapacidad temporal; nacimiento y cuidado de menor; corresponsabilidad en el cuidado del lactante;

² Véase ASEPEYO: Como gestionar el absentismo en mi empresa. Guía de implantación y buenas prácticas, accesible en <https://amat.es/wp-content/uploads/2021/03/como-gestionar-el-absentismo-en-mi-empresa.pdf> [consultado en 8 de julio de 2025].

³ Véase arts. 45 a 48 bis del Estatuto de los Trabajadores.

riesgo durante el embarazo; riesgo durante la lactancia natural; ejercicio del derecho de huelga; decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género.

B) Permisos⁴: formación; matrimonio o registro de pareja de hecho; accidente, enfermedad, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización (para el cuidado de familiares hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad, pareja de hecho y convivientes que requieran cuidados); nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento; nacimiento de hijo prematuro o que deban de permanecer hospitalizado a continuación del parto; fallecimiento de cónyuge o pareja de hecho o parientes hasta el segundo grado; traslado del domicilio habitual (mudanza); cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal (ejercicio del sufragio activo, participación en jurados, etc.); acudir a exámenes (estudios conducentes a un título académico profesional); asistencia a cursos de formación (vinculados a la actividad de la empresa); funciones sindicales; realización de exámenes prenatales o técnicas de preparación al parto; búsqueda de empleo (en caso de despido objetivo); desplazamientos temporales; víctimas de violencia de género, sexual o terrorismo; actos preparatorios para la donación de órganos o tejidos; permisos climáticos por fenómenos meteorológicos extremos; fuerza mayor por motivos familiares urgentes (en caso de enfermedad o accidente de familiares que hagan imprescindible la presencia inmediata del trabajador); permiso parental.

C) Reducción de jornada⁵: cuidado del lactante; continuación de hospitalización; Guarda legal o cuidado de familiares; hospitalización o tratamiento en casos de enfermedades muy graves; Víctimas de violencia de género o víctimas de terrorismo.

D) Excedencia⁶: designación o elección para un cargo público que imposibilite la asistencia al trabajo; cuidado de hijo o familiar; Excedencia voluntaria.

E) Vacaciones y descanso semanal⁷: Debido a lo anterior puede extraerse que el absentismo es un fenómeno complejo que presenta una conducta específica de naturaleza multifactorial relacionada tanto con la capacidad de hallarse en esta situación por parte del trabajador como con la motivación para

⁴ Véanse arts. 23, 37, 40, 45, 48 bis y 53 Estatuto de los Trabajadores; art. 10 Ley Orgánica Libertad Sindical; Ley 6/2024, de 20 diciembre.

⁵ Véase art. 34 del Estatuto de los Trabajadores.

⁶ Véase art. 46 del Estatuto de los Trabajadores.

⁷ Véanse arts. 37 y 38 del Estatuto de los Trabajadores.

hacerlo⁸, a lo que se añade la relevancia que ha venido adquiriendo en los últimos tiempos, especialmente después de la pandemia, con un claro protagonismo los supuestos relacionados con la salud laboral y para el que todavía no se han encontrado soluciones eficaces.

Como ya se ha señalado no existe una única definición, pero sí que se pueden caracterizar diferentes elementos que permiten advertir ciertas notas características, teniendo en cuenta que, la elección de unas u otras, implicará posicionarse en un campo más o menos amplio de la cuestión. Así, por ejemplo, si sólo se tienen en cuenta las ausencias del trabajador de su puesto de trabajo en horas que correspondan a un día laborable dentro de la jornada legal de trabajo, dicha situación queda enmarcada en lo que se puede denominar concepto más clásico, pero entonces hay aspectos que son igualmente relevantes que quedan fuera de esta definición. Sería el caso de las situaciones en las que el trabajador está en su puesto de trabajo pero no presta servicios o los lleva a cabo de una manera muy deficiente. Se trata de un fenómeno que va adquiriendo cada vez mayor protagonismo y que, además, incluye comportamientos diferentes, tal como sucede con el absentismo.

Sólo si se conocen todas las realidades y se lleva a cabo un análisis separado se puede llegar a proponer medidas para su gestión, aunque haya grandes diferencias. Es necesario analizar todas las circunstancias, ya puedan calificarse según la actuación del trabajador, como involuntarias o voluntarias, por el sujeto que decide dicha situación, ya sea el trabajador, la empresa o un tercero, según su origen, voluntad de una de las partes, por acuerdo o por cumplimiento de una norma o una disposición de un convenio colectivo o acuerdo o incluso por fuerza mayor, como se tuvo ocasión de comprobar durante los primeros meses de la pandemia del Covid-19 en 2020⁹.

En síntesis puede decirse que, dada la permeabilidad que el uso correcto de un concepto recientemente acuñado puede provocar en la sociedad, quizás sea más correcto desde el punto de vista etimológico (y más prudente) revisar el uso del concepto «absentismo» para delimitar una situación cuyo origen es multicausal y que requiere para su análisis y resolución distinta metodología según la causa motivante, con la consiguiente naturaleza específica de las medidas que atenúen las consecuencias.

⁸ Véase MARTÍNEZ, R y JANÉ P.: «Ante la polisemia del término absentismo, un intento de concreción de las condiciones necesarias del concepto», Gestión y análisis de políticas públicas, Nueva Época, n.º 11 enero-junio 2014. Accesible en <https://revistasonline.inap.es/index.php/GAPP/article/download/10179/10797> [consultado en 7 julio de 2025].

⁹ <https://www.foment.com/es/items/informe-sobre-absentismo-laboral/>

2. LA ACTUALIDAD DEL ABSENTISMO EN CIFRAS

El 27 de marzo de 2025 el centro de estudios de la empresa RANDSTAD publicó un Informe de absentismo laboral del 4.º trimestre del año 2024 en clave nacional, realizando un análisis del porcentaje de horas no trabajadas en relación a las horas pactadas en dicho periodo y desglosado por causa, sector profesional y ámbito geográfico, y un posterior ejercicio comparativo con el mismo trimestre del año anterior. Para ello se recopilieron datos de la Encuesta Trimestral de costes laborales del Instituto Nacional de Estadística¹⁰.

En el 4.º trimestre del año 2024 las horas no trabajadas alcanzaron el 6,7% del total de horas pactadas con los empleadores. Ello supuso un incremento del 0,1% respecto de los datos registrados en el año 2023.

En atención a la causa, únicamente se ofrecen los datos sobre ausencia por incapacidad temporal o por baja médica, que alcanza 5,2% de horas no trabajadas respecto del total de horas pactadas, lo que conlleva un incremento del 0,2% sobre las horas no trabajadas en el mismo periodo del año 2023.

A continuación, se correlacionan ambos resultados en términos cuantitativos (horas totales no trabajadas en el periodo examinado menos horas no trabajadas por baja médica) para ofrecer la siguiente conclusión:

«Estos niveles de absentismo suponen que 1.463.544 personas no acudieron a su puesto de trabajo de promedio diario, de los cuales 1.137.500 se encontraban de baja médica. Es decir, más de 326.000 personas se ausentaron cada día de su puesto de trabajo por razones distintas a una baja médica a lo largo del cuarto trimestre de 2024, un 22,2% del total de “personas que no fueron a trabajar.»

El Informe profundiza en el ámbito profesional y geográfico que presenta índices de absentismo más elevados. Así, la industria es el sector en el que se advierte mayor volumen de horas no trabajadas con un porcentaje del 7,2% sobre el total de horas pactadas, siendo el 5,5% debido a incapacidad temporal. Dentro de este sector, destacan en las tres primeras posiciones las actividades

¹⁰ Accesible en <https://www.randstadresearch.es/absentismo-laboral-primer-trimestre-2025/> [consultado en 8 de julio de 2025].

Véase también:

Adecco Group Institute: Informe trimestral: absentismo, siniestralidad laboral y enfermedades profesionales. Abril 2025, sobre el último trimestre de 2024. Accesible en <https://www.adeccoinstitute.es/salud-y-prevencion/xi-informe-absentismo-siniestralidad/> [consultado en 8 de julio de 2025].

UMIVALE: Estudio socioeconómico de la evolución de la incapacidad temporal y la siniestralidad en España, 2025, accesible en <https://www.ifuturo.org/estudio-socioeconomico-de-la-evolucion-de-la-incapacidad-temporal-y-siniestralidad-en-espana/>. [consultado en 8 de julio de 2025]

de Juegos de azar y apuestas (11,9%), Actividades postales y correos (11,8%) y Servicios a edificios y jardinería (11,2%).

En cuanto al ámbito geográfico, la comunidad autónoma del País Vasco es la que registra un mayor absentismo al cierre de 2024, con un total del 8,7% de horas no trabajadas respecto de las pactadas, seguido de Canarias (8,4%) y Galicia (7,8%).

Pese a lo sugerente del estudio del absentismo en sus múltiples facetas y abordaje, aquí el análisis se va a centrar en el ámbito de la retribución vinculada al absentismo. Considerando oportuno analizar tanto las medidas retributivas que pretenden incentivar el no absentismo (retribución vinculada al absentismo) como aquellas que indirectamente lo penalizan (complementos o mejoras voluntarias de las prestaciones de la Seguridad Social)¹¹.

3. LA RETRIBUCIÓN VINCULADA AL ABSENTISMO

En los convenios colectivos se suelen incluir dentro de la estructura retributiva determinados complementos que tienen por objeto reducir el absentismo unas veces primando la asistencia y que en los convenios se recogen con una denominación variopinta: «plus por asistencia», «plus asiduidad», «plus de puntualidad», «plus de presencialidad» etcétera; y otras veces vinculando dicha presencialidad a que se consigan una serie de objetivos predeterminados y que suelen denominarse como «incentivo de mejora», «productividad variable», etcétera. Todos ellos tienen como causa primaria el incremento de los beneficios económicos obtenidos por la empresa con la consiguiente participación de los trabajadores en dicho incremento. Este incremento se produce por dos vías: directa, por el aumento de la productividad en caso de presencialidad del mayor volumen posible de mano de obra; e indirecta, por la disminución del lucro cesante asociado al absentismo y la generación de costes laborales directos que llevan aparejadas determinadas causas que motivan la ausencia del trabajador de su puesto.

Los denominados en general como «pluses de asistencia al trabajo» suponen en definitiva un complemento salarial que, en términos generales, consiste en el abono que se hace a uno o varios trabajadores de una cantidad económica por cada día que hayan efectivamente trabajado, siempre que se cumplan las condiciones establecidas en el convenio colectivo que lo recoja.

¹¹ Véase NIETO ROJAS, P.: «La incidencia de los complementos salariales en la reducción del absentismo. Su recepción en la negociación colectiva», *Revista de Información Laboral*, núm. 5, 2016.

Su objetivo no es otro que evitar que los trabajadores falten a su puesto de trabajo. Así viene recogido en la mayoría de los convenios colectivos que lo reconocen, pudiendo la empresa implantar aquellos mecanismos de control de asistencia que considere adecuados con el fin de abonar o no este complemento en función del cumplimiento por parte del trabajador.

Vinculado a la asistencia, en ocasiones se establece un plus que tiene una finalidad más concreta, el cumplimiento estricto del horario (denominado entonces como «plus de puntualidad») y se suele abonar conjuntamente con el de asistencia. En este caso el trabajador percibirá este complemento si no llega tarde al trabajo ni sale antes de la hora establecida, cumpliendo así el horario de la forma más rigurosa posible.

Y, como ya se ha dicho, también cabe la posibilidad de establecer políticas de retribución variable tendentes a la disminución del absentismo, si bien entendiendo a estos efectos que el absentismo justificado es aquel que se ampara en una causa de suspensión contractual (art. 45ET) o que trae causa del disfrute por parte del trabajador de un permiso del art. 37 ET o de cualquier otra ausencia prevista en Convenio colectivo o contrato de trabajo, sea retribuida o no.

El régimen jurídico de estos complementos que buscan combatir el absentismo será el establecido por el Convenio Colectivo que lo recoja. Su aplicación, como fácilmente se adivinará, no está exenta de controversias. Frecuentemente se suelen plantear cuestiones tales como la individualización de su valoración; si es o no aplicable a los que presten servicios a jornada parcial; a los que tengan reconocida una reducción de jornada; si cabe su percepción durante las vacaciones en sábado, o en situación de huelga; si la aplicación del plus o reducción del mismo debe o no ser proporcional al absentismo, etcétera.

Por otro lado, conviene tener en cuenta los criterios que los Tribunales han ido elaborando, fundamentalmente cuando se invoca que la regulación convencional de ese plus se entiende que es discriminatoria por enfermedad, por razón de sexo y por asociación por razón de enfermedad, es decir, contraria a los arts. 2.3 6.2 a) y 9.1 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación¹²; del art. 6.2 sobre discriminación indirecta de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres; de la doctrina del Tribunal Constitucional, por todas STC 153/2021, de 20 octubre; y de la propia doctrina del Tribunal del Tribunal Supremo o de los Tribunales de inferior grado.

¹² Ver art. 6.3 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública.

Una síntesis de dichos criterios podría ser la siguiente:

A) Discriminación directa.

Es de interés el análisis que realiza el Tribunal Supremo en su sentencia número 10/2017, de 10 de enero¹³. El órgano judicial declaró contraria a derecho la práctica empresarial consistente en computar como ausencias la baja maternal o, al menos, las seis semanas obligatorias, así como la baja por riesgo de embarazo, a los efectos de cómputo de días productivos para tener derecho al abono de unos incentivos. Las trabajadoras de baja por maternidad o riesgo durante el embarazo veían alteradas sus retribuciones en el momento de su reincorporación porque no percibían este complemento salarial hasta que no volvían a transcurrir los periodos necesarios para su devengo, computados sólo desde la fecha de dicha incorporación.

B) Discriminación indirecta.

Sobre ella puede verse la sentencia del Pleno de la Sala Social del TS 815/2019, de 3 de diciembre¹⁴, que examinó un acuerdo alcanzado en el periodo de consultas de una modificación sustancial de condiciones de trabajo que había instaurado el «incentivo secciones». Se trataba de un incentivo ligado a la productividad del empleado que no se devengaba «durante las ausencias del puesto de trabajo, cualquiera que sea su causa, salvo durante las vacaciones, las horas sindicales y los permisos por tiempo inferior a la jornada diaria del trabajador.» La expresión «ausencias del puesto de trabajo, cualquiera que sea su causa», no puede tener un alcance tan amplio como para excluir del sistema de incentivos a las trabajadoras y trabajadores que se encuentren en situaciones especialmente protegidas vinculadas al ejercicio de cualquier derecho fundamental. De aquí que se consideró como un supuesto de discriminación indirecta por razón de género y se declaró nula la exclusión del complemento de incentivos por productividad durante los permisos por accidentes, enfermedad grave, hospitalización y asistencia durante el reposo domiciliario. En estos supuestos se produce un mayor impacto para las trabajadoras, quienes mayoritariamente se hacen cargo de la atención a los familiares en esas circunstancias. De igual forma son nulas las exclusiones relativas las ausencias por el tiempo indispensable para la realización de exámenes prenatales y téc-

¹³ Roj: STS 84/2017-ECLI: ES: TS:2017:84.

¹⁴ Roj: STS 4284/2019-ECLI: ES: TS:2019:4284.

nicas de preparación al parto. Se trataba de una discriminación directa de las mujeres trabajadoras. Y por las mismas razones son nulas las exclusiones de las ausencias para asistir a las preceptivas sesiones de información y preparación o realización de los preceptivos informes psicológicos y sociales previos a la declaración de idoneidad, en los casos de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento ¹⁵.

C) Vulneración del derecho a la igualdad.

La sentencia del TS 793/2020, de 23 de septiembre ¹⁶ confirmó la sentencia de instancia, que había condenado a la empresa a incluir dentro del sistema de retribución variable regulado en un reglamento de la empresa al colectivo de trabajadores que disfrutaban del permiso de paternidad desde el primer día de su disfrute. Se trataba de unos incentivos por consecución de objetivos que no se veían afectados por ausencias derivadas de baja por riesgo durante el embarazo y la lactancia natural, permisos de maternidad, lactancia y baja por incapacidad temporal. El TS declaró, que la diferencia de trato, a efectos de esos incentivos, entre las ausencias derivadas del permiso de maternidad y paternidad vulneraba el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres.

D) Discriminación por asociación.

La sentencia del TS 40/2025, de 20 de enero ¹⁷ señala que la discriminación por asociación está definida en el art. 6.2.a) de la Ley 15/2022: «Existe discriminación por asociación cuando una persona o grupo en que se integra, debido a su relación con otra sobre la que concurra alguna de las causas previstas en el apartado primero del artículo 2 de esta ley, es objeto de un trato discriminatorio». Y señala que «El art. 37.3.b) del ET establece un per-

¹⁵ Véase también la STSJ de Castilla y León 17 diciembre 2021 (Roj: STSJ CL 4599/2021-ECLI: ESTSJCL:2021:4599) que señala que es discriminatoria y nula la práctica empresarial de abonar el incentivo anual cuando los trabajadores/as se encuentran en situación de reducción de jornada por guarda legal de hijos de asistencia de forma proporcional a la jornada realizada y no en su totalidad. Entiende que esa práctica empresarial de reducir ese incentivo en proporción a la jornada, afecta precisamente a un colectivo tradicionalmente discriminado, el de las mujeres trabajadoras que reducen su jornada laboral cuando son madres para poder conciliar su trabajo con el cuidado de sus hijos/as. De modo que lo que podría parecer una decisión empresarial «neutra», se revela en realidad discriminatoria y por tanto contraria al art. 14 de la Constitución Española.

¹⁶ Roj: STS 2983/2020-ECLI: ES: TS:2020:2983.

¹⁷ Roj: STS 174/2025-ECLI: ES: TS:2025:174. STS 40/2025, de 20 enero.

miso de «cinco días por accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario del cónyuge, pareja de hecho o parientes hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad, incluido el familiar consanguíneo de la pareja de hecho, así como de cualquier otra persona distinta de las anteriores, que conviva con la persona trabajadora en el mismo domicilio y que requiera el cuidado efectivo de aquella». Si un convenio colectivo regula permisos por enfermedad grave de parientes y para asistencia a consulta del médico de familia del Servicio Público de Salud para los hijos menores de 12 años o persona con discapacidad que no desempeñe una actividad retribuida (si el trabajador ostenta la guarda legal), y el trabajador disfruta de un permiso para cuidarlo, la consecuencia no puede ser una aminoración del incentivo de mejora porque ello supondría una discriminación por asociación del trabajador que ha utilizado ese permiso para cuidar al enfermo.

E) Plus de asistencia y trabajadores a tiempo parcial.

Un tema controvertido sobre el que los tribunales se han venido pronunciando es el abono a prorrata del tiempo de trabajo en el caso del personal a tiempo parcial en relación con el plus de asistencia o en la misma cantidad que se percibe por los trabajadores a tiempo completo. Para el TS en su sentencia 1031/2024, de 17 de julio la clave está en el fundamento de la cláusula convencional que lo norma¹⁸, es decir, en si la cláusula convencional que la regula lo que retribuye no es el trabajo realizado por unidad de tiempo, sino el tiempo efectivamente trabajado, no siendo por ello posible la aplicación de la regla *prorrata temporis*. Y ello resulta de una interpretación literal del precepto que evidencia que lo único que puede justificar la disminución de aquélla son las faltas de asistencia al trabajo (tanto justificadas, como no justificadas), pero no el tipo de jornada, sin que el hecho de que las tablas salariales se refieran a la cuantía máxima del plus justifique la penalización que se hace a los trabajadores a tiempo parcial, ya que la cuantía máxima es la correspondiente a la cantidad a percibir por aquel trabajador que no tiene faltas de asistencia en el mes en curso. El TS en su resolución

¹⁸ Roj: STS 4174/2024 –ECLI: ES: TS:2024:4174. La sentencia recurrida es la 69/2022, de 10 de mayo de la Audiencia Nacional.

hace referencia a previos pronunciamientos en supuestos análogos en relación con los trabajadores a tiempo parcial ¹⁹.

F) Plus de asistencia y reducción jornada por guarda legal. Abono proporcional.

El Tribunal Supremo ha tenido varias veces la ocasión de pronunciarse sobre el derecho al devengo de un plus salarial de incentivo de absentismo, resolviendo si el mismo debe ser abonado o no en su integridad a quienes tienen reducción de jornada por guarda legal en ejercicio de su derecho reconocido en el artículo 37.6 del Estatuto de los Trabajadores ²⁰.

El TS hace una interpretación literal de la cláusula convencional y llega al entendimiento de que la regulación tan solo pone de manifiesto que se está combatiendo el absentismo y esto no es más que la falta de asistencia al trabajo ya que el mero hecho de que en la fórmula que se haya implantado para obtener el nivel de absentismo se pueda hacer referencia a porcentajes, ello no implica que si un trabajador no incurre en las ausencias no tenga derecho a su percibo íntegro por el solo hecho de que tenga reducción de jornada por guarda legal o que si su ausencia, en función de su jornada reducida, está entre unos de los tres porcentajes de abstención regulados el incentivo deba verse abonado de manera distinta a la que pudiera corresponder a otro trabajador a tiempo completo que incurre en ese mismo porcentaje de abstención. De esta forma se considera que, El trabajador que está percibiendo un salario en atención a la jornada que tenga establecida y si recibe un concepto salarial por el cumplimiento de esa jornada, sea la que sea, tendrá derecho al incentivo al no tener ninguna ausencia al puesto de trabajo o al mismo importe si esa ausencia es del mismo porcentaje que el que haya podido tener un trabajador a tiempo completo ²¹.

¹⁹ Véase STS 868/2017, de 10 de noviembre, Roj: STS 4599/2017-ECLI: ECLI: ES: TS:2017:4599; y, 4 octubre de 2019.

Véase también STSJ Castilla León 7 febrero de 2025, Roj: STSJ CL 428/2025-ECLI: ES: TSJ-CL:2025:428.

²⁰ Véase STS 1028/2024, de 17 de julio, Roj: 4246/2024-ECLI: ES: TS:2024:4246 y STS 1028/2024. En similares términos véanse también la STS 4795/2022, de 4 de octubre, Roj: STS 3548/2022-ECLIS: ES: TS:2022:3548; y la STS 795/2022, de 2 de octubre, Roj: STS 3548/2022-ECLI: ES: TS:2022:3548.

²¹ La cláusula convencional establecía lo siguiente:

«Artículo 31. Incentivos anuales. Todo el personal dado de alta en Siro Aguilar, S. L. U., a excepción del personal expresamente excluido en el artículo 2 del presente convenio, podrá optar a una retribución variable en función de lo siguiente:

- a) Porcentaje de absentismo a título individual.
- b) Calidad.

Ahora bien, téngase en cuenta que si el plus de asistencia viene a cubrir el tiempo real de trabajo el criterio de los Tribunales ya no es el mismo. Sería el caso analizado por el TS en su sentencia 623/2019, de 11 de septiembre²² en el que sostiene que «La finalidad prevista por el legislador de las reducciones de jornada por guarda legal o cuidado de familiares se satisface con la posibilidad de disfrutar de la reducción del tiempo de trabajo en los términos legalmente previstos y sin que de este disfrute pueda desprenderse un perjuicio que exceda del propio que la ley contempla que se limita, obvio es decirlo, a la «disminución proporcional del salario» (artículo 37.5 ET); disminución que afecta tanto al salario base como a los complementos salariales ligados a la duración de la jornada, como es el que analizamos».

O bien el analizado y resuelto en la sentencia del TS 499/2024, de 20 de marzo²³, en el que la cuestión planteada era si los maquinistas con reducción de jornada por guarda legal han de percibir la prima variable de conducción en la misma cuantía que los trabajadores en jornada completa sin deducción alguna

c) Indicador de número de accidentes de trabajo con baja. Para la percepción de los incentivos del presente artículo deberán darse, además del cumplimiento de los criterios fijados en cada uno, los requisitos de hallarse de alta en el momento fijado para el abono de cada uno de ellos según corresponda y haberlo estado en todo el período fijado para su devengo, en caso de no haberlo estado, lo percibirán de forma proporcional. Se informará periódicamente de los resultados y evolución de los incentivos en las reuniones trimestrales con la RLT:

a. a) Porcentaje de absentismo que a título individual tenga el personal empleado. La cuantía bruta anual será la establecida al final del presente artículo. Criterio: absentismo individual según la tabla adjunta de porcentajes sobre la jornada trimestral que le fuese de aplicación, cuyos datos se obtendrán de n del sistema automático de control de presencia,

%Absentismo trimestral	%Consecución incentivo	Horas garantizadas
Entre el 0% y el 2,74%	100,00%	12
Entre el 2,75% y el 3,49%	50,00%	16
Entre el 3,50% y el 4%	25,00%	18

El devengo será por trimestres naturales y el abono en el mes siguiente de los respectivos cierres trimestrales, abril, julio y octubre del año en curso y en enero del año siguiente. No se considerará absentismo a efectos de cálculo del presente incentivo:

1. Vacaciones.
2. Horas sindicales.
3. Situaciones de Maternidad y Lactancia, Permiso de Paternidad, Prestación por Riesgo durante el embarazo.
4. Apartados a), b) c) y h) de Licencias retribuidas.
5. Elecciones sindicales y legislativas.
6. Incapacidades Temporales derivadas de Contingencia Profesional.
7. Horas de ausencia al trabajo por fuerza mayor.
8. Descanso compensado.
9. Cambio de turnos.»

²² Roj: STS 3021/2019-ECLI: ES: TS:2019:3021.

²³ Roj: STS 1725/2024-ECLI: ES: TS:2024:1725.

como consecuencia de la jornada reducida que realizan. Se sostenía por el sindicato recurrente que era reiterada la jurisprudencia que venía a determinar que la reducción de jornada comporta una reducción del salario y de los conceptos salariales ligados a la duración de la jornada, pero que no cabe una interpretación automática según la cual cualquier concepto salarial debe verse reducido en proporción a la reducción de la jornada. Y a ello responde el TS, señalando que el concepto salarial debatido, la prima variable de conducción, varía en función de la prestación efectiva de servicios de conducción, de modo que es la prestación efectiva de esos servicios de conducción la que determina el percibo de la prima. Así, un trabajador que se encuentra en situación en reducción de jornada y presta servicios los mismos minutos que un trabajador con jornada completa percibe la misma prima, pero lo que en modo alguno puede sostenerse es una equiparación absoluta en el percibo de dicha prima para trabajadores con jornada reducida en relación con los trabajadores con jornada completa, puesto que el Acuerdo de Desarrollo Profesional del colectivo de conducción publicado en el BOE de 27 de febrero de 2013, no contempla esa equiparación.

- G) Plus de asistencia y puntualidad. Su absorción por salario base superior al establecido en convenio.

La cuestión llevada a los Tribunales básicamente era si cabría reconocer a la trabajadora el derecho a percibir el plus de puntualidad y asistencia porque en su día aceptó percibir una retribución superior a la que le correspondería si se aplicara el Convenio Colectivo, al ostentar un cargo de responsabilidad frente a un operario al uso. El Juez de lo Social entendió qué si la trabajadora venía siendo retribuida con unas cantidades superiores a lo determinado en el Convenio colectivo de aplicación y, por tanto, en relación con el plus de antigüedad operaría la compensación y absorción, lo que también habría de ser aplicado al plus de puntualidad y asistencia durante el período reclamado. El TSJ de Cantabria su sentencia 213/2024, de 18 de marzo²⁴ viene a considerar que no es que el plus de puntualidad y asistencia, como condición más beneficiosa que se viniera disfrutando, sea o no compensable o absorbible ahora por un salario base superior al previsto en el Convenio, a partir de la mayor o menor homogeneidad entre los conceptos retributivos que se pretenden compensar o absorber, sino que aquel concepto ya está compensado y absorbido desde el momento mismo en el que se inicia la contratación y se revalida al confirmar con posterioridad la estructura salarial. De forma que tal retribución superior resultante es lo que configura pre-

²⁴ Véase STS CANT 194/2024-ECLI: ES: TSJCANT:2024:194.

cisamente la condición más beneficiosa (no el plus). la trabajadora firmó un salario base superior y se hizo a cambio de no percibir pluses, a excepción del plus de nocturnidad y de festivos que consta acreditado que percibe. Si el convenio colectivo actual incluye expresamente a los encargados de sección en el grupo de producción, y establece las cantidades a percibir por el plus de puntualidad y asistencia, lo que no puede es cobrar tal plus y también la cantidad superior (como personal al que el Convenio no le es aplicable).

H) Plus de asistencia (presencia) y derecho a la huelga.

El TS analiza en su sentencia 128/2023, de 9 de febrero el caso de una empresa que incluye el tiempo de ausencia dedicado al ejercicio del derecho de huelga en el cómputo del absentismo para percibir el concepto salarial «premio por presencia»²⁵. La doctrina de la Sala 4.^a es que para que el tiempo de huelga pueda incidir de manera negativa en el cómputo del correspondiente complemento o plus es preciso que así se haya hecho constar expresamente en el convenio de aplicación, por lo que el silencio del convenio colectivo no puede interpretarse como autorización para que, a los efectos de la percepción del complemento o plus, la empresa considere el tiempo de huelga como ausencia injustificada al trabajo. Ese silencio debe interpretarse en el sentido más favorable al ejercicio del derecho fundamental a la huelga²⁶ y recuerda su sentencia de 5 de mayo de 1997²⁷, «puesto que son radicalmente distintas las ausencias al trabajo producidas por razón de huelga de las debidas a cualquier otro tipo de causa, no pueden entenderse comprendidas las primeras en los premios a la asiduidad o en los pluses de asistencia, cuando no se incluyen expresamente en lo convenido».

I) Plus por objetivos y suspensión de empleo y sueldo por sanción disciplinaria.

De interés resulta el análisis de la sentencia de la Audiencia Nacional 132/2024, de 28 de octubre²⁸ que resuelve un conflicto colectivo relativo a

²⁵ Roj: STS 712/2023–ECLI: ES: TS:2023:712.

Un análisis de la misma puede verse en NOGUERÍA GUASTAVINO, M.: «Huelga feminista y premio por presencia: el tiempo empleado en una huelga no puede ser considerado absentismo a tales efectos, en ausencia de especificación expresa en el convenio colectivo», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 3/2023.

²⁶ Véanse SSTs 1 de diciembre 1998 Roj: STS 7174/1998–ECLI: ES: TS:1998:7174; y (y 26 de abril de 2004, Roj: STS 2714/2004 –ECLI: ES: TS:2004:2714.

²⁷ Roj: STS 2714/2004 –ECLI: ES: TS:2004:2714.

²⁸ Roj: SAN 5272/2024 –ECLI: ES: AN:2024:5272.

si en el cálculo de la retribución variable se han de tomar en consideración, como jornadas productivas, las correspondientes a los períodos de incapacidad temporal por cualquier motivo y duración²⁹, las ausencias por de fuerza mayor recogidas en el convenio en el art. 58.1 y 2 del convenio colectivo³⁰, así como la suspensión de empleo y sueldo por sanción disciplinaria. En su FD 4.º se analiza si la limitación de la percepción del complemento por objetivos en las situaciones de suspensión de empleo y sueldo infringe lo dispuesto en el art. 58.3 del ET que recuérdese señala que «No se podrán imponer sanciones que consistan en la reducción de la duración de las vacaciones u otra minoración de los derechos al descanso del trabajador o multa de haber». La Sala de lo Social de la AN viene a señalar que los incentivos no pueden verse reducidos o suprimidos como consecuencia de que el trabajador hubiera recibido una determinada sanción pues ello supone la imposición de una multa de haber proscrita por el art. 58.3 ET. En el presente supuesto la decisión de vincular la retribución variable en función de la superación o no de un determinado nivel de absentismo (4%) determina que en los supuestos de imposición de sanciones se añade una penalización a los efectos del cálculo de la retribución varia-

²⁹ En relación con tales situaciones la AN recuerda su anterior doctrina recogida en sentencia de 19 de junio de 2023 (autos 114/2023) en la que se indicaba (FD 4.º): «La ley 15/2022 define en su art. 6.1.a) la discriminación directa como la situación en que se encuentra una persona o grupo en que se integra que sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otras en situación análoga o comparable por razón de las causas previstas en el apartado 1 del artículo 2. En el presente caso si comparamos la situación en que se encuentran dos trabajadores de la empresa que perciben incentivos por ventas en la gestión telefónica, resulta evidente que, a aquellos trabajadores que, por encontrarse en IT, hubieran superado los índices de absentismo exigidos en el plan, se les estaría dispensando un trato desigual y menos favorable que a los trabajadores que no hubieran causado periodos de IT en el tramo temporal de referencia Como quiera que la IT, art. 169.1 LGSS, se define como aquellas situaciones debidas a enfermedad común o profesional y a accidente, sea o no de trabajo, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo, este absentismo viene provocado por la situación de enfermedad en que el trabajador se encuentra y que le resulta impeditiva para trabajar, de modo que el trato dispar constituye una discriminación directa por enfermedad, lo que resulta proscrito por la Ley 15/2022.

³⁰ En la sentencia reseñada en la nota anterior también se señala que (FD 4.º): «.. se produce una situación de discriminación indirecta en los supuestos de ausencias por causa de fuerza mayor del art.37.9 ET (motivos familiares urgentes relacionados con familiares o personas convivientes, en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable su presencia inmediata) y permisos no retribuidos de los arts. 58.1 y 2 del Convenio (adopción internacional y hospitalización o enfermedad grave del cónyuge o pareja de hecho, descendientes o parientes hasta el primer grado de afinidad o consanguinidad). Como ya señalamos en la citada SAN de 19-6-2023, autos 114/2023, el condicionar la retribución variable a no haber disfrutado de permisos vinculados con la conciliación suponía una discriminación indirecta por razón de sexo en tales supuestos. En el presente supuesto tal condicionamiento sí se aprecia pues la empresa los toma en consideración a los efectos de limitar la retribución variable en función de la superación del 4% del nivel de absentismo (porcentaje, reiteramos, vinculado al complemento por IT en el Convenio pero no al cálculo de la retribución variable).

ble imponiendo una multa de haber. Ello determina que tal criterio deba considerarse como no ajustado a derecho³¹.

Dicho lo anterior, no debe olvidarse, como señala la STJUE de 18 de enero de 2018, C-270/2016, que «combatir el absentismo laboral constituye una finalidad legítima a efectos del artículo 2.2 b), inciso i), de la Directiva 2000/78, dado que se trata de una medida de política de empleo». Sirva como prueba de esta afirmación la reciente STS 40/2025, de 20 de enero³², que se pronuncia sobre un caso de impugnación de precepto convencional que reconoce un complemento retributivo que vincula los resultados colectivos obtenidos por el centro de trabajo y las ausencias individuales causadas por el trabajador.

En concreto, la redacción del artículo comienza de la siguiente forma:

«Artículo 49. Incentivo de mejora.

El Incentivo de Mejora es una retribución mensual, de carácter individual, y su cobro se ponderará, en función de los resultados de cada Centro, para cada trabajador/a teniendo en cuenta el número de ausencias individuales (sin computar las vacaciones, diferencias horarias, ni licencias sindicales)....»³³

³¹ Un comentario a dicha sentencia puede verse en GARCÍA ROMERO, B.: «Acerca de la legalidad del descuento aplicado en retribución variable por ausencia al trabajo motivada por IT, disfrute de determinados permisos relacionados con la conciliación o suspensión de empleo y sueldo por sanción disciplinaria», Revista de Jurisprudencia Laboral, núm. 10/2024.

³² Roj: STS 174/2025-ECLI: ES: TS:2025:174. Se trata de un recurso de casación ordinaria interpuesto por la empresa frente a la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional 4/2024, de 22 de enero, procedimiento 280/2023, en actuaciones seguidas en virtud de demanda sobre impugnación de convenios colectivos a instancia de Confederación General del Trabajo (CGT) contra la mercantil Verallia Spain SA, Comité Intercentros, Federación de Industria Construcciones y Agro de UGT y Federación de Industria de Comisiones Obreras.

³³ Y una fórmula de cálculo en cada Centro:

Incentivo mes (€) = (Rtoreal-Rtoref)1,4 × Base (€) [...]

Modulado por calidad:

– Defecto crítico, 0% de IM.

– Sin defectos críticos:

1. Hasta 1 reclamación/mes, 100%

2. Con 2 reclamaciones/mes, 50%

3. A partir de 3 reclamaciones/mes, 0%

Pago: En función de las ausencias individuales de cada mes [...]

– Menos de 8 horas de ausencia en el mes = 100 % de la cuantía que corresponda al centro de trabajo.

– Mayor o igual a 8 horas y menos de 16 horas = 70 % de la cuantía que corresponda al centro de trabajo.

– Mayor o igual a 16 horas y menos de 24 horas = 30 % de la cuantía que corresponda al centro de trabajo.

– Mayor o igual a 24 horas = 0% de la cuantía que corresponda al centro de trabajo.

A efectos de cálculo de las ausencias individuales para el pago no se tendrán en cuenta los permisos retribuidos que obedecieran al fallecimiento de cónyuge, padre-madre y/o hijas-os de la persona trabajadora [...].

En cuanto a los aspectos referidos a las ausencias individuales, las causas excluidas del cómputo son las siguientes: vacaciones, diferencias horarias, licencias sindicales, permisos retribuidos por fallecimiento de cónyuge, padre, madre e hijos/as.

El complemento en su configuración pretende aumentar la productividad, mejorar la calidad y combatir el absentismo. Una vez logrados los objetivos de productividad y calidad del centro de trabajo, el plus salarial se abona a cada trabajador en función del número de horas de ausencias al mes: se abona el 100% de la cuantía correspondiente al centro de trabajo cuando el trabajador ha tenido menos de 8 horas de ausencia en el mes. El porcentaje va disminuyendo progresivamente en función del número de horas de ausencia de cada trabajador. Si ha habido 24 o más horas de ausencia en el mes, ese trabajador no cobra este plus (tiene derecho al 0% de la cuantía que corresponda al centro de trabajo).

La sentencia dictada por la Audiencia Nacional 4/2024, de 22 de enero (que aquí se combatía)³⁴ señalaba que el convenio colectivo contenía una discriminación directa por enfermedad, una discriminación por razón de sexo y una discriminación por asociación por razón de enfermedad, Declarando la nulidad parcial de la regulación del incentivo de mejora establecida en el art. 49 del convenio colectivo de esa empresa. En concreto, se declaró nulo el siguiente contenido del precepto convencional:

1. La mención a que ese incentivo de mejora se calcula «teniendo en cuenta el número de ausencias individuales (sin computar las vacaciones, diferencias horarias, ni licencias sindicales)».

2. La referencia a cómo se hace el pago en función de las ausencias individuales de cada mes: se cobra el 100% de la cuantía correspondiente al centro de trabajo con menos de 8 horas de ausencia en el mes, el 70% con 8 horas o más y menos de 16 horas.

Sustanciada la cuestión ante el Tribunal Supremo por interposición de recurso de casación ordinario, resolvió el Alto Tribunal anulando la sentencia

El término «Rtoref» (resultado de referencia) es el presupuestado por la empresa menos un punto porcentual.

– Este incentivo de mejora se calcula de la siguiente manera:

Se utilizan unas fórmulas matemáticas para calcular la cuantía que corresponde a cada centro de trabajo, en función de la productividad y de la calidad.

Después, se individualiza el plus salarial que le corresponde a cada trabajador de ese centro de trabajo en función de su número horas de ausencia mensual.

³⁴ Roj: SAN 377/2024 –ECLI: ES: AN:2024:377.

de la Audiencia Nacional (AN) 4/2024, de 22 de enero con desestimación de la demanda de las entidades sindicales, todo ello bajo las siguientes consideraciones (FD sexto):

– El incentivo de mejora que se recoge en el convenio es un plus salarial que pretende aumentar la productividad, mejorar la calidad y combatir el absentismo (se recuerda la STJUE de 18 de enero de 2018, C-270/2016).

Ahora bien, el absentismo se debe combatir sin vulnerar la Constitución; ni la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación; ni la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Ello lleva consigo que las ausencias que pueden computarse a estos efectos no pueden estar causadas ni por enfermedad, ni por las citadas medidas de conciliación de la vida familiar y laboral, ni tampoco deben causar discriminación por asociación. Sí que podrán computarse las ausencias injustificadas, así como las ausencias debidas a permisos que no constituyan una discriminación prohibida. Por ejemplo, sí que sería dable computar a estos efectos las ausencias por cambio de domicilio habitual o para concurrir a exámenes, en la medida en que no causen discriminación.

– La sentencia recurrida anula el convenio colectivo respecto de la individualización del plus para cada trabajador en función de sus ausencias al trabajo. Dicha anulación supone que, con independencia de cuál ha sido la causa de esa inasistencia, todos los trabajadores tendrán derecho al 100% de la cuantía del plus que corresponda al centro de trabajo.

Es decir, si se confirmara el criterio de la AN resultaría que un trabajador que se haya ausentado del trabajo por una causa no justificada o por una causa que no sea discriminatoria (por ejemplo, el permiso de un día por traslado de domicilio habitual establecido en el convenio colectivo) tendrá derecho al 100% de la cuantía del complemento correspondiente a su centro de trabajo. Dejaría de ser un plus de productividad, calidad y asistencia al trabajo y pasaría a ser un plus de productividad y calidad, lo que desnaturalizaría este complemento salarial pactado por el empresario con los representantes de los trabajadores.

En definitiva, la sentencia de instancia no solamente anula el convenio colectivo respecto de la falta de cómputo de las ausencias causadas por enfermedad, por discriminación por razón de sexo o por discriminación por asociación, sino que anula el cómputo de cualquier ausencia del trabajador. Ello vacía de contenido un complemento salarial que pretende combatir el absentismo: aunque la ausencia del trabajador no estuviera justificada o respondiera a un permiso ajeno a los factores de discriminación, no podría tenerse en cuenta a efectos del control del absentismo.

– El TS entiende que la regulación del incentivo de mejora no es nula cuando tiene en cuenta las ausencias al trabajo que no están justificadas o se deben a factores no discriminatorios: ajenas a la discriminación por razón de enfermedad, a la discriminación por razón de sexo o a la discriminación por asociación.

En consecuencia, entiende que no procede declarar la nulidad del art. 49 del Convenio colectivo de la empresa que regula el incentivo de mejora, porque es lícito establecer un plus salarial para combatir el absentismo que tenga en cuenta las ausencias al trabajo no justificadas o que no constituyan uno de los factores de discriminación prohibidos, sin perjuicio de que, al interpretar y aplicar ese precepto, además de las ausencias que se mencionan expresamente en el convenio colectivo (permisos por fallecimiento de cónyuge...) se excluyan también las que son discriminatorias.

4. COMPLEMENTOS ECONÓMICOS VINCULADOS AL CONTROL DE ABSENTISMO DURANTE LA SITUACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL DEL TRABAJADOR

Una práctica convencional muy extendida es la inclusión como mejora voluntaria de la acción protectora de la Seguridad Social de un complemento económico durante las situaciones de incapacidad temporal. Su formulación final es muy variopinta pues puede cubrir cualquier contingencia (común o profesional), completar la prestación económica de la Seguridad Social hasta el 100% de la base reguladora del subsidio que corresponda al trabajador e incluso cubrir aquel ámbito temporal no cubierto por el Sistema público de Seguridad Social. Dentro de estas fórmulas el alcance de la mejora es muy variopinto, todo dependerá del acuerdo convencional³⁵.

La reforma introducida por el art. 6 del RD-ley 5/1992, de 21 de julio³⁶, de Medidas Presupuestarias Urgentes, en el número 1 del art. 129 LGSS/1974, vino a suponer un cambio muy importante en la denominada mejora voluntaria de la incapacidad temporal. Supuso por un lado un incentivo para las empresas para acogerse a tal mejora, pues suprimió como condición para establecerlas

³⁵ Véase el Informe sobre Absentismo Laboral elaborado por Foment del Treball Nacional y The Adecco Group Institute, pp. 119 y ss. Accesible en <https://www.foment.com/wp-content/uploads/2025/01/informe-absentismo-laboral-foment-v4-1.pdf> [consultado en 6 de julio de 2025].

³⁶ Que sería luego derogado por la Ley 28/1992, de 24 de noviembre, si bien se mantendrían las modificaciones respecto a la incapacidad temporal allí recogidas.

la asunción conjunta de la asistencia sanitaria, pero también un duro golpe económico para las empresas ya que trasladó la responsabilidad de la Entidad gestora (INSS o ISM) del abono del subsidio de IT desde el día 4 al 15 inclusive de la baja³⁷. Recuérdese la cuestión de inconstitucionalidad 3284/1983 resuelta por el TC en sentencia 129/1994, de 5 de mayo, la duda de la constitucionalidad sobre del art. 6.1 del RD-ley Real 5/1992, de 21 de julio. La duda de constitucionalidad giraba en torno a la idea de que la reforma suponía privatizar el régimen de la prestación por invalidez laboral transitoria, al desplazar hacia un sujeto privado la obligación de pago de la prestación durante los primeros quince días de la situación. El TC consideró compatible el precepto cuestionado con el art. 41 C. E., fundamentalmente porque el carácter público del sistema de Seguridad Social no queda cuestionado por la incidencia en él de fórmulas de gestión o responsabilidad privadas, de importancia relativa en el conjunto de gestión de aquél, ya que la reforma experimentada por el art. 129.1 L. G. S. S. no altera el papel predominante y el compromiso de los

³⁷ Véase la Resolución de 6 de octubre de 1992 de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social, sobre cuestiones relativas al abono de la incapacidad temporal entre los días cuarto y decimoquinto de la baja en el trabajo (actualizada a 17 de marzo de 2016), que señala:

«...

Primero.

1. En aquellos supuestos en que hallándose el trabajador en situación de incapacidad laboral transitoria derivada de enfermedad común o accidente no laboral viera aquél extinguida, por cualquier causa, su relación laboral, sin que en dicho momento se hubiera cumplido todavía el decimosexto día de baja, la obligación del abono de dicha prestación, a partir de la fecha de aquella extinción y una vez superado en todo caso el periodo de espera de los tres primeros días de incapacidad, recaerá de modo directo sobre la Entidad Gestora correspondiente.

2. Lo dispuesto en el número anterior de este apartado será también de aplicación a los trabajadores fijos discontinuos que estén en situación de incapacidad laboral transitoria, derivada de enfermedad común y accidente no laboral, y respecto de los cuales, antes de haberse cumplido el decimosexto día de baja, se hubiese extinguido o suspendido su contrato, por haber finalizado o haberse interrumpido la actividad intermitente o de temporada de la empresa.

Segundo. La obligación empresarial del pago del subsidio de incapacidad laboral transitoria, en los términos previstos en el vigente artículo 129.1 de la Ley General de seguridad Social, será también extensible a aquellas empresas que hasta la entrada en vigor del Real Decreto-ley 5/1992, de 21 de julio, venían facultadas para obtener la exoneración de la obligación del pago delegado de este mismo subsidio, bien, en general, por razón del número reducido de trabajadores a su servicio, bien, en particular, con relación a los representantes de comercio, artistas o profesionales taurinos que tuvieran contratados, así como en aquellos supuestos de pago directo de la prestación respecto a los trabajadores incluidos en los grupos Segundo y Tercero del Régimen Especial de los Trabajadores del Mar. En los expresados supuestos, el pago directo a cargo de la correspondiente Entidad Gestora, durante el periodo comprendido entre los días 4.º al 15.º ambos inclusive, de baja, sólo procederá en las específicas circunstancias a que se refiere el apartado Primero de la presente Resolución.

Tercero. Lo previsto en la presente Resolución se aplicará a los procesos por incapacidad laboral transitoria, derivada de enfermedad común o accidente no laboral, iniciados a partir del día 23 de julio de 1992, fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 5/1992, de 21 de julio, de Medidas Presupuestarias Urgentes.»

poderes públicos en su labor articuladora de la tutela frente a la contingencia de la incapacidad laboral para el trabajo, y además porque trata de evitar la reducción del nivel de protección económica ante esta contingencia, mediante un desplazamiento de responsabilidad que no es incongruente con el régimen de la referida prestación valorada en su conjunto³⁸.

Si se analizan los convenios colectivos que siguen recogiendo como mejora voluntaria de la Seguridad Social un complemento a cargo de la empresa de la prestación de incapacidad temporal, cabe observar, lo siguiente:

Primero.

Son múltiples los convenios colectivos cuya preocupación máxima es regular el absentismo por incapacidad temporal y norman un régimen jurídico para ello en el que destacan las siguientes notas: 1) Se suelen establecer unos determinados porcentajes de absentismo muy variado tanto en su cuantía como en el período de referencia; 2) Cuando se hace referencia a la incapacidad temporal sin más, se entiende comprensiva de todas las contingencias; 3) En los convenios se regulan diversos aspectos relativos a la cuantía (porcentaje, períodos temporales, retribuciones excluidas e incluidas, etcétera); 4) Diversos convenios norman algún tipo de intervención de la representación legal de los trabajadores; y 5) Declaraciones generales de la voluntad de las partes negociadoras de incidir en los índices de absentismo por IT.

Segundo.

Hay una preferencia al establecimiento en convenio colectivo de mejoras voluntarias cuando la patología es imputable a contingencias profesionales. A ellas se le ofrece una cobertura de mayor intensidad bien porque se garantiza la percepción de un porcentaje mayor de la retribución del trabajador, bien porque se amplían los conceptos computables en el cálculo del complemento o bien porque se extiende la cobertura por un período de tiempo superior. El convenio suele garantizar el complemento de hasta el 100 % del salario en caso de AT y EP, frente a situaciones que provengan de AC y EC, que condicionan, por ejemplo: la hospitalización y hasta el alta hospitalaria; durante un determinado período de tiempo; limitado a un número de bajas durante el año natural etcétera.

³⁸ En el mismo sentido STC 37/1994, de 10 de febrero, cuestiones de inconstitucionalidad 342/1993 y 1.534, 1.581, 1.582, 2.138, 2.591, 2.641, 2.642, 2.643, 2.644, 3.123, 3.171, 3.172, 3.554 y 3.599 (acumuladas)

Y así, sin ánimo de ser exhaustivo, podemos ver las múltiples variedades que se suelen establecer en los convenios colectivos ³⁹:

A) Convenios con incremento hasta el 100% en la retribución mensual del trabajador en todas las situaciones o contingencias protegidas por la Seguridad Social:

- Convenio colectivo de International Mail Spain, SL (BOE 21-3-2024).
- Convenio colectivo de Babé y Cía, SL (BOE 1-2-2024).
- Convenio colectivo de TK Elevadores España, SLU, para los centros de trabajo de Madrid y Valencia (BOE 13-2-2024).
- III Convenio colectivo de Otis Mobility, SA (BOE 162-2024).
- V Convenio colectivo de Air Nostrum Líneas Aéreas del Mediterráneo, SAU (Personal de oficinas) (BOE 22-2-2024).
- VIII Convenio colectivo de Santa Bárbara Sistemas, SA (BOE 22-2-2024).
- Convenio colectivo de Swissport Handling, SA (BOE 28-2-2024).
- II Convenio colectivo de Aparca&Go, SL (BOE 9-1-2024).
- Convenio colectivo sectorial para las industrias de aguas de bebidas envasadas (BOE 21-12-2023).

B) Convenios con complemento en porcentaje más reducido (60%):

- Convenio colectivo de Frit Ravich, SL (BOE 14-3-2024).

C) Con requisitos adicionales:

- Antigüedad mínima de un año y previa confirmación de la baja por el médico de la empresa: Convenio colectivo de Saint-Gobain Cristalería, SL (BOE 2-10-2023).

- Para los supuestos de contingencias comunes: una antigüedad mínima de seis meses en la empresa: Convenio colectivo de International Mail Spain, SL (BOE 21-3-2024).

- Solo la primera baja: Convenio colectivo de Ilunion Accesibilidad, SAU (BOE 17-1-2024).

³⁹ En detalle véase Informe sobre Absentismo Laboral elaborado por Foment del Treball Nacional y The Adecco Group Institute, pp. 119 y ss. del que aquí se ofrece una síntesis. Accesible en <https://www.foment.com/wp-content/uploads/2025/01/informe-absentismo-laboral-foment-v4-1.pdf> [consultado en 6 de julio de 2025].

- Para la segunda baja hay que acreditar 6 meses de trabajo efectivo: Convenio colectivo de General Óptica, SA (BOE 222-2023) y V Convenio colectivo del Grupo Zena (BOE 9-32022).

- En determinadas circunstancias cuando se esté más de tres días hospitalizado, alcanzado solo al período de duración de la hospitalización y posible convalecencia hasta un máximo de treinta días naturales: Convenio colectivo de Frit Ravich, SL (BOE 14-32024).

- Complementos por incapacidad temporal diferentes entre la primera y las siguientes bajas: IV Convenio colectivo de Mediapost Spain, SL (BOE 28-12-2023), II Convenio colectivo de Game Stores Iberia, SLU (BOE 15-11-2023); I Convenio colectivo de Triangle Outsourcing, SL (BOE 27-9-2023).; y Convenio colectivo del Grupo Supermercados Carrefour (BOE 14-6-2023).

- Convenios en los que se establece que el abono del complemento solo lo será en los dos primeros procesos por año natural: Convenio colectivo de Global Spedition, SL (BOE 2-9-2023).

- Convenios que sólo complementan cuando se da una situación de enfermedad grave. Convenio colectivo de Cegelec, SA (BOE 19-5-2022).

- Convenios colectivos que específicamente señalan que para tener derecho al complemento: se ha de tener derecho a la prestación de la Seguridad Social: I Convenio colectivo del Grupo de Empresas Corriere (BOE 8-11-2023); o que se reconocerán mientras que no cambie el régimen jurídico actual: Convenio colectivo de Saint-Gobain Cristalería, SL (BOE 2-10-2023).

D) Vinculados a la retribución fija o variable:

- VI Convenio colectivo de Avaya Comunicación España, SLU (BOE 23-3-2024).

- II Convenio colectivo de tripulantes de cabina de pasajeros de EasyJet Airline Spain, Sucursal en España CYMI, SA (BOE 3-8-2023).

E) A la antigüedad en la empresa:

- Convenio colectivo de Lufthansa, Líneas Aéreas Alemanas en España (BOE 12-1-2024).

F) A la modalidad contractual o funciones desempeñadas:

- Convenio colectivo de Froneri Iberia, SL (BOE 14-7-2023).

- IV Convenio colectivo de Bofrost, SAU (BOE 19-6-2023).

G) En atención a las cuantías sobre la que se determina la mejora (salario base y complementos que se incluyen o quedan fuera) que percibe el trabajador:

- Convenio colectivo de Frit Ravich, SL (BOE 14-32024).

Tercero.

Por otro lado, no debe olvidarse que en muchos convenios se recogen una serie de obligaciones que incumben al trabajador para poder percibir este complemento: establecer como requisito imprescindible que obren en poder de la empresa los correspondientes partes médicos reglamentarios en tiempo y forma, por ejemplo en: IV Convenio colectivo de las empresas integradas en la unidad de negocio de Abertis Autopistas España (UNaAE) (BOE 28-12-2023) y XVII Convenio colectivo de la Organización Nacional de Ciegos y su personal (BOE 8-12-2022).

Para superar los efectos de la reforma introducida por el RD 1060/2022, de 27 de diciembre (básicamente comunicación *on line* a la empresa de la baja y su confirmación y supresión de la obligación por parte del trabajador de presentar en la empresa copia de la misma) se establece la obligación de avisar telefónicamente y con carácter inmediato de su ausencia a la empresa, por ejemplo, en el Convenio colectivo de Deutsche Telekom Business Solutions Iberia, SLU (BOE 11-8-2023).

Otra obligación que se suele incluir en los convenios es que el trabajador está obligado a someterse al reconocimiento de la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales concertada, o al reconocimiento del Servicio Médico de empresa, cuando sea requerido para ello: Convenio colectivo de Unidad Editorial, SA (BOE 253-2024). Convenio colectivo de Unidad Editorial Formación, SL. V Convenio colectivo de Air Europa Líneas Aéreas, SAU (Tripulantes Técnicos de vuelo) (BOE 2-122023).

Cuarto.

Son bastantes los convenios que regulan las consecuencias jurídicas que ha de soportar el trabajador en caso de incumplimiento de estas obligaciones de acreditación de su situación de incapacidad temporal, como: 1) la deducción del salario correspondiente al periodo de ausencia no justificado, además de las correspondientes sanciones disciplinarias en las que pudiese incurrir. XI Convenio colectivo nacional para las industrias de pastas ali-

menticias (BOE 21-3-2023); 2) La negativa, expresa o tácita, de la persona afectada de someterse a reconocimiento del servicio médico designado o especialistas facultativos que pudieran acompañarle, se considerará como presunción «iuris tantum» de simulación de la enfermedad o accidente que motivó la baja correspondiente; Convenio colectivo de Disa Holding Energético, SLU (BOE 2-11-2023); y V Convenio colectivo de Nuclenor, SA (BOE 8-11-2023); 3) El cese de la obligación de pago del complemento: II Convenio colectivo del Grupo de Empresas Corriere (BOE 8-11-2023); 4) La posibilidad de que la empresa adopte las medidas disciplinarias que estime convenientes: V Convenio colectivo de Air Europa Líneas Aéreas, SAU (Tripulantes Técnicos de vuelo) (BOE 2-12-2023); 5) El reintegro de lo abonado como complemento: II Convenio colectivo de Bimbo Donuts Iberia, SAU (BOE 6-2-2023; etcétera.

5. CONCLUSIONES

Como se ha podido adivinar por lo anteriormente expuesto el absentismo es una preocupación constante para las empresas, ya que afecta directamente a la productividad y a los costos. Las empresas en su lucha contra el absentismo han venido tradicionalmente actuando –además de por otras– por la vía de la retribución variable como herramienta para reducir el absentismo. Si bien, tras la Ley 15/2022, 12 de julio, integral para la igualdad y la no discriminación, esta herramienta de la retribución variable se ha visto sensiblemente afectada cuando en la misma se pretenden utilizar criterios de cómputo de absentismo basados en la salud; aquellos que supongan una discriminación directa, indirecta, por asociación, etcétera.

Es quizás donde mejor pueda encontrar una solución o paliar los efectos negativos del absentismo el diálogo social bipartito que sindicatos y patronales vienen llevando a cabo. La negociación colectiva es uno de los ámbitos donde mejor pueden y deben instrumentarse medidas para intentar reducir el absentismo injustificado tanto contribuyendo a la labor de concienciación de los efectos gravemente perjudiciales que se derivan del mismo, especialmente, en relación con la productividad de las empresas, como diseñando una política retributiva que premie la consecución de objetivos previamente diseñados con la representación legal y que pueda tomar en cuenta, entre otros factores, el nivel de absentismo global. En el

capítulo VII del V Acuerdo para el Empleo y la Negociación colectiva se recoge lo siguiente:

«Las Organizaciones empresariales y sindicales firmantes de este Acuerdo manifestamos nuestra preocupación por los indicadores de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes. En ese sentido, deseamos establecer líneas de actuación que mejoren la salud de las personas trabajadoras.

Ante esta situación, exhortamos a la negociación colectiva a:

Establecer procedimientos y ámbitos paritarios de análisis de la incapacidad temporal por contingencias comunes, que incluya el estudio de las causas, la incidencia y duración de los procesos.

Fijar líneas de actuación que como consecuencia reduzcan el número de procesos y su duración, así como el seguimiento y evaluación de dichas actuaciones..»⁴⁰.

Pero quizás uno de los factores que dificulta el cumplimiento de tales objetivos es precisamente el tratamiento en los convenios colectivos de las mejoras voluntarias, ya que todavía es frecuente (sin perjuicio de lo indicado en el apartado IV de este trabajo) que en el diseño no se tenga en cuenta variables como: las bajas repetidas y sucesivas, el nivel de absentismo general, etcétera. Quizás debería de plantearse algún tipo de condicionante para su devengo (como los ya analizados en el apartado IV de este trabajo), sin que sea de recibo como algún sector sostiene «evitar el establecimiento de complementos y mejoras a la prestación por ITCC o, en su caso, suprimirlos o tratar de reducirlos, en los convenios colectivos»⁴¹.

6. BIBLIOGRAFÍA

ADECCO GROUP INTITUTE: Informe trimestral: absentismo, siniestralidad laboral y enfermedades profesionales. Abril 2025, accesible en <https://www.adeccoinstitute.es/salud-y-prevencion/xi-informe-absentismo-siniestralidad/>

AMAT: El absentismo laboral derivado de incapacidad temporal por contingencias comunes, Ejercicio 2023, abril de 2024, p. 31. <https://www.amat.es/wp-content/uploads/2024/05/2024-05-09-Informe-de-Absentismo-Laboral-derivado-de-la-ITCC-2023.pdf>

⁴⁰ Publicado por Resolución de la Dirección General de Trabajo de 19 de mayo de 2023 (BOE 31 de mayo).

⁴¹ AMAT: El absentismo laboral derivado de incapacidad temporal por contingencias comunes, Ejercicio 2023, abril de 2024, p. 31, accesible <https://www.amat.es/wp-content/uploads/2024/05/2024-05-09-Informe-de-Absentismo-Laboral-derivado-de-la-ITCC-2023.pdf>. [consultado en 7 de julio de 2025]

- ASEPEYO: Como gestionar el absentismo en mi empresa. Guía de implantación y buenas prácticas, accesible en <https://amat.es/wp-content/uploads/2021/03/como-gestionar-el-absentismo-en-mi-empresa.pdf>
- FOMENT DEL TREBALL NACIONAL Y THE ADECCO GROUP INSTITUTE: Informe sobre Absentismo Laboral elaborado pp. 119 y ss. Accesible en <https://www.foment.com/wp-content/uploads/2025/01/informe-absentismo-laboral-foment-v4-1.pdf>
- GARCÍA ROMERO, B.: «Acerca de la legalidad del descuento aplicado en retribución variable por ausencia al trabajo motivada por IT, disfrute de determinados permisos relacionados con la conciliación o suspensión de empleo y sueldo por sanción disciplinaria», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 10/2024.
- MARTÍNEZ, R y JANÉ P.: «Ante la polisemia del término absentismo, un intento de concreción de las condiciones necesarias del concepto», *Gestión y análisis de políticas públicas, Nueva Época*, n.º 11 enero-junio 2014.
- NIETO ROJAS, P.: «La incidencia de los complementos salariales en la reducción del absentismo. Su recepción en la negociación colectiva», *Revista de Información Laboral*, núm. 5, 2016.
- NOGUERIA GUASTAVINO, M.: «Huelga feminista y premio por presencia: el tiempo empleado en una huelga no puede ser considerado absentismo a tales efectos, en ausencia de especificación expresa en el convenio colectivo», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 3/2023.
- UMIVALE: Estudio socioeconómico de la evolución de la incapacidad temporal y la siniestralidad en España, 2025, accesible en <https://www.ifuturo.org/estudio-socioeconomico-de-la-evolucion-de-la-incapacidad-temporal-y-siniestralidad-en-espana>

CAPÍTULO XVII

LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA DE LOS PACTOS DE PLENA DEDICACIÓN Y DE NO COMPETENCIA POSTCONTRACTUAL

DAVID MONTOYA MEDINA

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Alicante

1. INTRODUCCIÓN

Desde la aprobación de la primera Ley del ET en 1980 (Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores) hasta la actualidad han transcurrido ya más de cuarenta y cinco años. Durante este largo periodo, como es lógico, muchos y diversos preceptos de nuestra ley laboral básica han sufrido modificaciones de la mano de la multitud de reformas legales, estructurales o no, operadas en la misma.

Así las cosas, uno de los pocos preceptos que no ha experimentado variación alguna desde su primitiva redacción de 1980 es el art. 21 ET. Dicho precepto, bajo el título «pacto de no concurrencia y de permanencia en la empresa» regula el régimen jurídico de hasta tres pactos contractuales (el pacto de plena dedicación durante la vigencia del contrato, el pacto de no competencia o no concurrencia postcontractual, y el pacto de permanencia).

No es casual que la ordenación jurídica de los tres pactos se condense en un mismo precepto del ET. Y es que la finalidad u objeto común que inspira su regulación es la de permitir, en interés de la empresa, restringir, bajo determinados

presupuestos, la libertad de trabajo del trabajador para prestar servicios para otro empleador o, incluso, por cuenta propia. En efecto, la posibilidad de libre concertación de estos pactos persigue preservar determinadas ventajas competitivas de la empresa, ya sea asegurando la exclusividad de la dedicación del trabajador durante la vigencia del contrato o evitando que sus conocimientos y experiencia adquiridos en el marco de la relación laboral sean utilizados en beneficio de competidores una vez extinguido el vínculo contractual. Sin embargo, al tiempo, su regulación jurídica impone determinados condicionantes o limitaciones con objeto de guardar un adecuado equilibrio entre la protección de los aludidos intereses empresariales y la libertad del trabajador para disponer de su fuerza de trabajo y desarrollar su carrera profesional sin restricciones excesivas.

Desde una perspectiva más general, no ha de desconocerse la importancia que para la propia fisonomía legal de estos pactos desempeña el deber general de buena fe y función reguladora que despliega la autonomía de la voluntad sobre las condiciones de trabajo.

En efecto, por una parte, la concertación de estos pactos no puede entenderse al margen del deber de buena fe que preside la relación laboral e inspira el cumplimiento de las prestaciones recíprocas de las partes en el marco del contrato de trabajo (arts. 20.2, 5 a) y 54.1 d) ET)¹. Resulta ocioso recordar que, conforme al art. 7.1 del Código Civil, «los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe». También que su art. 1258 dispone que los contratos, una vez perfeccionados, no sólo obligan al cumplimiento de lo expresamente pactado, «sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley».

En esta línea, se ha afirmado que los pactos de permanencia y de no competencia constituyen «manifestaciones relevantes» del deber de buena fe del trabajador². Más precisamente, a mi juicio, habría de decirse que el deber general de buena fe inspira la concertación y régimen jurídico de dichos pactos. En consecuencia, la buena fe constituye el principio rector que debe regir la negociación, interpretación y ejecución de estos acuerdos. En otras palabras, la buena fe constituye la óptica desde la que se han de analizar los supuestos en los que se impute a cualquiera de las partes el incumplimiento del pacto en su conjunto o de alguno de sus términos. De hecho, a nadie ha de extrañar que así se haya venido efectuando en buena parte de los pronunciamientos de la jurisprudencia y

¹ Sobre dicho deber, resulta obligada la consulta de la obra de MONTOTOY MELGAR, A. *La buena fe en el Derecho del Trabajo*. Tecnos (Madrid), 2001. Cfr. también, GIL Y GIL, J. L. «La buena fe en el contrato de trabajo». *Revista de Trabajo y de Seguridad Social* CEF n.º 163, 1996, pp. 3 y ss.

² GARCIA QUIÑONES, J. C. «El deber del trabajador de no concurrencia desleal». *Revista trabajo y empresa*, vol. 3, n.º 3, 2024. El cliente en las relaciones de trabajo (monográfico), p. 141.

de la doctrina judicial a la hora de resolver determinadas cuestiones litigiosas relacionadas con la concertación de pactos de esta naturaleza.

Por otra parte, pese a que la autonomía colectiva puede desplegar cierto papel en el régimen jurídico de estos acuerdos contractuales, su principal fuente de regulación jurídica, aparte de la ley, es la autonomía privada pues el art. 21 ET deja claro que deben su nacimiento a la autonomía de las partes y no a la ley o a la autonomía colectiva. Por ello, su interpretación deberá ajustarse a los cánones hermenéuticos de los contratos establecidos en los arts. 1281 a 1289 del Código Civil³.

De los tres pactos aludidos, en el presente estudio únicamente se detendrá la atención en los dos primeros. Y más concretamente, en coherencia con la temática de la obra colectiva en la que se inserta el presente capítulo, en lo relacionado con la compensación económica que el art. 21 ET reconoce al trabajador sujeto a cualquiera de dichos pactos contractuales.

La regulación del art. 21 ET es parca en detalles sobre la compensación económica de ambos pactos. Respecto del pacto de plena dedicación, la norma señala que la compensación económica ha de ser «expresa» y, en relación con el pacto de no competencia postcontractual, que sea «adecuada». Lo escueto de la dicción legal suscita una serie de interrogantes de relevancia práctica. Entre ellos, destaca la cuestión de su naturaleza jurídica: ¿constituye la citada compensación económica una retribución salarial sujeta a cotización a la Seguridad Social?, ¿debe entenderse como una indemnización compensatoria por la restricción impuesta?, ¿puede ser considerada una retribución extrasalarial? La respuesta a esta cuestión no es meramente teórica, sino que tiene implicaciones directas en la cuantificación de la compensación y el interés por mora en caso de impago, en su tratamiento fiscal, y en su incidencia sobre otras obligaciones empresariales, como la cotización o la responsabilidad solidaria en los supuestos de descentralización productiva (art. 42.2 ET y art. 16.3 Ley 14/1994, de 1 de junio).

Además, surgen otras cuestiones como la modalidad de dicha compensación (periódica o a tanto alzado), su cuantía, la posibilidad de que la compensación se satisfaga en especie, los efectos derivados del incumplimiento del pacto por alguna de las partes o el margen de intervención de la negociación colectiva para regular estos aspectos con mayor precisión. A ello se suma la problemática de la exigibilidad y proporcionalidad de la compensación en ca-

³ Sobre el papel de la autonomía privada en el contrato de trabajo, constituye referencia imprescindible el estudio de RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. «Contrato de trabajo y autonomía del trabajador». En CRUZ VILLALÓN, J. (dir.) *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras de derecho del trabajo: estudios en homenaje al profesor José Cabrera Bazán*, Tecnos (Madrid), 1999, pp. 21 y ss.

sos en los que la empresa ya no tenga un interés legítimo en la plena dedicación del trabajador o en la aplicación de la cláusula de no competencia. También pueden constituir una clara fuente de litigio los supuestos en que el trabajador juzgue insuficiente la compensación pactada por restringir desproporcionadamente su capacidad de desarrollo profesional. En el caso concreto del pacto de no concurrencia postcontractual, dable es pensar que el trabajador predique dicha desproporción entre el pacto y la compensación en atención a su especialización profesional, a la duración de la restricción y a su impacto en su capacidad para encontrar un nuevo empleo.

En definitiva, aunque la regulación del artículo 21 ET establece los elementos esenciales de estos pactos, deja abiertas múltiples incógnitas que exigen un análisis detallado de cada caso concreto. Es en este contexto donde adquiere especial relevancia el estudio de la compensación económica en ambos pactos, dado que su adecuada regulación es clave para garantizar el equilibrio entre los derechos del trabajador y los intereses empresariales.

Pese a tratarse de pactos cuya finalidad última es común (restringir la libertad de trabajo del trabajador), se trata de acuerdos distintos y con un régimen jurídico, asimismo, diferente. Por ello, a efectos de determinar el alcance de las previsiones legales del art. 21 ET en torno a las obligaciones retributivas que genera para el empresario su concertación, se impone un análisis separado de cada uno de dichos pactos. De la misma forma, no será posible abordar directamente los problemas relacionados con las aludidas obligaciones retributivas sin antes llevar a cabo una previa y necesaria labor de contextualización. Para ello es preciso detenerse suficientemente en la fisonomía jurídica de dichos pactos analizando, siquiera puntualmente, los aspectos más espinosos de su vigente regulación legal. La retribución constituye una de las condiciones básicas del pacto, probablemente, la más relevante pero su caracterización jurídica no puede efectuarse en abstracto sin situar primero al lector sobre la idiosincrasia en sí de cada uno de estos posibles acuerdos contractuales.

I. COMPENSACIÓN ECONÓMICA DEL PACTO DE PLENA DEDICACIÓN

1.1 Planteamiento

Como es sabido, una de las exigencias derivadas del principio de buena fe contractual (arts. 20.2, 5 a) ET y 54.1 d) ET) es la prohibición de concurren-

cia desleal que impone de forma clara la primera dicción del art. 21.1 ET⁴. Con ello, nada impide al trabajador prestar servicios simultáneos para otros empresarios en régimen de pluriempleo o por cuenta propia. Ya tempranamente la jurisprudencia definió la concurrencia desleal como «la actividad consistente en realizar tareas laborales de la misma naturaleza o rama de producción de las que está ejecutando en virtud del contrato de trabajo, sin consentimiento de su empresario»⁵. Por tanto, lo que la norma prohíbe es la conducta desleal consistente en prestar servicios para una empresa de la competencia que, como es lógica, puede beneficiar deslealmente a esta segunda a través de la información que llegue a su conocimiento por parte del trabajador⁶.

La concurrencia desleal representa, ante todo, una trasgresión de la buena fe contractual. No es casual que el art. 4.1 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal, considere desleal «todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe». Constituyen manifestaciones concretas de dicho comportamiento, al decir de esta ley, las actuaciones engañosas a partir de información falsa o que induzca a error (art. 5), los actos de confusión, comparación e imitación (arts. 6, 10 y 11), la explotación de la reputación ajena (art. 12) y la violación de secretos (art. 13) entre otras muchas actuaciones.

También la jurisprudencia ha señalado tempranamente que «no toda actividad adicional es concurrencia desleal, pero sí lo es aquella en la que el trabajador puede desviar clientela, o aprovechar conocimientos adquiridos en la empresa a la que hace competencia, o prevalerse de la información que ha podido proporcionar o proporciona la presencia en el interior de ésta»⁷. En coherencia con ello, la doctrina judicial ya ha señalado que la apreciación de la concurrencia desleal exige los siguientes presupuestos: 1.- Desarrollo por el trabajador de una actividad profesional por cuenta propia o ajena que le produzca un beneficio económico en el mismo ámbito mercantil que la empresa en la que preste

⁴ Sobre el alcance de dicha prohibición, cfr., entre otros, DE VAL TENA, A. *La prohibición de concurrencia entre empresario y trabajador*. Tecnos (Madrid), 1996. LÓPEZ ANIORTE, M. C. *La competencia del trabajador con su empresa*. Aranzadi (Pamplona), 1997. NOGUEIRA GUASTAVINO, M. *La prohibición de competencia desleal en el contrato de trabajo*. Aranzadi (Pamplona), 1997.

⁵ TS 26 de enero de 1988 (RJ 1988/54), Fund. Jco. 4.º

⁶ Como ejemplo de estas conductas prohibidas, constitutivas de concurrencia desleal, cfr. entre otras muchas, la sentencia TSJ Aragón 5 de abril de 2004 (Rec. n.º 183/2004) y las sentencias TSJ Madrid 28 de mayo de 2012 (Rec. n.º 966/2012) y 5 de abril de 2022 (Rec. n.º 890/2021). La primera enjuicia la conducta consistente en la constitución por el trabajador de una sociedad mercantil con similar objeto social al de su empresa. La segunda, en relación con una trabajadora de arreglos y tocados que ofreció en Facebook servicios propios de su empleadora. La tercera, en relación con un jefe superior de una entidad de seguros que ofreció, como director de operaciones de una empresa de la competencia, un seguro de protección de pagos de vivienda que ya estaba ofertando su empresa como producto novedoso.

⁷ TS 21 de marzo de 1990 (RJ 1990/2203), Fund. Jco. 4.º

servicios sin consentimiento de su empresario. 2.- Utilización por el trabajador de la experiencia y perfeccionamiento profesional adquiridos en la empresa en beneficio propio y en perjuicio de los intereses de su empresario. 3.- Existencia de actos preparatorios para ese fin ilícito, sin que sean suficientes las meras sospechas de que podría producirse concurrencia desleal. 4.- Existencia de un perjuicio con visos de probabilidad aunque no exista un perjuicio real. 5.- Plena conciencia del trabajador de que con su conducta vulnera obligaciones contractuales frente a su empresario, postergando su deber de lealtad hacia el mismo al interés privado de obtener un beneficio económico⁸. Ahora bien, cualquiera que sea el comportamiento imputado al trabajador, la existencia de concurrencia desleal no puede presumirse sino que deberá acreditarse por el empresario perjudicado⁹. Acreditada la concurrencia desleal, sin embargo, el empresario no tiene por qué demostrar la existencia de un perjuicio real y concreto. Éste puede ser potencial ya que se presume *iuris tantum* que todo trabajo en actividad análoga e idéntica produce perjuicio al empresario¹⁰.

Fuera de los supuestos de concurrencia desleal, la norma igualmente prohíbe el pluriempleo del trabajador o su simultánea actividad por cuenta propia cuando éste haya pactado con su empresario la plena dedicación. Constituyendo este tipo de pacto una clara limitación a su derecho al trabajo y libre elección de profesión u oficio del art. 35.1 CE, el art. 21 ET impone para la concertación de este pacto una serie de cautelas formales y materiales con objeto de que su inserción en el contrato no resulte abusiva. De entre ellas, jugará un papel especial la compensación económica que inexcusablemente debe acompañar al pacto hasta el punto de que su no estipulación o su inserción defectuosa o desproporcionada romperá el sinalagma contractual determinando la nulidad del pacto.

1.2 Configuración jurídica del pacto de plena dedicación o de exclusividad

La concertación de un pacto contractual de plena dedicación o de exclusividad implica la prohibición para el trabajador de prestar servicios para otras

⁸ TSJ Andalucía 28 de abril de 2022 (Rec. n.º 2449/2020).

⁹ CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J. «Pacto de exclusiva y prohibición de competencia». En GOERLICH PESET, J. M.^a (dir.) *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro homenaje a Tomás Sala Franco*. Tirant lo Blanch (Valencia), 2016, p. 390.

¹⁰ ALCÁZAR ORTIZ, S. y DE VAL TENA, A. L. «La responsabilidad del trabajador por incumplimiento del deber de no competencia: criterios jurisprudenciales para determinar la indemnización por daños y perjuicios». *Relaciones laborales* n.º 4, 2014, vol. I. La Ley 1529/2014 (edic. online), p. 4

empresas o, incluso, de desarrollar otra actividad por cuenta propia. Adviértase que el art. 21.1 ET, para determinar el alcance del pacto, remite a los «términos que al efecto se convengan». Por consiguiente, habrá que estar a lo pactado para saber en qué actividades productivas se prohíbe prestar servicios al trabajador (si en una o unas concretas o en cualquiera) y si alcanza a las prestaciones laborales por cuenta ajena, por cuenta propia o a ambas. También habrá que estar, lógicamente, a los términos del pacto para saber si su duración se extiende a toda la vida del contrato de trabajo o solamente a un tiempo determinado.

Si bien se mira, la suscripción de un pacto de plena dedicación o de dedicación exclusiva comporta una doble ventaja para el empleador. Por una parte, le permite evitar tener que acreditar que la eventual actividad laboral desarrollada por el trabajador por cuenta propia o ajena para otra empresa constituye concurrencia desleal pues, como se ha visto, dicho extremo no puede presumirse. Como ha señalado la doctrina, la suscripción de un pacto de plena dedicación representa un ensanchamiento de la prohibición de concurrencia ilícita, reforzándose el cumplimiento de dicha prohibición¹¹. Por otra, debe advertirse que, a diferencia de lo que ocurre con el pacto de no competencia postcontractual, el pacto de plena dedicación ni tiene una duración máxima fijada *ex lege* (ello no obstante, a mi juicio, nada impide que se fije convencional o contractualmente) ni exige al empresario fundamentar su estipulación en un interés comercial o industrial. En otras palabras, el interés legítimo del empresario, en este caso, se presume.

Tratándose de un pacto, la autonomía privada constituye su principal fuente de regulación jurídica (art. 1255 CC). Entre otras consecuencias, ello implica que la plena dedicación solo puede nacer del contrato¹², excepción hecha de determinadas relaciones laborales especiales en las que la plena dedicación viene establecida *ex lege* (art. 8 RD 1382/1985, de 1 de agosto, que regula la relación laboral especial del personal de alta dirección y art. 10.1 RD 1331/2006, de 17 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos).

¹¹ DE VAL TENA, A. L. «Límites legales y convencionales a la libertad de contratación del trabajador». Revista de Trabajo y Seguridad Social, n.º 35, 1995, pp. 57 y 58. ALCÁZAR ORTIZ, S. «El pacto de plena dedicación o de dedicación exclusiva en el Derecho del Trabajo español». *Il Diritto dei Lavori*, n.º 3, 2014, p. 39.

¹² SEMPERE NAVARRO, A. V. «El Tribunal Supremo perfila los pactos de no competencia postcontractual». Revista Aranzadi doctrinal n.º 4, 2009 (edic. online), BIB 2009/645, p. 1. LUJÁN ALCARAZ, J. «La competencia del trabajador con su empresa: obligaciones generales y pactos especiales». *Aranzadi Social* n.º 3, 2009 (edic. online), BIB 2009/457, p. 5.

Ello no obstante, algunas posiciones doctrinales han sostenido que el convenio colectivo puede establecer, con carácter obligatorio, la plena dedicación de determinados puestos de trabajo en el sistema de clasificación profesional siempre que, al tiempo, se prevea una adecuada compensación económica¹³. Con todo, en estos supuestos, a mi juicio no se puede entender que la plena dedicación exista si no se ha previsto en el contrato de trabajo. Deberá, igualmente, consignarse dicho acuerdo en el contrato conforme a las previsiones del convenio colectivo. De no hacerse, procedería aplicar la regla de la nulidad parcial del contrato de trabajo, salvando éste su validez y completándose con la correspondiente previsión del pacto (art. 9.2 ET). Por lo demás, parece razonable entender que una previsión convencional semejante solo regirá para los trabajadores cuya clasificación profesional se sujete a plena dedicación y que hayan sido contratados con posterioridad a la entrada en vigor del convenio colectivo más no respecto de los contratados con anterioridad (art. 2.3 CC).

Nada dice el art. 21.1 ET sobre la forma a que se ha de sujetar la formalización del pacto, salvedad hecha de que la compensación económica debe ser «expresa». En un primer acercamiento, podría pensarse que la norma, con dicha exigencia, está imponiendo la forma escrita. Asimismo, no tendría mucho sentido que el art. 21.4 ET exija la forma escrita para el pacto de permanencia y no haga lo propio para el el pacto de no competencia postcontractual.

Sin embargo, bajo mi punto de vista, el silencio normativo permite predicar la libertad de forma (escrita o verbal) del pacto con fundamento en el principio espiritualista de libertad de forma del art. 1278 del Código Civil, conclusión con la que sintoniza la mayoría de la doctrina¹⁴.

Si bien se mira, la mención del precepto al carácter expreso de la compensación no parece hacer referencia tanto a su carácter escrito cuanto a la necesidad de singularizar de dicha compensación dentro del conjunto de los componentes salariales de la retribución del trabajador¹⁵. De hecho, algún pronunciamiento de la jurisprudencia ha avalado la existencia del pacto de plena

¹³ DURÁN LÓPEZ, F. «Pacto de no concurrencia y de permanencia en la empresa». En BORRAJO DACRUZ, E. (dir.) *Comentarios a las leyes laborales*. vol. VIII. EDESA (Madrid), 1988, pp. 181 y ss. DE VAL TENA, A. L. «Límites legales y convencionales a la libertad de contratación del trabajador», *op. cit.*, p. 59. LÓPEZ ANIORTE, M.^a C. *La competencia del trabajador con su empresa*, *op. cit.*, p. 73. ALCÁZAR ORTIZ, S. «El pacto de plena dedicación o de dedicación exclusiva en el Derecho del Trabajo español», *op. cit.*, p. 40. GARCÍA QUIÑONES, J. C. «El deber del trabajador de no concurrencia desleal», *op. cit.*, p. 164.

¹⁴ DURÁN LÓPEZ, F. «Pacto de no concurrencia y de permanencia en la empresa», *op. cit.*, p. 184. LÓPEZ ANIORTE, M.^a C. *La competencia del trabajador con su empresa*, *op. cit.*, pp. 72 y 73.

¹⁵ DURÁN LÓPEZ, F. «Artículo 21. Pacto de no concurrencia y de permanencia en la empresa», *op. cit.*, p. 184. ALCÁZAR ORTIZ, S. «El pacto de plena dedicación o de dedicación exclusiva», *op. cit.*, p. 40.

dedicación partiendo de la inclusión de la compensación económica en el recibo de salarios ¹⁶. En suma, el silencio legal impide deducir la obligatoriedad de la forma escrita. Téngase en cuenta que, de ordinario, cuando ley laboral ha querido sujetar a formalización escrita la concertación de un pacto contractual, así lo ha establecido expresamente. Es el caso, por ejemplo, del pacto de periodo de prueba (art. 14 ET), del pacto de permanencia (art. 21.4 ET) y del propio pacto de plena dedicación en la relación laboral especial de artistas en espectáculos públicos (art. 6.4 RD 1435/1985, de 1 de agosto).

Ahora bien, debe advertirse que la no necesidad de formalización por escrito del pacto no impide subrayar la conveniencia de dicha formalización en pro de la seguridad jurídica, particularmente la del empresario que es el principal interesado en hacer valer el pacto para poder oponerse lícitamente al pluriempleo del trabajador. Desde este punto de vista, a mi juicio una eventual reforma del régimen legal del pacto debería pasar, entre otros extremos, por la exigencia de la forma escrita.

Por exigencias de los arts. 1261 y 1283 del Código Civil, las partes deberán precisar la delimitación del objeto del pacto que, por tanto, debe ser cierto y determinado. En consecuencia, el pacto debe precisar el alcance de sus términos para que pueda tener eficacia. Para poder estar al tenor literal de sus cláusulas, sus términos deben ser claros y no deben dejar dudas sobre la intención de los contratantes (art. 1281 Código Civil). En este sentido, adquiere una especial relevancia la delimitación de su objeto que, como se sabe, constituye uno de los presupuestos esenciales para la validez de la cláusula de plena dedicación (arts. 1261.2.º y 1273 Código Civil). A tal efecto, es decisiva una adecuada delimitación de las obligaciones recíprocas de las partes: la plena dedicación o dedicación exclusiva del trabajador, por un lado, y la adecuada compensación económica a cargo del empresario, por otro. Con respecto a la primera, el pacto puede, lógicamente, delimitar su ámbito funcional estableciendo el sector de actividad, subsector o actividades profesionales cuyo desempeño representaría una trasgresión del mismo.

En cuanto a la obligación contractual del trabajador, es importante que en la cláusula quede meridianamente claro que se restringe durante su vigencia el derecho del trabajador a ejercer por cuenta ajena y/o propia una actividad laboral distinta. En este sentido, la cláusula, para su validez, no debe dar a entender que la misma prohíbe la mera concurrencia desleal pues, como es sabido, dicha obligación ya deriva de la ley (art. 21.1 ET) y su objeto difiere del propio del pacto de plena dedicación. Ello no obstante, si ello acontece, la falta de

¹⁶ TS 3 de junio de 1986 (RJ 1986/3454).

previsión de compensación alguna en el pacto no determinará su nulidad pues no se trataría en puridad de un pacto de plena dedicación¹⁷.

En cuanto a la compensación económica, su estudio se efectuará en el siguiente epígrafe de este capítulo. Ello no obstante, conviene adelantar aquí que la compensación económica constituye el principal presupuesto sustantivo del pacto de plena dedicación. Por ello, su ausencia invalidará el pacto y el trabajador será libre para prestar servicios para otras empresas o por cuenta propia salvo, naturalmente, que pueda apreciarse concurrencia desleal. El fundamento de dicha compensación económica se sitúa en la renuncia del trabajador a su facultad lícita de prestar servicios laborales para otras empresas o por cuenta propia cuando ello no suponga concurrencia desleal. Su cuantía debe estar reconocida expresamente en el contrato y de forma clara y determinada. La norma no establece ningún parámetro para determinar su importe, así que habrá que estar a lo que fijen las partes (y, en su caso, el convenio colectivo) siempre y cuando se trate de una cantidad adecuada y proporcionada. Se volverá más adelante, de forma más detenida, sobre estas y otras cuestiones relacionadas con la compensación económica del pacto.

Uno de los aspectos más dables a plantearse en la praxis de las relaciones laborales concierne a los efectos del incumplimiento del pacto por el trabajador, esto es, qué ocurre si el trabajador vinculado por el pacto de plena dedicación lo transgrede prestando servicios para otra entidad o por cuenta propia durante su vigencia. Parece claro que, como quiera que el art. 21.1 ET posibilita la concertación del pacto *«en los términos que al efecto se convengan»*, habrá que estar a las previsiones efectuadas por las partes en el pacto para estos supuestos de incumplimiento. En defecto de previsión en el pacto, debe regir la regla de la posibilidad de resolución del pacto que es implícita en las obligaciones recíprocas cuando uno de los obligados ha incumplido lo que le incumbe (art. 1124 CC). Por consiguiente, conforme a dicho precepto, el empresario podrá optar por exigir el cumplimiento o, lo que es más viable, la resolución del pacto exigiendo al trabajador el resarcimiento de los daños derivados de su incumplimiento, esto es la restitución de la compensación económica, y el abono de los correspondientes intereses.

En cuanto al plazo para que la empresa o, en su caso, el trabajador pueda ejercitar una acción de resolución o nulidad del pacto de plena dedicación, tratándose de una acción derivada del contrato de trabajo que no tiene señalada

¹⁷ Cfr., en este sentido, la sentencia TSJ Baleares 17 de diciembre de 2004 (Rec. n.º 487/2004) que contempla un supuesto en el que se había acordado la prohibición para el trabajador de prestar servicios dentro del círculo de empresas del sector de su empresario. También, en esta misma línea, TSJ Andalucía 16 de febrero de 2022 (Rec. n.º 1662/2021).

un plazo especial, habrá que estar al plazo de un año de prescripción establecido por el art. 59.1 ET. De ejercitar la acción el empresario, dicho plazo habrá de ser computado desde que el empresario tuviese conocimiento de la prestación de servicios del trabajador, que es el momento en que la acción pudiera ejercitarse (art. 59.2 ET). En cambio, de ser ejercitada la acción por el trabajador, el plazo ha de computarse no desde la fecha en que se estipuló la cláusula sino desde la fecha de terminación del contrato pues la acción se mantiene viva mientras se mantenga el pacto en cuestión¹⁸.

Otro de los elementos que conforman materialmente el régimen jurídico del pacto de plena dedicación es la facultad atribuida al trabajador por el art. 21.3 ET para rescindir el pacto. Para ello, la norma solo impone comunicarlo por escrito al empresario y con un preaviso de treinta días, plazo que, conforme al art. 5.2 CC, debe entenderse referido a días naturales. Dicha facultad unilateral de rescisión atribuida al trabajador pretende, sin duda, poner en valor el derecho constitucional al trabajo del art. 35.1 CE garantizando su ejercicio aun en los supuestos en que se haya concertado un pacto de plena dedicación. Asimismo, tal y como prevé el art. 21.3 ET, de ejercitar el trabajador su facultad resolutoria, perderá «la compensación económica u otros derechos vinculados a la plena dedicación».

1.3 La compensación económica del pacto de plena dedicación: régimen jurídico

Como se ha adelantado, el principal elemento que conforma el pacto de plena dedicación es la obligación de establecer una «compensación económica expresa» a favor del trabajador que suscribe el pacto. También como ya se ha señalado aquí, la obligatoriedad *ex lege* de dicha obligación empresarial de compensación económica reside en la limitación del derecho constitucional al trabajo del art. 35.1 CE que para el trabajador implica la suscripción de un pacto de esta naturaleza. Por esta razón, puede afirmarse, como ya se ha hecho aquí, que la compensación económica constituye el principal presupuesto sustantivo del pacto de plena dedicación o, si se prefiere, su elemento esencial¹⁹.

¹⁸ TSJ Cataluña 13 de marzo de 2001 (Rec. n.º 7475/2000).

¹⁹ SEMPERE NAVARRO, A. V. «El Tribunal Supremo perfila los pactos de no competencia post-contratual», *op. cit.*, p. 2. ALCÁZAR ORTIZ, S. «El pacto de plena dedicación o de dedicación exclusiva en el Derecho del Trabajo español», *op. cit.*, p. 41.

Por ello, su ausencia invalidará el pacto²⁰ y el trabajador será libre para prestar servicios para otras empresas o por cuenta propia.

Una primera cuestión que procede abordar es la relativa a cuál es la naturaleza jurídica de dicha compensación, cuestión, ciertamente, dudosa y poco clara, como ha señalado la propia jurisprudencia²¹. Las hipótesis son, naturalmente, dos: que la compensación revista naturaleza indemnizatoria o, en cambio, que tenga carácter salarial. Como es sabido, de una u otra calificación dependerá, entre otros extremos, que la cuantía de la compensación deba integrarse en la base de cálculo de la indemnización por despido, en las bases de cotización a la Seguridad Social y, en su caso, en la cuantía de las pagas extraordinarias. Amén de que dicho concepto pueda, eventualmente, formar parte de la responsabilidad solidaria establecida por el art. 42 ET sobre «obligaciones de naturaleza salarial» y que pesa sobre las empresas que han concertado una contrata o subcontrata de obras o servicios de la propia actividad de la empresa principal.

Alguna posición de la doctrina ha defendido el carácter indemnizatorio de la compensación en tanto su establecimiento no se corresponde con un trabajo efectivamente prestado sino que pretende suplir la falta de ingresos que el trabajador podría percibir de desarrollar una actividad laboral paralela²².

Si bien eso es cierto, también podría afirmarse que la compensación retribuye las particulares características del puesto de trabajo, en el bien entendido que, de ordinario, en la empresa únicamente interesará al empresario pactar la exclusividad en determinados puestos de trabajo. Por lo demás, el carácter totalizador del concepto de salario que contiene el art. 26.1 ET, sugiere, como se sabe, aplicar la regla de que dicho concepto debe ejercer una *vis* atractiva respecto de las retribuciones cuya naturaleza sea dudosa. Huelga recordar que dicho carácter totalizador presupone una presunción *iuris tantum* de que todo emolumento que percibe el trabajador lo es en concepto de salario²³.

Así las cosas, y aun insistiendo en el carácter dudoso de la cuestión, a mi modo de ver, no resulta descabellado concluir la naturaleza salarial de la com-

²⁰ AN 5 de marzo de 2002 (Rec. n.º 166/2001). TSJ Madrid 11 de marzo de 2022 (Rec. n.º 1179/2021) y 3 de mayo de 2019 (Rec. n.º 1240/2018), TSJ Navarra 25 de junio de 2020 (Rec. n.º 102/2020). TSJ Baleares 17 de diciembre de 2004 (Rec. n.º 487/2004). TSJ Cataluña 13 de marzo de 2001 (Rec. n.º 7475/2000).

²¹ TS 15 de junio de 2015 (Rec. n.º 1833/2014) y 18 de octubre de 2021 (Rec. n.º 379/2018).

²² CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J. «Pacto de exclusividad y prohibición de competencia», *op. cit.*, pp. 392 y 393.

²³ TS 11 de febrero de 2013 (Rec. n.º 898/2012).

pensación tal y como ha sostenido una parte de la doctrina²⁴. Siendo ello así, habría que determinar a qué componente de la estructura salarial responde la compensación del pacto de exclusividad: salario base, complemento salarial y, en este último caso, de qué tipo. Pues bien, excluyendo la posibilidad de concebir la compensación como salario base, pues no se trata aquí de una cantidad abonada por unidad de tiempo o de obra (art. 26.3 ET), la percepción parece poder identificarse con un complemento salarial. Puede suscitarse la duda de si la compensación económica constituye un complemento personal, un complemento en atención al trabajo realizado o un complemento en atención a la situación y resultados de la empresa.

Descartada claramente esta última hipótesis, desde mi punto de vista, no parece que la compensación pueda identificarse con un complemento de tipo personal pues claramente no se vincula a las características profesionales de la persona sino más bien a las condiciones de su prestación de trabajo. En palabras de alguna autorizada posición doctrinal, el origen de la compensación no está tanto en las aptitudes y conocimientos del trabajador para el desempeño del trabajo cuanto en las concretas circunstancias en las que el trabajo debe desarrollarse²⁵.

Algunas posiciones han sugerido la posibilidad de identificar la compensación económica como un complemento de calidad del trabajo pues su abono presupone un mejor desempeño profesional del trabajador al dedicar su fuerza laboral en exclusiva para su empresario. Con todo, desde mi punto de vista, la citada compensación económica parece identificarse mejor con un complemento de puesto de trabajo pues se reconoce en función de las condiciones específicas en las que se desarrolla la prestación laboral. Y es que su abono retribuye el mayor grado de disponibilidad del trabajador, que renuncia a realizar otras actividades profesionales fuera de la empresa, con independencia de las circunstancias personales del mismo y de los resultados de la empresa.

De hecho, la jurisprudencia ha razonado, como ya se ha expuesto aquí, que el complemento de plena dedicación vincula el régimen de dedicación exclusiva del trabajador al desempeño de determinados puestos de trabajo. Y ello de tal forma que, si en el ejercicio de las facultades empresariales de movilidad funcional, el trabajador pasa a desempeñar otro puesto, podría desaparecer el derecho a percibir el complemento²⁶. Por tanto, aunque «no puede

²⁴ DE VAL TENA, A. L. «Límites legales y convencionales a la libertad de contratación del trabajador», *op. cit.*, p. 60. ALCÁZAR ORTIZ, S. «El pacto de plena dedicación o de dedicación exclusiva en el Derecho del Trabajo español», *op. cit.*, p. 41.

²⁵ DURÁN LÓPEZ, F. «Pacto de no concurrencia y de permanencia en la empresa», *op. cit.*, p. 187.

²⁶ TS 27 de julio de 1993 (Rec. n.º 629/1992).

entenderse que exista un criterio terminante y válido para calificar el tipo de compensación que representan las cantidades percibidas por no competir con el empleador durante la vigencia del contrato», la vinculación de la percepción del complemento al desempeño de determinados puestos de trabajo presupone claramente la naturaleza de complemento salarial de puesto de trabajo de la citada compensación²⁷. Dicha conclusión determinará, entre otros efectos, que la compensación económica por plena dedicación no tendrá carácter consolidable en caso de movilidad funcional salvo que otra cosa se acordase en contrato individual o por convenio colectivo (art. 26.3 ET)²⁸.

En cuanto a la forma de consignación de la compensación, ya se ha expuesto aquí la libertad de forma que rige el pacto que, como es lógico, se hace extensiva a sus componentes y, especialmente, al retributivo. Sin embargo, ello no obsta a afirmar la conveniencia de consignar la compensación por escrito, con objeto cumplir con las exigencias de seguridad jurídica y certidumbre que requiere una cuestión tan nuclear y sensible como la retribución inherente al pacto ya que la forma escrita resulta idónea para probar la existencia de dicho componente retributivo y de su cuantía. Además, la exigencia de individualización de la compensación, derivada, precisamente, de la obligatoriedad de su carácter expreso no se compagina bien con su establecimiento a través de un acuerdo verbal. Más todavía cuando la no consignación específica de una compensación por la suscripción del pacto, aparte del resto de conceptos retributivos, permitiría entender la inexistencia del mismo²⁹.

Nada dice el art. 21 ET sobre si el pago de la compensación debe ser periódico junto al resto de sus retribuciones o puede consistir en un pago único a tanto alzado. Ante el silencio de la norma, parecen admisibles ambas modalidades siempre y cuando la cuantía de la compensación sea adecuada y proporcionada con la obligación de exclusiva asumida por el trabajador. Por ese motivo, probablemente, en la generalidad de los casos plantee muchos menos problemas la modalidad de pago periódico frente a la prestación a tanto alzado a menos, claro está, que se trate de una prestación de trabajo por tiempo determinado. Téngase en cuenta que si la compensación ha consistido en un pago único a tanto alzado, podría resultar dudosa la cantidad a devolver por el trabajador de incumplir el pacto o decidir su revocación. No obstante, parecería razonable en estos supuestos sostener que debería restituir la parte proporcio-

²⁷ TS 18 de octubre de 2021 (Rec. n.º 3769/2018), Fund. Jco. 3.º3 y 5. TS 15 de junio de 2015 (Rec. n.º 1833/2014), Fund. Jco. 2.º 5.

²⁸ TS 27 de julio de 1993 (Rec. n.º 629/1992). TSJ Castilla la Mancha 03 de diciembre de 2020 (Rec. n.º 951/2019).

²⁹ CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J. «Pacto de exclusiva y prohibición de competencia», *op. cit.*, p. 392.

nal correspondiente al tiempo de prestación de servicios hasta el momento del incumplimiento o de los efectos de su revocación.

Tampoco nada dice la norma sobre la posibilidad de que la compensación revista la modalidad de pago en especie. A mi juicio, aunque lo más frecuente sea pactar que la compensación económica se efectúe en dinero, nada impide que ésta consista en una prestación en especie. A tal efecto, no parece existir mayor inconveniente en que se acuerde expresamente dicha modalidad de compensación y el empresario ponga a disposición del trabajador cualquier bien o servicio distinto del dinero, evaluable económicamente, para su uso y disfrute, siempre que su valor no supere el 30% del salario del trabajador tal y como exige el art. 26.1 ET.

Debiendo la compensación económica ser establecida por las partes, estas pueden también establecer su régimen jurídico, incluso decidir sobre su carácter absorbible y compensable con independencia del carácter homogéneo o no de los conceptos con los que pueda aplicarse la regla del art. 26.5 ET³⁰.

En cuanto a la cuantía de la compensación, habrá que estar a la pactada por las partes, tal y como sugiere el art. 21.1 ET cuando exige estipular la plena dedicación «mediante compensación económica expresa».

Si las partes no consensuan la cantidad correspondiente, no podrá nacer el pacto de plena dedicación (art. 1261.1.º Código Civil). No parece, además, posible que, en caso de discrepancia, dicha cuantía pueda ser fijada por el juez de lo social pues el art. 21.1 ET es claro a la hora de remitir a «los términos que al efecto se convengan». La única opción donde dicha determinación por el juzgador sería posible es en aquellos casos en que el pacto de plena dedicación fuese impuesto por el convenio colectivo para el desempeño de determinados puestos de trabajo³¹ pues, la falta de acuerdo de las partes impediría al trabajador concertar el contrato de trabajo por indeterminación de su objeto (arts. 1261.2.º y 1273 Código Civil).

Por lo demás, aunque la norma no exige, tal y como si hace el art. 21.2 b) ET respecto del pacto de no competencia postcontractual, que dicha compensación económica sea «adecuada», es evidente que, por exigencias del deber general de buena fe, dicho requisito es invocable aquí también, sin necesidad de argumentar la aplicación analógica de este último precepto. Por tanto, la cuantía de la compensación debe ser adecuada entendiendo por tal presump-

³⁰ TSJ Asturias 12 de septiembre de 2014 (Rec. n.º 1554/2014), que admitió la validez del pacto contractual de absorción y compensación entre el complemento de plena dedicación y los quinquenios.

³¹ DE VAL TENA, A. L. «Límites legales y convencionales a la libertad de contratación del trabajador», *op. cit.*, p. 60. ALCÁZAR ORTIZ, S. «El pacto de plena dedicación o de dedicación exclusiva en el Derecho del Trabajo español», *op. cit.*, p. 41.

to la necesidad de que sea proporcional a la restricción del derecho del trabajador al pluriempleo durante la vigencia del pacto.

Para determinar dichas exigencias de suficiencia y proporcionalidad, parece lógico estar a elementos de comparación o contraste tales como el alcance funcional del pacto (si comprende cualesquiera oficios o solamente algunos determinados), su duración, el porcentaje que dicha compensación representa sobre el resto de retribución del trabajador y sobre la eventual indemnización que hubiese podido ser pactada para el caso de incumplimiento por el trabajador del pacto³². Asimismo, constituyendo la compensación económica un elemento sustantivo del pacto de plena dedicación, la insuficiencia de su cuantía debe conducir, inexorablemente, a la nulidad del pacto, tal y como ha reconocido la doctrina judicial³³. Por consiguiente, en los supuestos en que se evidencie la insuficiencia de la cuantía fijada como compensación, el ejercicio de una actividad profesional paralela por el trabajador no constituirá un incumplimiento del pacto de plena dedicación.

Por lo demás, aunque la naturaleza contractual del pacto invita a que la compensación económica responda exclusivamente a un acuerdo bilateral, no parece existir mayor inconveniente en que la autonomía colectiva, al amparo del art. 85.1 ET, establezca, si no cuantías concretas, parámetros para que las partes puedan establecer la correspondiente compensación (v.gr. un determinado porcentaje sobre el salario anual o mensual). En tal caso, las partes podrán, naturalmente, fijar una cuantía igual o superior a la establecida convencionalmente (art. 3.1 c) ET). Asimismo, a mi juicio, nada impide que el convenio colectivo regule aspectos tales como la forma de remuneración de la compensación, los efectos de su falta de abono o pago extemporáneo y el procedimiento para su restitución en caso de incumplimiento del pacto por el trabajador o de que proceda a su rescisión.

Otra cuestión que hay que plantearse es la concerniente a los efectos del incumplimiento del pacto por el trabajador. Como es sabido, el incumplimiento de la obligación de no concurrencia desleal comporta, de suyo, el acaecimiento de la responsabilidad disciplinaria del trabajador incluido, en su caso, el despido con fundamento en el art. 54.2 d) ET.

Con todo, a mi juicio, a la luz del rango constitucional de la libertad de trabajo reconocida a este último en el art. 35.1 CE, no parece razonable asociar también responsabilidades disciplinarias al eventual incumplimiento por el

³² Estos fueron, fundamentalmente, los elementos tenidos en cuenta por la sentencia TS 18 de octubre de 2021 (Rec. n.º 3769/2018) para razonar la nulidad del pacto de no competencia postcontractual formalizado por las partes.

³³ Sentencia TSJ Madrid 24 de enero de 2006 (Rec. n.º 4399/2005).

trabajador del pacto de plena dedicación cuando éste no constituya competencia desleal. No hay que olvidar que el pacto de plena dedicación impide al trabajador el desempeño de actividades profesionales que, de no haberse concertado dicho pacto, serían completamente lícitas. Desde este punto de vista, difícilmente podría calificarse el mero incumplimiento del pacto, en sí mismo considerado, como una trasgresión de la buena fe contractual a los efectos del art. 54.2 ET. Ello, claro está a menos que, además del mero incumplimiento del pacto, pudiera apreciarse en la conducta del trabajador mala fe evidenciada por comportamientos insidiosos, desleales o engañosos con claro perjuicio al empresario. En este sentido, algunas posiciones doctrinales han contemplado la hipótesis de la responsabilidad disciplinaria del empresario en términos restrictivos, siendo viable solamente cuando pudiese ser apreciada la gravedad y culpabilidad³⁴ del incumplimiento, reveladas por una conducta engañosa y contraria a la buena fe³⁵.

Amén de ese posible escenario de responsabilidad disciplinaria, como ya se ha adelantado en estas páginas, como quiera que el pacto se ha de concertar «en los términos que al efecto se convengan» entre las partes (art. 21.1 ET), habrá que estar a las previsiones efectuadas por las mismas para estos supuestos de incumplimiento. En defecto de previsión en el pacto, debe regir la regla de la posibilidad de resolución que es implícita en las obligaciones recíprocas cuando uno de los obligados ha incumplido lo que le incumbe (art. 1124 CC). Por consiguiente, conforme a dicho precepto, de ser el trabajador el incumplidor, el empresario podrá optar por exigir el cumplimiento o, lo que es más viable, la resolución del pacto exigiendo al trabajador, en su caso, el resarcimiento de los daños derivados de su incumplimiento con fundamento en el art. 1101 del Código Civil. La resolución del pacto comprenderá, además, en la generalidad de los casos, la obligación del trabajador de restituir al empresario la compensación económica percibida. La cuantía objeto de devolución, por exigencias de equidad (art. 3 Código Civil) no debe alcanzar a toda la compensación económica percibida sino a las cantidades devengadas a partir de la fecha del incumplimiento junto con sus correspondientes intereses³⁶.

³⁴ Sobre el presupuesto de la gravedad en estos contextos, cfr. AGRA VIFORCOS, B.: «La gravedad de la competencia desleal como requisito de necesaria concurrencia para imponer la sanción de despido», *Relaciones Laborales*, n.º 2, 2003, pp. 339 y ss.

³⁵ LÓPEZ ANIORTE, M.ª C. *La competencia del trabajador con su empresa*, *op. cit.*, p. 81. GARCÍA QUIÑONES, J. C. «El deber del trabajador de no concurrencia desleal», *op. cit.*, p. 162. Este último autor, extiende, además, la responsabilidad disciplinaria al supuesto en el que no se hubiese previsto en el pacto de plena dedicación la responsabilidad indemnizatoria por su incumplimiento.

³⁶ TSJ Cataluña 26 de marzo de 2010 (Rec. n.º 8036/2008).

Dado que el ámbito objetivo del pacto se sitúa fuera de los supuestos de concurrencia desleal, resulta difícil imaginar que, junto al anterior resarcimiento, pueda el empresario exigir una indemnización adicional por los perjuicios asociados a la conducta del trabajador pues, como antes se dijo, ni siquiera la concurrencia desleal exige la realidad de un perjuicio demostrable para apreciar su existencia. Por dicha razón, no habría que descartar la posibilidad de que las partes hubiesen incorporado al pacto una cláusula penal que exigiese el pago al empresario de determinada cantidad en caso de incumplimiento del pacto por el trabajador. En tal caso, dicha cantidad sustituiría la indemnización de daños (art. 1152 del Código Civil). Sin embargo, fuera de ese concreto supuesto, la viabilidad de la reclamación de indemnización por daños exigirá del empresario la acreditación pormenorizada del perjuicio sufrido por la conducta del trabajador. Por ejemplo, la pérdida de ganancia para éste derivada de la no ejecución por el trabajador de determinados cometidos como consecuencia de hallarse pluriempleado³⁷.

Por el contrario, si es el empresario el que incumple el pacto no abonando la correspondiente compensación económica o, en su caso, abonando una compensación notoriamente inadecuada, el trabajador podrá, como es lógico y también en cumplimiento de la regla del art. 1124 CC, reclamar las cantidades salariales debidas o, alternativamente, entender resuelto el pacto de plena dedicación recuperando su libertad de trabajo, con abono de intereses en ambos casos. Incluso, también en ambos casos, el trabajador podría solicitar una indemnización por los daños y perjuicios asociados al incumplimiento del pacto por el empresario si bien dichos daños no se pueden presumir y la viabilidad de su reclamación se supeditaría al hecho de que aquel acreditase en juicio su realidad. Piénsese, entre otros supuestos posibles, en aquellos en los que el trabajador, durante la vigencia del pacto de plena dedicación, hubiese recibido una o más ofertas de empleo que se hubiese visto obligado a rechazar como consecuencia de la restricción a la libertad de trabajo inherente al cumplimiento de dicha obligación contractual.

Por último, la compensación económica percibida por el trabajador deberá ser restituida al empresario no solamente en caso de incumplimiento por aquel del pacto de plena dedicación. También procederá dicha restitución en el caso de ejercitar su facultad legal de libre resolución del pacto en los términos del art. 21.3 ET. Ello no obstante, la referencia a la pérdida de la compensación

³⁷ En este sentido, DE VAL TENA, A. L. *La prohibición de concurrencia entre empresario y trabajador*, *op. cit.*, pp. 24 y 25. ALCÁZAR ORTIZ, S. y DE VAL TENA, A. L. «La responsabilidad del trabajador por incumplimiento...», *op. cit.*, p. 6.

económica que el precepto atribuye al ejercicio de dicha facultad resolutoria, lógicamente, no debe entenderse extensiva a todas las cantidades percibidas por el trabajador por la suscripción del pacto, sino solamente a aquellas que se devenguen desde la fecha de efectos del escrito de revocación dirigido al empresario. Por tanto, habrá que computar, a efectos del descuento, las cantidades devengadas no desde la fecha de comunicación al empresario, sino de la fecha de terminación del preaviso de dicha comunicación.

2. COMPENSACIÓN ECONÓMICA DEL PACTO DE NO COMPETENCIA PARA DESPUÉS DE EXTINGUIDO EL CONTRATO DE TRABAJO

2.1 Planteamiento

Junto al pacto de plena dedicación, el art. 21.2 ET regula el «pacto de no competencia para después de extinguido el contrato de trabajo», condicionando su válida concertación al cumplimiento de unos requisitos sustantivos y a una duración máxima.

Como es sabido, la prohibición de concurrencia desleal del art. 21.1 ET cesa en cuanto finaliza la relación laboral por cualquiera de las causas de extinción del contrato de trabajo establecidas en nuestro ordenamiento jurídico (art. 49.1 ET). Ello no obstante, nuestra legislación laboral permite, a través de un acuerdo de las partes, llevar dicha prohibición más allá de la ruptura del vínculo contractual con objeto de proteger, en beneficio de la empresa, su legítimo interés comercial o industrial. De esta forma, el pacto de no competencia postcontractual supone, al igual que el pacto de plena dedicación, una limitación del derecho al trabajo de la persona trabajadora (art. 35.1 CE). Y es que, a través del mismo, esta última se compromete, tras la extinción del contrato de trabajo, a no ejercer actividades que puedan entrar en competencia con la empresa con la que mantuvo su vínculo laboral.

Antes de detenerse en el análisis del presupuesto legal de la compensación económica y su suficiencia, conviene efectuar un ligero bosquejo sobre los aspectos más elementales del régimen jurídico del pacto de no competencia postcontractual. Y ello porque estos últimos tienen una clara incidencia directa en el régimen legal de la citada compensación económica, amén de que contribuyen decisivamente a enfocar y dar solución a los distintos problemas interpretativos y aplicativos que se pueden plantear en relación con la misma.

2.2 Configuración jurídica del pacto de no competencia postcontractual

El fundamento de la posible inserción contractual de este pacto responde a la necesidad de proteger los intereses empresariales frente a la posible utilización por el trabajador de conocimientos, información o formación adquirida durante la relación laboral en beneficio de empresas competidoras o para su empleo por cuenta propia. En este contexto, el pacto de no competencia postcontractual se enmarca dentro de las cláusulas que buscan proteger el *know-how* y los activos intangibles de las empresas, especialmente en sectores con alta especialización o en los que el eventual acceso a información sensible por los competidores constituye un elemento estratégico para las primeras. Por este motivo se ha afirmado que, a priori, el mayor interesado en la suscripción del pacto es el empresario (algo afirmable también respecto del pacto de plena dedicación) pues así consigue verse protegido frente a eventuales actuaciones competitivas de una persona que ha pertenecido a su organización productiva y que, en consecuencia, ha podido tener acceso a información privilegiada y ha tenido acceso a determinados proveedores y clientes³⁸.

Desde una perspectiva jurídica, y al igual que el pacto de plena dedicación, el pacto de no competencia postcontractual plantea un equilibrio entre la protección de los legítimos intereses de la empresa y el derecho al trabajo y a la libre elección de profesión o actividad del trabajador, consagrado en el art. 35 CE.

Por ello, su validez y eficacia están sometidas a estrictos requisitos que buscan garantizar su proporcionalidad y evitar restricciones abusivas. En este sentido, el art. 21.2 ET establece que el pacto solo será válido si concurren tres condiciones esenciales. En primer lugar, que su vigencia esté sujeta a una duración máxima de dos años para los técnicos y de seis meses para el resto de los trabajadores. En segundo lugar, que la empresa tenga un interés comercial o industrial efectivo que justifique la limitación del derecho al trabajo de la persona trabajadora. Y, por último, que el trabajador reciba una compensación económica adecuada a cambio de su compromiso de no competencia.

La aplicación en la práctica de estos presupuestos de validez del pacto ha venido generando múltiples cuestiones interpretativas que han sido objeto de análisis doctrinal y jurisprudencial.

El alcance temporal del pacto de no competencia pretende evitar restricciones indefinidas que puedan afectar desproporcionadamente a la capacidad

³⁸ TALENS VISCONTI, E. «Artículo 21. Pacto de no concurrencia y de permanencia en la empresa». En BLASCO PELLICER, A. (dir.) *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*. Tirant lo Blanch (Valencia), 2023, p. 410.

del trabajador para reincorporarse al mercado laboral. Está por ver, sin embargo, si la superación de los citados límites determina o no la nulidad del pacto. Jurisprudencia y doctrina judicial se han inclinado por la solución de la nulidad parcial (art. 9.1 ET) de forma que el pacto surte plenos efectos durante el tiempo correspondiente a su duración máxima legal³⁹.

Por su parte, la necesaria presencia de un interés legítimo, comercial o industrial, del empresario plantea el problema de su concreta determinación. En un primer acercamiento, podría pensarse que dicho interés existirá siempre que la actividad concurrente se encuadre en el mismo sector de la actividad productiva desplegada por la empresa de origen del trabajador. De hecho, no han faltado posiciones doctrinales en este sentido⁴⁰. Ello no obstante, si bien se mira, resulta perfectamente posible imaginar dentro de un mismo sector actividades productivas netamente diferenciadas, de tal forma que el ejercicio por parte del trabajador de una de ellas no tiene por qué implicar necesariamente una concurrencia desleal contraria al pacto suscrito. Asimismo, la concurrencia del interés comercial o industrial no debe resultar predicable únicamente de la actividad productiva en sí sino también del concreto puesto de trabajo desempeñado por la persona trabajadora pues la importancia del mismo y el grado de responsabilidad que implique su ejercicio modulará, lógicamente, la intensidad de dicho interés comercial o industrial. Por tanto, el pacto no impone una prohibición absoluta sino relativa en función de la actividad de la empresa, limitada al mismo mercado y círculo potencial de clientes⁴¹. En suma, las circunstancias concurrentes condicionarán la existencia o no del efectivo interés empresarial⁴². Dicho extremo, en cualquier caso, resulta de suma relevancia pues la no acreditación por la empresa de la existencia de ese efectivo interés comercial o industrial, determinará la nulidad del pacto y, consecuentemente, la libertad profesional del trabajador⁴³.

Por lo que respecta a la necesaria compensación económica que ha de acompañar al pacto, como se verá aquí, con frecuencia en la praxis de las relaciones laborales se ha cuestionado en vía judicial su adecuación y proporcionalidad a la restricción impuesta. También ha planteado problemas la determinación de la naturaleza jurídica de la compensación económica, así como de

³⁹ TS 10 de febrero de 2009 (Rec. n.º 2973/2007). TSJ Madrid 30 de noviembre de 2004 (Rec. n.º 4826/2004).

⁴⁰ DE VAL TENA, A. L. «El pacto de no concurrencia en el derecho español». *Temilavoro*, vol. 5, n.º 1, 2013, p. 7.

⁴¹ TS 19 de diciembre de 2013 (Rec. n.º 8/2010). TSJ Comunidad Valenciana 07 de mayo de 2024 (Rec. n.º 969/2023).

⁴² SEMPERE NAVARRO, A. V. «El Tribunal Supremo perfila los pactos...», *op. cit.*, p. 2.

⁴³ TSJ Cataluña 08 de noviembre de 2022 (Rec. n.º 3262/2022).

los efectos de su falta de abono sobre la obligación de no competencia del trabajador.

En cuanto a los aspectos formales, al igual que lo que acontecía con el pacto de plena dedicación, la ausencia de regla expresa permite deducir la libertad de forma, verbal o escrita, amén de que la naturaleza del pacto y la importancia de las obligaciones que conlleva impone *de facto* la forma escrita. Como subrayó tempranamente la jurisprudencia, «una cosa es que no sea necesario que el pacto no sea escrito, y otra que no tenga que ser expreso y probarse el mismo»⁴⁴.

Por lo demás, no parece existir mayor inconveniente en que el pacto pueda formalizarse *ab initio*, con ocasión de la concertación del contrato de trabajo o posteriormente, incluso, con ocasión de su extinción como una estipulación más del recibo de saldo de cuenta y finiquito pues es a partir de ese momento cuando se desplegarán los efectos limitativos de la libertad de trabajo del trabajador⁴⁵. Alguna posición doctrinal, con apoyo en algún pronunciamiento de la doctrina judicial⁴⁶, ha admitido, incluso, la posibilidad de su concertación con posterioridad a la extinción del contrato de trabajo siempre y cuando tenga como causa la relación laboral⁴⁷.

En cualquier caso, se trata de un pacto bilateral (art. 1255 CC) por lo que su nacimiento y concertación se sitúa dentro de la esfera del contrato de trabajo, siendo las partes soberanas para su celebración y, en su caso, modificación o supresión. En este sentido, la jurisprudencia ha sido constante y concluyente cuando ha sostenido que el empresario no puede revocar unilateralmente el pacto, ni siquiera invocando la inexistencia de un interés comercial o industrial, por cuanto ello contravendría el art. 1256 del Código Civil cuando impone que la validez y cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes⁴⁸. La revocación del pacto únicamente sería viable de mutuo acuerdo, con lo que la decisión unilateral del empresario de hacerlo no tendría efecto y no le eximiría del pago de la compensación económica pactada. Por consiguiente, en tales contextos, el trabajador tendría acción para reclamarla más el abono de los correspondientes intereses.

⁴⁴ TS 6 de marzo de 1991 (RJ 1991/1835).

⁴⁵ Como en el supuesto contemplado por la sentencia TS 21 de marzo de 2001 (Rec. n.º 1004/2000).

⁴⁶ TSJ Madrid 15 de octubre de 2021 (Rec. n.º 456/2021).

⁴⁷ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. «El pacto de no concurrencia para después de extinguido el contrato de trabajo: una aproximación jurisprudencial». Revista Trabajo y Empresa, vol. 3, n.º 3, 2024: El cliente en las relaciones de trabajo (monográfico), p. 179.

⁴⁸ TS 24 de septiembre de 1990 (RJ 1990/7042), 02 de julio de 2003 (Rec. n.º 3805/2002), 21 de enero de 2004 (Rec. n.º 1707/2003), 5 de abril de 2004 (Rec. n.º 2468/2003), 15 de enero de 2009 (Rec. n.º 3647/2007) y 8 de noviembre de 2011 (Rec. n.º 409/2011).

Ahora bien, la imposibilidad de revocación unilateral del pacto no significa que el mismo no pueda desplegar plenos efectos cuando el contrato se ha extinguido con ocasión del ejercicio por cualquiera de las partes de su facultad de libre desistimiento durante el periodo de prueba (art. 14 CE). Como ha señalado la jurisprudencia, «la condición resolutoria implícita en el período de prueba hace referencia únicamente a la posibilidad de resolverlo mientras transcurre dicho período por voluntad unilateral de cualquiera de las partes, pero no afecta a la eficacia jurídica de los pactos establecidos para surtir efectos después de extinguido el contrato como ocurre con el pacto de no competencia postcontractual»⁴⁹.

De producirse un incumplimiento del pacto por el trabajador, por cuanto, durante la vigencia del mismo, desarrolla una actividad profesional de interés comercial o industrial para su anterior empresario y en los términos prohibidos por el pacto, habrá que estar a los mismos. Resulta habitual en la praxis de las relaciones laborales que se haya pactado bajo tales circunstancias, la devolución de la compensación percibida por el trabajador. Con todo, dado que el pacto genera obligaciones sinalagmáticas, aun en la hipótesis de que nada se hubiese previsto, el trabajador se vería, igualmente, obligado a restituir la compensación económica percibida con posterioridad al incumplimiento⁵⁰. Amén del legítimo derecho del empleador de dejar de abonar la compensación una vez haya constatado la existencia de dicho incumplimiento. Se volverá sobre este aspecto más adelante.

También resulta habitual, en este sentido, que las partes pacten una cláusula penal fijando el importe de una indemnización a favor del empresario en caso de verificarse un incumplimiento del pacto por el trabajador. Nada hay que objetar a dicha posibilidad toda vez que, conforme al art. 1107 del Código Civil, «los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento». Ello no obstante, su establecimiento se sujeta a las mismas exigencias de adecuación y proporcionalidad que rigen para la determinación de la compensación económica que haya de percibir el trabajador por la suscripción del pacto.

En efecto, la exigencia de la adecuación de la compensación económica que establece el art. 21.2 b) ET permite deducir también una idéntica exigencia de adecuación y proporcionalidad de la reparación que debe efectuar el traba-

⁴⁹ TS 06 de febrero de 2009 (Rec. n.º 665/2008) y 14 de mayo de 2009 (Rec. n.º 1097/2008).

⁵⁰ Así lo viene reconociendo la doctrina judicial. Cfr., entre otras, TSJ Andalucía 14 de julio de 2022 (Rec. n.º 2312/2020) y TSJ Madrid 15 de octubre de 2021 (Rec. n.º 456/2021).

jador cuando incumpla el pacto de no competencia postcontractual. Dicha exigencia de proporcionalidad viene siendo predicada por la jurisprudencia con objeto de conjurar la realidad de cláusulas penales abusivas y contrarias a las exigencias de buena fe contractual (art 7.2 del Código Civil)⁵¹.

Para determinar la existencia, en su caso, de esa proporción resultará elemental contrastar el importe de dicha cláusula penal con el de la compensación económica percibida por el trabajador por la suscripción del pacto de no competencia postcontractual. En este sentido, resulta ilustrativo señalar que la jurisprudencia ha concluido el carácter desproporcionado de la indemnización pactada a favor del empresario por superar el triple de la cuantía de la compensación económica del trabajador y por ser exigida por el empresario con fundamento en el mero incumplimiento del pacto, pero sin acreditar concretos perjuicios derivados de dicha conducta incumplidora. En cualquier caso, el establecimiento de dichas cláusulas resulta, ciertamente, operativo para el empresario en los escenarios de incumplimiento del trabajador pues, de no haberse previsto nada al respecto, la empresa tendrá la carga de evidenciar los perjuicios derivados de la conducta incumplidora del trabajador para poder cifrar una concreta cuantía indemnizatoria y una eventual condena judicial al pago de su importe.

2.3 La compensación económica: régimen jurídico

Tal y como se ha adelantado, uno de los presupuestos sustantivos del pacto de no competencia postcontractual es, junto a la existencia de un efectivo interés industrial o comercial del empresario, «que se satisfaga al trabajador una compensación económica adecuada» (art. 21.2 b) ET). Por consiguiente, la compensación constituye un requisito constitutivo del pacto cuya omisión determinará inexorablemente su nulidad. Dicho efecto ha sido, asimismo, predicado tempranamente por la jurisprudencia⁵² y por la doctrina científica⁵³.

Ante todo, la compensación económica persigue atenuar el perjuicio irrogado al trabajador por ver limitada durante un tiempo su libertad de trabajo, atemperando, de esta forma, la urgencia de encontrar un nuevo puesto de trabajo⁵⁴. Dada dicha importante función jurídica de la compensación, debe que-

⁵¹ TS 09 de febrero de 2009 (Rec. n.º 1264/2008).

⁵² TS 10 de julio de 1991 (RJ 1991/5880). TSJ Madrid 21 de diciembre de 2015 (Rec. n.º 461/2015), confirmada por TS 29 de enero de 2019 (Rec. n.º 1328/2016).

⁵³ Por todos, NOGUEIRA GUASTAVINO, M. «La problemática jurídica de la compensación económica del pacto laboral de no competencia postcontractual». Estudios financieros n.º 44, 1997, p. 9.

⁵⁴ TS 24 de septiembre de 1990 (RJ 1990/7042) y 5 de abril de 2004 (Rec. n.º 2468/2003).

dar patente que, a través de la misma se compensa el compromiso de no competencia postcontractual y no la prestación de trabajo que el trabajador venía desarrollando. Por tanto, debe consignarse en el pacto de forma «explicita, clara, indubitada o manifiesta»⁵⁵.

Al igual que ha acontecido con la compensación correspondiente al pacto de plena dedicación, es dable plantearse la naturaleza jurídica de la compensación económica correspondiente al pacto de no competencia postcontractual pues puede resultar dudosa y la respuesta a dicha cuestión tiene indudables efectos prácticos.

En un primer acercamiento, concluida la naturaleza salarial de la compensación del pacto de plena dedicación de los art. 21.1 y 21.3 ET podría existir la tentación de llegar a la misma conclusión toda vez que, para el pacto de no competencia postcontractual, el art. 21.2 b) ET también utiliza el término «compensación». Sin embargo, como ha advertido la jurisprudencia, aunque el ET emplee ese mismo término para aludir a la cantidad que ha de compensar la no competencia postcontractual y la contractual, la naturaleza jurídica pudiera no ser la misma en ambos casos⁵⁶.

Alguna posición doctrinal ha sostenido que la compensación reviste naturaleza indemnizatoria cuando se percibe tras la finalización del contrato y naturaleza salarial si se percibe durante su vigencia porque compensa una obligación nacida del contrato de trabajo⁵⁷. Sin embargo, a mi modo de ver, la compensación parece revestir neta y exclusivamente un cariz indemnizatorio toda vez que su percepción se liga al cumplimiento de una obligación que únicamente puede verificarse fuera de la órbita del contrato de trabajo, esto es, tras su extinción. Si bien se mira, dicha obligación económica, aunque nazca del acuerdo bilateral de las partes, no retribuye la prestación de servicios en el sentido del art. 26.1 ET, lo que impide atribuirle carácter salarial.

La doctrina científica, en coherencia con la naturaleza indemnizatoria de la compensación, ha sostenido que resulta crucial que en el pacto dicha compensación se desligue de las percepciones salariales, a riesgo de ser confundidas con estas y, en consecuencia, se entienda inexistente el pacto de no competencia postcontractual⁵⁸. En tales contextos, la inexistencia de compensación específica, distinta del salario, permitirá deducir la inexistencia de pacto y, por ello, aunque el trabajador incurra en competencia postcontractual, no es-

⁵⁵ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. «El pacto de no concurrencia...», *op. cit.*, p. 185.

⁵⁶ TS 18 de octubre de 2021 (Rec. n.º 3769/2018), Fund. Jco. 3.º5.

⁵⁷ PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T. El pacto de no concurrencia postcontractual. Tirant lo Blanch (Valencia), 2005, pp. 57 a 60.

⁵⁸ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. «El pacto de no concurrencia...», *op. cit.*, p. 185.

tará obligado a restituir a la empresa las cantidades que ésta hubiese abonado al trabajador⁵⁹. La jurisprudencia y la doctrina judicial han venido avalando dicha posición predicando sin más la naturaleza indemnizatoria de la compensación económica del pacto de no competencia postcontractual⁶⁰.

Con todo, podría plantearse la duda en aquellos casos en que el pacto consistiese en una simultánea obligación del trabajador de no competencia contractual y postcontractual, percibiendo éste una compensación económica por ambas restricciones. Algún pronunciamiento en suplicación, en atención precisamente a dicha circunstancia y a que el trabajador venía percibiendo la compensación durante la ejecución del contrato de trabajo, concluyó su naturaleza salarial, siendo además dicho pronunciamiento confirmado por el Tribunal Supremo por carencia en el recurso de contenido casacional⁶¹.

En cuanto a los caracteres de dicha compensación y sus presupuestos de validez, la norma solo refiere que ésta deba ser «adecuada», dejando un amplio margen de indefinición para el operador jurídico y para los propios sujetos del contrato de trabajo firmantes del pacto. No por ello, la adecuación de la compensación económica deja de ser un elemento constitutivo del pacto, so pena de nulidad del mismo⁶².

A la hora de valorar la adecuación de la compensación por el juzgador, parece lógico que, entre otros extremos, habrá de estarse, entre otros extremos, a los términos del pacto (si la limitación de competencia es materialmente más o menos amplia) y a su concreta duración (a mayor extensión temporal del pacto, mayor debería ser la compensación). También a la propia cuantía de la compensación en relación con el salario del trabajador y con la propia indemnización que hubiera podido pactarse a favor del empresario en caso de incumplimiento del pacto por el trabajador.

En este sentido la jurisprudencia ha manejado estos factores para concluir la nulidad de un pacto de competencia postcontractual en el que el tiempo pactado fue el máximo fijado en el art. 21.2 ET (dos años), la compensación económica, representada por una percepción mensual, alcanzaba solamente el 1,76% del salario del trabajador, cantidad claramente insuficiente para compensar el sacrificio impuesto al mismo. Por último, la indemnización para el caso de incumplimiento del trabajador se cifraba en seis meses de salario,

⁵⁹ TS 14 de diciembre de 2023 (Rec. n.º 494/2021).

⁶⁰ TS 24 de septiembre de 1990 (RJ 1990/7042), 15 de enero de 2009 (Rec. n.º 3647/2007). TSJ Cataluña 13 de septiembre de 2023 (Rec. n.º 903/2023). TSJ Asturias 26 de julio de 2013 (Rec. n.º 1317/20013). TSJ Madrid 19 de diciembre de 2024 (Rec. n.º 835/2024).

⁶¹ TSJ Comunidad Valenciana 11 de marzo de 2014 (Rec. n.º 75/2014), confirmada por la sentencia TS 15 de junio de 2015 (Rec. n.º 1833/2014).

⁶² TS 12 de abril de 2024 (Rec. n.º 2003/2021).

cuantía que se juzgó desproporcionada en comparación con la compensación económica abonada al trabajador⁶³. También se ha declarado la nulidad de un pacto de competencia postcontractual con la duración máxima de dos años y una compensación económica pactada de cuatrocientos euros de los que la empresa únicamente abonaba doscientos⁶⁴.

Junto a dichos factores, la adecuación y proporcionalidad de la compensación puede ser valorada en función de otros elementos como el tiempo de servicios prestado por el trabajador en la empresa y no solamente el tiempo de duración del pacto⁶⁵. También la inactividad a la que se ve abocado el trabajador mientras busca un nuevo empleo y la merma a las posibilidades reales de colocación del trabajador así como los trastornos que ello le exija⁶⁶. Asimismo, podría ponderarse la causa de la extinción del contrato pues si éste se ha extinguido por despido improcedente (reconocido como tal por el empresario o declarado judicialmente), es, al cabo, el empresario el que activa la cláusula de no competencia colocando al trabajador en una situación con escaso margen de reacción⁶⁷.

Con todo, como ha señalado la doctrina, las anteriores exigencias para la adecuación de la compensación no debe llevar a pensar que ésta debe equipararse por completo a la retribución que venía percibiendo el trabajador durante la vigencia del contrato, por más que el salario sea una referencia obligada⁶⁸. De ser así, podría tildarse de desproporcionada, toda vez que el pacto no implica un sacrificio total de la libertad de trabajo del trabajador ya que éste siempre tendrá un ámbito de actuación profesional residual⁶⁹.

Por otra parte, si bien el pacto tiene una naturaleza contractual y, por consiguiente, la fuente originaria del establecimiento de la compensación económica es la autonomía de la voluntad de los contratantes, no parece existir mayor inconveniente en que el convenio colectivo establezca tanto la cuantía económica de dicha compensación como, en su caso, parámetros para su determinación. Y lo mismo podría decirse respecto de la indemnización a abonar al empresario

⁶³ TS 18 de octubre de 2021 (Rec. n.º 3769/2018), Fund. Jco. 4.º2.

⁶⁴ TS 26 de enero de 2024 (Rec. n.º 2349/2021).

⁶⁵ TSJ Madrid 23 de septiembre de 2014 (Rec. n.º 2070/2013).

⁶⁶ TSJ Comunidad Valenciana 4 de octubre de 2005 (Rec. n.º 546/2005). TSJ País Vasco 15 de noviembre de 2005 (Rec. n.º 1286/2005).

⁶⁷ TSJ Cataluña 16 enero 2024 (Rec. n.º 2703/2023). En el mismo sentido, con cita de este pronunciamiento, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. «El pacto de no concurrencia...», *op. cit.*, p. 187.

⁶⁸ NOGUEIRA GUASTAVINO, M. «La problemática jurídica de la compensación económica...», *op. cit.*, p. 20. DE VAL TENA, A. L. *La prohibición de concurrencia entre empresario y trabajador*, *op. cit.*, p. 31. DE VAL TENA, A. L. «El pacto de no concurrencia en el derecho español», *op. cit.*, p. 8. ALCÁZAR ORTIZ, S. y DE VAL TENA, A. L. «La responsabilidad del trabajador por incumplimiento...», *op. cit.*, p. 9.

⁶⁹ PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T. *El pacto de no concurrencia postcontractual*, *op. cit.*, p. 47.

en caso de incumplimiento del trabajador. De hacerse así, dichas previsiones constituirían mínimos de derecho necesario mejorables pero no regulables *in peius* por el contrato de trabajo (art. 3.1 c) ET). En cualquier caso, la exigencia del «respeto a las leyes» que predica el art. 85.1 ET respecto de los convenios colectivos, obliga a examinar dichas cláusulas convencionales con cautela. Más concretamente, adolecerían de nulidad si no respetasen los presupuestos legales esenciales del pacto de competencia fijados por el art. 21.2 ET: su duración máxima, la existencia de un efectivo interés industrial o comercial del empresario y la adecuación de la compensación económica establecida.

También habrá que estar a lo que hubiesen pactado las partes sobre el momento del pago de la compensación económica. Lo que no cabe duda es que la compensación económica debe ser fijada en el momento de suscripción del pacto, sin que sea posible su fijación para un momento posterior⁷⁰. Si la compensación no está precisada en el pacto, cuanto menos, debe ser determinable y, para ello, debe poder conocerse su cuantía sin necesidad de un acuerdo posterior de las partes (art. 1273 CC)⁷¹. Algún pronunciamiento en suplicación, sin embargo y con criterio discutible, ha admitido la validez del pacto aunque el mismo dejase la determinación de la cuantificación de la compensación económica a un momento posterior a su suscripción⁷².

Tratándose de una obligación que nace para el trabajador a partir de la extinción del contrato, lo más habitual es que el pago se efectúe en ese momento con ocasión de la firma del finiquito. Sin embargo, nada impide pactar el abono con anterioridad a la extinción del contrato, esto es, durante la ejecución de la prestación de trabajo, incluso albergar el pago de en ambos momentos⁷³. Ahora bien, téngase en cuenta que el pago durante la vigencia del contrato puede plantear el problema de la adecuación de la compensación percibida tanto cuando el contrato se extingue al poco tiempo de su concertación (por la exigüidad de su cuantía) como cuando lo hace tras un largo periodo desde su vigencia (por su exceso)⁷⁴.

En cuanto a la forma de la retribución, como nada dice la norma, parecería admisible los pagos tanto en dinero como en especie como una fórmula combinada de ambos. De hecho no resulta infrecuente en la praxis de las rela-

⁷⁰ SEMPERE NAVARRO, A. V. «El Tribunal Supremo perfila los pactos...», *op. cit.*, p. 2. LÓPEZ ANIORTE, M.^a C. *La competencia del trabajador con su empresa*, *op. cit.*, p. 92.

⁷¹ NOGUEIRA GUASTAVINO, M. «La problemática jurídica de la compensación económica...», *op. cit.*, p. 14.

⁷² TSJ País Vasco 15 de noviembre de 2005 (Rec. n.º 1286/2005).

⁷³ TSJ Madrid 11 de enero de 2019 (Rec. n.º 742/2018).

⁷⁴ PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T. *El pacto de no concurrencia postcontractual*, *op. cit.*, pp. 54 y 55.

ciones laborales pactar una compensación consistente en una combinación de retribución y asunción del coste por la empresa de una acción formativa del trabajador⁷⁵. Alguna posición doctrinal, sin embargo ha entendido que el adjetivo de «económica» que establece el art. 21.2 b) ET sugiere que ésta debe ser abonada exclusivamente en moneda de curso legal, amén de que su establecimiento en prestaciones o bienes distintos del dinero podría plantear problemas para la determinación del monto resarcitorio a cargo del trabajador cuando incumpliese el pacto⁷⁶.

También parece plausible admitir tanto el pago único de una cantidad a tanto alzado como el pago periódico mensual (o con vencimientos superior al mes), reflejado en los recibos de salarios. Con independencia de la validez de cualesquiera de las anteriores fórmulas, a mi juicio, lo más operativo es el pago de una cantidad a tanto alzado con ocasión de la extinción del contrato de trabajo por cuanto facilita cifrar la cuantía que debe ser objeto de devolución al empresario en caso de incumplimiento del pacto por el trabajador.

¿Cómo puede reaccionar jurídicamente el trabajador en caso de impago de la compensación económica por el empresario? Ante estos escenarios se debe distinguir los supuestos en que el pacto no ha previsto compensación económica alguna a favor del trabajador por la no competencia postcontractual de aquellos otros en que dicha previsión si fue establecida pero no ha sido objeto de cumplimiento por el empresario.

En el primer supuesto aludido (falta de previsión alguna de compensación económica en el pacto) ya se ha dicho aquí que, dado que la propia existencia de la compensación y la adecuación de su cuantía constituyen uno de los elementos nucleares del pacto, determinantes de su validez, dicho pacto adolecerá de nulidad *ab origine*. En consecuencia, en tales contextos no puede hablarse técnicamente de incumplimiento del pacto por el empresario pues el mismo no podrá producir efectos, sin que ni siquiera el juzgador pueda suplir la omisión de las partes que lo suscribieron⁷⁷. Por consiguiente, el trabajador no tendrá acción para reclamar una indemnización de daños y perjuicios derivado de un pacto que no produce efectos⁷⁸. Adviértase, sin embargo, que en algún supuesto puntual la doctrina judicial, ante la falta de previsión de compensación económica en el pacto, ha admitido la reclamación por el trabajador

⁷⁵ Tal y como aconteció en el supuesto contemplado por la sentencia TS 26 de octubre de 2016 (Rec. n.º 1032/2015).

⁷⁶ PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T. *El pacto de no concurrencia postcontractual*, op. cit., p. 45.

⁷⁷ TS 10 de julio de 1991 (RJ 1991/5880).

⁷⁸ TSJ Madrid 21 de diciembre de 2015 (Rec. n.º 461/2015), confirmada por TS 29 de enero de 2019 (Rec. n.º 1328/2016).

de una indemnización compensatoria, pese a reconocer la nulidad del pacto arguyendo que, no obstante, dicha nulidad no puede ser invocada por el empresario por haber sido el causante de defecto existente en el pacto⁷⁹.

En el segundo supuesto (falta de pago de la compensación acordada en el pacto), conforme al art. 1124 CC, el trabajador podrá, bien reclamar el pago de la compensación económica pactada, más en su caso los intereses devengados, o exigir la resolución del contrato con derecho, en ambos casos, a ser indemnizado por los daños y perjuicios que el incumplimiento pudiera haberle ocasionado (art. 1101 Código Civil)⁸⁰. A mi juicio, dicha doble opción asistirá al trabajador tanto en los supuestos de impago total como parcial de la compensación económica acordada. Desde luego, la opción más expeditiva para éste sería optar por la resolución. Y ello por cuanto, tratándose como se trata aquí de obligaciones sinalagmáticas, el incumplimiento de la principal obligación del empresario (compensar económicamente el pacto) permitiría al trabajador ejercer su libertad de trabajo sin necesidad de tener que acudir a la vía judicial para entender resuelto el pacto. Como recuerda el art. 1124 del Código Civil, «la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe». Adviértase, además, que si el trabajador no ha percibido la compensación económica, el empresario carece de acción para exigir la cláusula penal que hubiese podido pactarse por el incumplimiento del deber de no competencia⁸¹.

Como se ha expresado, conforme a los arts. 1101 y 1124 del Código Civil, cualquiera que sea la opción ejercitada por el trabajador (exigir el cumplimiento o resolver el contrato) tendrá, asimismo, acción para reclamar una indemnización por los daños y perjuicios derivados del incumplimiento del pacto por el empresario. Ahora bien, la existencia de dichos daños no podrá presumirse sino que, al igual que lo que acontecía con el pacto de exclusividad, tendrá que ser acreditada por el trabajador (por ejemplo, evidenciando haber rechazado ofertas de trabajo durante la vigencia del pacto) y cifrar una concreta cuantía en el suplico de su demanda razonando su cuantificación. Además, huelga decir que para

⁷⁹ TSJ Madrid 24 de abril de 2015 (Rec. n.º 62/2015), que condena a la empresa a abonar a un TRABAJADOR 10.000€ en concepto de compensación económica por un pacto mixto de exclusividad y no competencia postcontractual en el que no se había fijado dicha compensación pero sí una cláusula penal con esa misma cuantía para el supuesto de incumplimiento del pacto por el trabajador.

⁸⁰ DE VAL TENA, A. L. *La prohibición de concurrencia entre empresario y trabajador*, op. cit., pp. 33 y 34. DE VAL TENA, A. L. «El pacto de no concurrencia en el derecho español», op. cit., p. 13. PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T. *El pacto de no concurrencia postcontractual*, op. cit., p. 78. ALCÁZAR ORTIZ, S. y DE VAL TENA, A. L. «La responsabilidad del trabajador por incumplimiento...», op. cit., p. 10. Alguna posición doctrinal, admite, incluso el ejercicio simultáneo de ambas acciones. Cfr. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. «El pacto de no concurrencia...», op. cit., p. 189.

⁸¹ TSJ Madrid 22 de enero de 2016 (Rec. n.º 489/2015).

que pueda prosperar dicha acción de daños, el trabajador no debe haber incurrido en competencia en los términos prohibidos por el pacto⁸².

En el supuesto, opuesto, esto es cuando es el trabajador el que ha incumplido el pacto ejerciendo una actividad profesional en los términos prohibidos por el mismo, como antes se adelantó, el empresario podrá, lógicamente, dejar de abonar la compensación económica y el trabajador estará obligado a restituir la que, en su caso, hubiese percibido⁸³. Con todo, por exigencias de proporcionalidad dable es entender que el trabajador, en tales contextos, no deberá restituir la totalidad de la compensación percibida sino únicamente la parte proporcional al periodo del incumplimiento⁸⁴.

También procederá la restitución señalada cuando procediese la declaración de nulidad del pacto, por ejemplo, por la insuficiencia de su cuantía⁸⁵. Y es que, de otra forma, constituiría un enriquecimiento injusto la percepción por el trabajador de una cantidad derivada de un pacto sin causa⁸⁶. Y ello sin perjuicio de cualquier otra previsión que pudiera haberse previsto como cláusula penal conforme al art. 1152 del Código Civil a cuyo tenor «en las obligaciones con cláusula penal, la pena sustituirá a la indemnización de daños y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiere pactado»⁸⁷. Por ende, la previsión de una cláusula penal en el pacto conllevará para el empresario la ventaja de que, ante un escenario de incumplimiento del pacto por el trabajador, no tendrá que acreditar la existencia de un perjuicio ni concretar su cuantía.

Asimismo, en los supuestos en que el pacto no hubiese previsto una cláusula penal a favor del empresario por el incumplimiento del trabajador, sin perjuicio del deber de éste de devolver la compensación en los términos expuestos, también estará sujeto al deber de indemnizar al empresario por los daños y perjuicios ocasionados (arts. 1101 y 1124 Código Civil)⁸⁸. Ahora bien, al igual que acontecía con el pacto de plena dedicación, dichos perjuicios no se pueden presumir sino que tendrán que ser acreditados por el empresario y cifrados en una determinada cuantía constitutiva de su pretensión.

⁸² Tal y como expone, a mayor abundamiento, la ya aquí citada sentencia TSJ Madrid 21 de diciembre de 2015 (Rec. n.º 461/2015).

⁸³ Por todas, TSJ Cataluña 25 de marzo de 2011 (Rec. n.º 1827/2010) y TSJ Baleares 12 de noviembre de 2008 (Rec. n.º 475/2008).

⁸⁴ TS 10 de febrero de 2009 (Rec. n.º 2973/2007). TSJ Madrid 30 de noviembre de 2004 (Rec. n.º 4826/2004).

⁸⁵ TS 12 de abril de 2024 (Rec. n.º 2003/2024).

⁸⁶ STS 20 de junio de 2012 (Rec. n.º 634/2011). TSJ Madrid 25 de noviembre de 2022 (Rec. n.º 576/2022) y 23 de septiembre de 2014 (Rec. n.º 2070/2013).

⁸⁷ TSJ País Vasco 18 de abril de 2006 (Rec. n.º 3062/2005).

⁸⁸ TSJ Madrid 19 de julio de 2006 (Rec. n.º 503/2006). TSJ Comunidad Valenciana 12 de febrero de 2002 (Rec. n.º 3638/1999).

3. CONCLUSIONES

1. Como se ha visto en estas páginas, la obligación empresarial de pago de una compensación económica al trabajador, con ocasión de la concertación de un pacto de plena dedicación o de no competencia postcontractual, plantea muy diversos problemas interpretativos. Fundamentalmente la parquedad de los términos legales en lo que respecta a la misma, y a la configuración del pacto en sí, explica la litigiosidad jurídica asociada al cumplimiento de esta obligación contractual. Y es que, si bien en ambos pactos la compensación constituye el presupuesto sustantivo para su validez, aspectos tales como su naturaleza jurídica, requisitos formales, modalidades de pago, formas de determinación y efectos de su incumplimiento no han sido objeto de regulación por el legislador generando un amplio margen de inseguridad jurídica. Este contexto de vacío regulador ha propiciado una excesiva dependencia de la jurisprudencia y de la doctrina judicial en este ámbito.

2. Un aspecto que resulta manifiestamente mejorable en la regulación de ambos pactos es la ausencia de mención a la obligatoriedad de la forma escrita. Amén de que, en la praxis de la relación de trabajo, la formalización de estos pactos se suele efectuar por escrito, la previsión imperativa de la forma escrita con carácter constitutivo o *ab solemnitate*, propiciaría seguridad jurídica de las partes y facilitaría la individualización expresa y separada de la compensación económica.

3. Otro aspecto respecto del que sería deseable una mayor certidumbre concierne a la naturaleza jurídica de la compensación económica de estos pactos, pues la jurisprudencia no ha sido del todo concluyente. Con respecto al pacto de plena dedicación, si bien, como se ha visto, no faltan argumentos para concluir su carácter salarial, no está nada claro, sin embargo, cuál debe ser la ubicación de este concepto económico dentro de la estructura retributiva, generando problemas aplicativos en los supuestos de movilidad funcional. Por su parte, si bien parece más concluyente la naturaleza indemnizatoria de la retribución de un pacto, como el de no competencia postcontractual, que comienza a producir efectos tras la extinción del contrato de trabajo, parece desdibujar dicho extremo la posibilidad, no tan infrecuente, de que aquella sea abonada durante la ejecución de la prestación de trabajo. Probablemente la instauración, *lege ferenda*, en el art. 21 ET de una presunción legal del carácter salarial de la primera e indemnizatorio de la segunda favorecería la necesitada certidumbre en este ámbito.

4. Otro tanto pudiera decirse de la adecuación y proporcionalidad de la cuantía de la compensación económica. La negociación colectiva pudiera resultar muy operativa a estos efectos. En este sentido, podría resultar interesan-

te introducir en el art. 21 ET una llamada expresa a la autonomía colectiva para la fijación de unos parámetros mínimos orientativos para la determinación contractual de la cuantía de las compensaciones, que permitiese su establecimiento por las partes en atención a factores como la cuantía del salario, la duración del pacto o el alcance de la restricción a la libertad de trabajo impuesta al trabajador. La negociación colectiva, asimismo, pudiera resultar muy operativa para la determinación de aspectos cruciales como la modalidad de pago de la compensación económica, las consecuencias de su impago al trabajador y las cláusulas penales que pudieran establecerse en caso de incumplimiento por éste de su deber de no competencia. La llamada del legislador al convenio colectivo de aplicación resultaría, pues, muy oportuna a tales efectos.

5. Por último, los supuestos de incumplimiento del pacto por el trabajador y de revocación por el mismo del pacto de plena dedicación plantea, como es sabido, plantean problemas relacionados con la cuantía de la compensación que ha de reintegrar el trabajador al empresario. Es notoria, en este sentido, la necesidad de que una eventual reforma legal del art. 21 ET instaure un régimen legal específico para la devolución proporcional de las cantidades abonadas en estos particulares supuestos con objeto de evitar situaciones de desequilibrio a la hora de atender a los intereses de las partes vinculadas por el pacto.

4. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AGRA VIFORCOS, B.: «La gravedad de la competencia desleal como requisito de necesaria concurrencia para imponer la sanción de despido», *Relaciones Laborales*, n.º 2, 2003.
- ALCÁZAR ORTIZ, S. «El pacto de plena dedicación o de dedicación exclusiva en el Derecho del Trabajo español». *Il Diritto dei Lavori*, n.º 3, 2014.
- ALCÁZAR ORTIZ, S. y DE VAL TENA, A. L. «La responsabilidad del trabajador por incumplimiento del deber de no competencia: criterios jurisprudenciales para determinar la indemnización por daños y perjuicios». *Relaciones laborales* n.º 4, 2014, vol. I. La Ley 1529/2014.
- CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J. «Pacto de exclusiva y prohibición de competencia». En GOERLICH PESET, J. M.^a (dir.) *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro homenaje a Tomás Sala Franco*. Tirant lo Blanch (Valencia), 2016.
- DE VAL TENA, A. L. «El pacto de no concurrencia en el derecho español». *Temilavoro*, vol. 5, n.º 1, 2013.
- «Límites legales y convencionales a la libertad de contratación del trabajador». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n.º 35, 1995.
- *La prohibición de concurrencia entre empresario y trabajador*. Tecnos (Madrid), 1996.

- DURÁN LÓPEZ, F. «Pacto de no concurrencia y de permanencia en la empresa». En BORRAJO DACRUZ, E. (dir.) *Comentarios a las leyes laborales*. vol. VIII. Edersa (Madrid), 1988.
- GARCIA QUIÑONES, J. C. «El deber del trabajador de no concurrencia desleal». *Revista trabajo y empresa*, vol. 3, n.º 3, 2024. El cliente en las relaciones de trabajo. Monográfico, p. 141.
- GIL Y GIL, J. L. «La buena fe en el contrato de trabajo». *Revista de Trabajo y de Seguridad Social* CEF n.º 163, 1996.
- LÓPEZ ANIORTE, M. C. *La competencia del trabajador con su empresa*. Aranzadi (Pamplona), 1997.
- LUJÁN ALCARAZ, J. «La competencia del trabajador con su empresa: obligaciones generales y pactos especiales». *Aranzadi Social* n.º 3, 2009 (edic. online), BIB 2009/457.
- MONTOYA MELGAR, A. *La buena fe en el Derecho del Trabajo*. Tecnos (Madrid), 2001.
- NOGUEIRA GUASTAVINO, M. «La problemática jurídica de la compensación económica del pacto laboral de no competencia postcontractual». *Estudios financieros* n.º 44, 1997.
- *La prohibición de competencia desleal en el contrato de trabajo*. Aranzadi (Pamplona), 1997.
- PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T. *El pacto de no concurrencia postcontractual*. Tirant lo Blanch (Valencia), 2005.
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. «El pacto de no concurrencia para después de extinguido el contrato de trabajo: una aproximación jurisprudencial». *Revista Trabajo y Empresa*, vol. 3, n.º 3, 2024: El cliente en las relaciones de trabajo (monográfico).
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. «Contrato de trabajo y autonomía del trabajador». En CRUZ VILLALÓN, J. (dir.) *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras de derecho del trabajo: estudios en homenaje al profesor José Cabrera Bazán*, Tecnos (Madrid), 1999.
- SEMPERE NAVARRO, A. V. «El Tribunal Supremo perfila los pactos de no competencia post-contractual». *Revista Aranzadi doctrinal* n.º 4, 2009 (edic. online), BIB 2009/645.
- TALENS VISCONTI, E. «Artículo 21. Pacto de no concurrencia y de permanencia en la empresa». En BLASCO PELLICER, A. (dir.) *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*. Tirant lo Blanch (Valencia), 2023.

PARTE TERCERA

Equidad retributiva

CAPÍTULO XVIII

LA IGUALDAD DE RETRIBUCIÓN ENTRE HOMBRES Y MUJERES EN LA NORMATIVA DE LA UNIÓN EUROPEA

ROSARIO CRISTÓBAL RONCERO

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Complutense de Madrid

1. LA NORMATIVA EUROPEA SOBRE EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE RETRIBUCIÓN ENTRE HOMBRES Y MUJERES

1.1 Planteamiento general

La dimensión transversal de la igualdad constituye, como señala Montoya Melgar¹, la seña de identidad del Derecho antidiscriminatorio de la Unión Europea. Desde el inicio se ha desarrollado una amplia y variada regulación en el ámbito de la igualdad, especialmente en el entorno laboral. En este sentido, el Derecho de la Unión Europea ha ido desplegando sucesivas acciones normativas, centradas inicialmente en el aspecto retributivo, pero que se han ido

¹ *Igualdad de hombres y mujeres. Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de Mujeres y Hombres.*, Ed. Thomson- Civitas, Madrid, 2007.

ampliado, con posterioridad, a otros ámbitos laborales como el acceso al empleo, la formación profesional o, en general, las condiciones de trabajo.

La igualdad está presente en la agenda de la Unión, desde el comienzo de la década de los setenta del siglo pasado y, en la actualidad, preexiste un notable interés por consolidar el ejercicio real y efectivo este derecho. La Unión Europea ha reiterado en numerosas ocasiones y documentos, la necesidad de la protección de conductas antidiscriminatorias.

La evolución normativa de la UE del principio de igualdad en el ámbito laboral es amplia y variada. Ya en la década de los 70 se señalaba que el principio de igualdad de trato suponía la ausencia de toda discriminación por razón de sexo y desde entonces, dicho principio se ha entendido referido a «la desigualdad de trato injustificada, derivada del hecho de ser mujer u hombre»². Se observa, por tanto, un cambio en las medidas que tratan de asegurar la protección de conductas antidiscriminatorias.

Así, cabe distinguir una primera etapa que conecta directamente con la igualdad de género. Una segunda etapa, que se correspondería con el comienzo de los años 90, en el que la igualdad de género se desarrolla a nivel normativo y se distancia respecto de la conciliación, vinculándose, sobre todo, al mercado de trabajo y la competitividad empresarial, y una tercera etapa, en la que se advierte, de nuevo, una intensificación del principio de igualdad en conexión con la igualdad retributiva, tras la aprobación de la Directiva 2023/970, de 10 de mayo de 2023, por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su cumplimiento. Esta Directiva supone una nueva forma de implicación de la Unión Europea en materia de igualdad, caminando, de una manera más precisa, hacia la igualdad real y efectiva³.

En el desarrollo del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o trabajo de igual se han advertido cambios importantes que mejoran la efectividad del principio en el ámbito de las relaciones laborales. Vale la pena, por tanto, realizar un recorrido por el desarrollo normativo del principio de igualdad de retribución y analizar cómo se ha ido ahormando y configurando este principio dentro del derecho de la Unión Europea.

² MONTÓYA MELGAR, A. (dir.): *Igualdad de hombres y mujeres. Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de Mujeres y Hombres*, cit., p. 58.

³ BALLESTER PASTOR, M. A.: «La Directiva 2023/970 sobre igualdad de retribución entre mujeres y hombres: un poco más cerca de la igualdad real y efectiva», *Brief AEDTSS* 2023, núm. 39, p. 185.

1.2 El desarrollo normativo del principio de «igualdad de retribución» en el Derecho de la Unión Europea

En los primeros años de andadura europea, el Tratado de la Comunidad Económica Europea incorporó con fines exclusivamente económicos el principio de igualdad entre hombres y mujeres referido tan solo a la retribución en el trabajo.

En este primer momento el principio de igualdad retributiva se relacionaba con las medidas conciliatorias. Así, el art. 119 TCE declaraba expresamente la «igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo» y constituía, por tanto, la base jurídica específica para la aprobación de la Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos.

Un año más tarde, el Consejo aprueba la Directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero, relativa a la aplicación de la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesional y a las condiciones de trabajo que extiende la prohibición de la discriminación por razón de sexo, al resto de las situaciones laborales⁴. Otras normas se han ido añadiendo a este bloque normativo antidiscriminatorio la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social; la Directiva 86/378/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1986, relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de Seguridad Social; la Directiva 86/613/CEE del Consejo, de 11 de diciembre de 1986, relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en relación con el trabajo autónomo; La Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre contempla una excepción al principio de igualdad formal que se justifica en razón de la condición biológica de la madre y que viene a evitar la situación discriminatoria que supondría la aplicación de un mismo régimen jurídico a situaciones de hecho diferentes.

A partir de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, la Unión Europea cuenta con nuevos fundamentos jurídicos en el derecho primario que prohíben la discriminación de todo ser humano y asumen la igualdad como uno de los propósitos mismos de la UE (arts. 2, 3.2, 13, y 141 TCE). Los nuevos

⁴ El objetivo era evitar la ventaja competitiva de aquellos Estados cuyos salarios femeninos eran inferiores respecto de los masculinos por un trabajo de igual valor, en PÉREZ CAMPOS, A. I.» Los derechos de conciliación de la vida personal y familiar con el trabajo: evolución legislativa», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 133, 2017 p. 42.

preceptos consagran el principio de igualdad entre hombre y mujer como objetivo fundamental de la Unión y vienen a reconocer la conveniencia de las medidas de acción positiva en los Estados miembros para garantizar la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, «facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales» (art. 141.3 TCE), y precisar que la igualdad de retribución se aplica no sólo a un mismo trabajo, sino a un trabajo de igualdad valor.

El Tratado de Lisboa renueva el Tratado de la Unión Europea (en adelante, TUE) e incluye el nuevo Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE). En ambos textos la igualdad y la no discriminación cobran especial protagonismo. El TUE concibe la igualdad como valor de la Unión y como valor común a los Estados miembros (arts. 2 y 3). Asimismo, asume como una de las finalidades de la Unión, la promoción del valor de la igualdad entre mujeres y hombres.

Por su parte, el TFUE dispone que:

- En todas las acciones de la Unión, debe perseguirse la eliminación de las desigualdades entre las mujeres y los hombres y la promoción de su igualdad y
- En la ejecución de sus políticas y acciones, debe lucharse contra toda discriminación por razón sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual (arts. 8 y 10).

De hecho, el Tratado ha mantenido intacto, en el artículo 157, el contenido del anterior artículo 141, sobre la igualdad retributiva entre hombres y mujeres y la posibilidad de adopción de medidas de acción positiva.

En 2006 se aprueba la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación⁵, que refunde las normas sobre igualdad de trato entre hombre y mujeres⁶.

⁵ No se trata de una norma que realice una considerable aportación a la conciliación entre la vida profesional y familiar, ni cuantitativa ni cualitativamente, sin embargo, sí contienen pequeñas pinceladas al respecto que suponen un importante avance en este sentido.

⁶ DE NIEVES NIETO, N.: *El trabajo de la mujer en el Derecho de la Unión Europea. Del principio de igualdad de trato a la protección de la maternidad*, Aranzadi, 2019, p. 115.

A través de esta técnica de refundición se persiguen dos objetivos de fondo:

- Garantizar la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres con respecto a la retribución, el acceso al empleo, la formación profesional, las condiciones de trabajo y el régimen profesional de Seguridad Social, y
- Asegurar la aplicación del principio de inversión de la carga de la prueba en los casos de discriminación entre hombres y mujeres.

Al tratarse de un instrumento de refundición, su contenido es más extenso que el de las normas precedentes; descansa sobre el principio de igualdad de trato, se configura con carácter transversal e inspira todo el ordenamiento comunitario.

Del articulado de esta Directiva nos interesa, sobre todo, destacar la base jurídica sobre la que se configuran las medidas comunitarias destinadas a garantizar la aplicación del principio de igualdad retributiva. En su texto encontramos más de una decena de artículos, referidos al principio de igualdad de retribución para un mismo trabajo o trabajo de igual valor, establecido en el art. 141 del Tratado y sostenido reiteradamente en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europea; constituyendo un aspecto importante del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres y una parte esencial e indispensable del acervo comunitario⁷.

En este contexto, el art. 4 de la Directiva 2006/54 CE regula la igualdad de retribución a partir de una expresa prohibición de discriminación, que presupone, que a) de un mismo trabajo o un trabajo de igual valor deriva la misma retribución, b) si se utiliza un sistema de clasificación profesional para la determinación de las retribuciones, ese sistema debe basarse en criterios comunes a los trabajadores masculinos y femeninos, excluyendo las discriminaciones por razón de sexo.

Por su parte, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aneja al Tratado de Lisboa de 2007-2009, también ha contribuido al reconocimiento del principio de igualdad. Contiene un capítulo, «Igualdad», en el que se establecen los principios de no discriminación, de igualdad entre mujeres y hombres, y de diversidad cultural, religiosa y lingüística.

⁷ De conformidad con la jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, para apreciar si unos trabajadores realizan un mismo trabajo o un trabajo al que se puede atribuir un mismo valor, se exige que se compruebe si atendiendo a determinados factores (naturaleza del trabajo, condiciones de formación y las condiciones laborales), se puede considerar si estos trabajadores se encuentran en situación comparable. Todo ello para determinar si la retribución inferior que percibe la mujer trabajadora es consecuencia de su sexo, y no de otros parámetros cuantitativos o cualitativos de la valoración del desempeño laboral de la trabajadora.

– Por un lado, el art. 21 prevé un derecho genérico de no discriminación destinado a todos, tanto a las instituciones de la Unión como a los Estados miembros. De manera que cuando apliquen el Derecho de la Unión se les prohíbe utilizar criterios de distinción fundados en caracteres propios del ser humano o en sus circunstancias como la raza, la religión o el sexo.

– Por otro lado, el artículo 23 reconoce que la igualdad entre hombres y mujeres ha de estar garantizada en todos los ámbitos, específicamente en materia de empleo, trabajo y retribución y que tal principio no impide que se puedan adoptar o mantener medidas que ofrezcan ventajas a favor del sexo menos representado.

Así las cosas, llegamos a la etapa actual, protagonizada por la Directiva (UE) 2023/970 del Parlamento y del Consejo, de 10 de mayo de 2025, por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanicismos para su cumplimiento.

Esta Directiva supone una verdadera herramienta en materia de igualdad «que trasciende las declaraciones y reconocimientos generales» y promueve la implicación de las instituciones no sólo en la identificación de situaciones de discriminación en el entorno de trabajo sino también en la fijación de consecuencias jurídicas ante posibles incumplimientos» para garantizar el cumplimiento de transparencia retributiva.

2. LA «TRANSPARENCIA SALARIAL» COMO MECANISMO PARA LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE RETRIBUCIÓN ENTRE HOMBRES Y MUJERES

El parlamento europeo ha solicitado en repetidas ocasiones que la Unión Europea impulse y promueva acciones para mejorar la aplicación de las disposiciones en materia de igualdad. En este sentido, ha reclamado medidas tanto a los Estados miembros, como la Comisión, solicitando la elaboración de disposiciones concretas para aumentar la transparencia salarial⁸.

En este contexto, y ante la constatación de la inadecuada aplicación del principio de igualdad de retribución, referido no solo a su efectivo cumplimiento en la práctica, sino también manifestado en la falta de transparencia retributiva tolerada por algunos Estados miembros, se aprueba la Directiva (UE) 2023/970

⁸ Conclusiones del Consejo EPSCO de junio de 2019, doc. 10349/19.

del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de mayo de 2023, por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su efectivo cumplimiento⁹.

El objetivo de esta Directiva consiste, básicamente, en acotar la persistente aplicación fallida del derecho fundamental a la igualdad de retribución y garantizar el respeto de ese derecho en toda la UE, estableciendo a tal fin medidas que faciliten la transparencia retributiva y empoderen a los trabajadores y a las trabajadoras para hacer valer su derecho a la igualdad de retribución.

La Directiva se fundamenta en el artículo 157.3 TFUE, en virtud del cual se adoptan medidas para garantizar la aplicación del principio de «igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, incluido el principio de igualdad de retribución para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor». Asimismo, se implementan acciones para favorecer la transparencia retributiva dentro de las organizaciones de trabajo.

Tales objetivos se cimentan en los principios de subsidiariedad y proporcionalidad¹⁰.

A) En cuanto al principio de subsidiariedad, cabe recordar que, en un primer momento, el principio de igualdad de retribución en la UE tenía una

⁹ En efecto, se considera que la Directiva es el instrumento jurídico más apropiado para establecer el marco para mejorar la aplicación del principio de igualdad de retribución mediante la transparencia retributiva y refuerce los mecanismos de cumplimiento correspondientes. En ese sentido, la experiencia legislativa de la UE ha demostrado o que una directiva permite acentuar el rigor de las disposiciones vigentes, al mismo tiempo que permite a los Estados miembros cierto margen de discrecionalidad para aplicar los nuevos derechos y obligaciones teniendo en cuenta su contexto nacional. Por otro lado, se ha descartado la posibilidad de modificar o sustituir la Directiva refundida, debido al ámbito de aplicación más amplio de esta, como ya se ha señalado, en cuanto a la lucha contra la discriminación por razón de sexo en el empleo y la ocupación. Se concluyó con acierto que un capítulo independiente sobre transparencia retributiva, con las disposiciones de ejecución correspondientes, no encajaría en la estructura actual de dicha Directiva y resultaría desproporcionado en relación con las disposiciones de la Directiva refundida que regulan otros aspectos de la igualdad de trato entre mujeres y hombres en los asuntos de empleo y ocupación. De ahí que se haya adoptado este enfoque, que es afín al empleado en otros aspectos fundamentales del Derecho de la Unión Europea en materia de empleo y discriminación. Por ejemplo, la Directiva 2014/67/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios y por la que se modifica el Reglamento (UE) n.º 1024/2012, relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior (DO L 159 de 28.5.2014, p. 1) y la Directiva 2014/54/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre medidas para facilitar el ejercicio de los derechos conferidos a los trabajadores en el contexto de la libre circulación de los trabajadores (DO L 128 de 30.4.2014, p. 8).

¹⁰ Confirmadas las dificultades de los Estados miembros para aumentar la transparencia retributiva, la UE, fijando requisitos mínimos comunes, puede lograr, dentro de su ámbito de actuación, dicho objetivo, adoptando medidas de conformidad con los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. 18 Asunto 50/96, *Deutsche Telekom AG / Lilli Schröder*, ECLI: EU: C:2000:72, p. 57.

función esencialmente económica, pues su objetivo era evitar todo falseamiento de la competencia (art. 119 Tratado CEE, posterior art. 141 del Tratado CE y actual art. 151 TFUE). Más adelante, el TJUE añadió que «la finalidad económica *ex* art. 119 Tratado CEE, que consiste en la eliminación de las distorsiones en la competencia entre Estados miembros, reviste un carácter secundario respecto al objetivo social contemplado por la misma disposición que constituye la expresión de un derecho humano fundamental»¹⁸.

En la actualidad, el hecho de que las medidas nacionales de transparencia retributiva sean escasas y estén fragmentadas incrementa el riesgo de falseamiento de la competencia. Se exige la actuación de la UE para garantizar un nivel similar de protección de los trabajadores en toda la Unión y establecer unas condiciones de competencia equitativas para los operadores en el mercado interior.

El principio de subsidiariedad se reconfigura, dando lugar a una Directiva que se caracteriza por ser «una norma de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su cumplimiento»¹¹; de forma que los Estados Miembros deben ajustar las disposiciones que sean necesarias para prever los mecanismos de transparencia retributiva que exige la propia norma comunitaria.

B) Por lo que se refiere al principio de proporcionalidad, recogido en el art.5.4 TFUE, en virtud del cual «el contenido y la forma de acción de la Unión no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados», se respeta escrupulosamente.

- Por una parte, se garantiza que los trabajadores y las trabajadoras tengan derecho a la información que les permite detectar la discriminación retributiva de género y defender su derecho a la igualdad de retribución, y,

- Por otra parte, se tienen en cuenta los costes y las cargas posibles para los empleadores, especialmente las microempresas y las pequeñas y medianas empresas.

Tomando en consideración la diversidad de modelos de mercado laboral existentes en la UE, se requiere que los Estados miembros realicen los ajustes que sean necesarios en su normativa para garantizar la efectividad de las medidas de transparencia retributiva y, en su caso, articulen los mecanismos para su cumplimiento.

En tal sentido, la Directiva UE 2023/970 regula los instrumentos jurídicos para impulsar la aplicación del principio de igualdad de retribución e impedir y corregir las situaciones de discriminación entre hombres y mujeres en

¹¹ BALLESTER PASTOR, M. A.: «La Directiva 2023/970 sobre igualdad de retribución entre mujeres y hombres: un poco más cerca de la igualdad real y efectiva», cit., p. 186.

materia retributiva, mediante el mecanismo de «transparencia retributiva». Sobre este mecanismo se articulan los conceptos de «retribución» e «igual trabajo o trabajos de igual valor» y se establecen los medios para prevenir y evitar la discriminación retributiva por razón de sexo.

Ni la «retribución» ni la noción «igual trabajo o trabajo de igual valor» son nuevas. De hecho, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha jugado un papel muy relevante en la aplicación del principio de igualdad ya que ha contribuido a la interpretación de conceptos esenciales en la igualdad de remuneración entre hombres y mujeres.

2.1 La implantación de la transparencia retributiva dentro de las organizaciones empresariales

Para garantizar el principio el principio de igualdad de retribución, la Directiva ofrece, de modo transversal, una configuración amplia del principio, de modo que se pueda obtener información suficiente y significativa sobre el valor que se le atribuye a los diferentes aspectos que determinan la retribución de las personas trabajadoras y sus diferentes elementos.

La Directiva (UE) 2023/970 trata de identificar y corregir las situaciones que puedan incurrir en diferencias de trato, directas o indirectas, entre personas trabajadoras por razón de sexo cuando se refiere a «puestos de trabajo de igual valor».

Para ello, «refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución por un mismo trabajo o trabajo de igual valor entre hombres y mujeres y la prohibición de discriminación *ex art. 4* Directiva 2006/54, mediante la transparencia retributiva y el refuerzo de los mecanismos para su *efectivo* cumplimiento». Se aspira a identificar y despejar las causas de discriminación directas e indirectas, como consecuencia de una incorrecta valoración del puesto de trabajo.

La transparencia retributiva constituye la piedra angular de la Directiva (UE) 2023/970. No en vano el legislador europeo dedica el capítulo central de la norma comunitaria, Capítulo II (arts. 5-13) para configurar muy detalladamente un sistema que refuerce la dimensión antidiscriminatoria en la materia, en aras de la consecución de la igualdad real y efectiva en el ámbito de trabajo, en especial, en atención al principio de igualdad de retribución entre hombre y mujeres.

La Directiva implanta un sistema de retribución basado en la transparencia, tanto en un estadio previo al empleo, como en el momento de fijación de las

retribuciones y de promoción profesional, que obliga a los Estados miembros a garantizar que la retribución del puesto ofertado se haga pública y que las personas candidatas no pueden ser preguntadas «sobre su historial retributivo en sus relaciones laborales actuales o anteriores» (art. 5. 2 Directiva 2023/970).

En este sentido, se articula la «transparencia retributiva» previa al empleo (art. 5) que viene a garantizar el principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por «trabajo de igualdad valor» en un estadio previo al ingreso de la persona trabajadora en la empresa, facilitando la información necesaria para entablar negociaciones equilibradas y justas sobre su salario antes de formalizar el contrato de trabajo. Es una previsión de especial interés porque la selección es un momento complicado y de posible «vulneración» para los candidatos, en el que, ciertamente, las posibilidades de ejercitar acciones de reclamación son muy limitadas¹².

En todo caso, es evidente que el empresario es titular de la facultad de decidir sobre la contratación de los trabajadores necesarios para la ejecución de su proyecto empresarial, pero tal decisión empresarial debe respetar las normas antidiscriminatorias establecidas en el acervo comunitario europeo¹³. Éstas operan también en la fase precontractual o de empleo, que es la que aquí interesa, dentro de los llamados «tratos preliminares», que se llevan a cabo con el fin de elaborar, discutir y concertar el contrato. Se trata, por tanto, de impedir que la falta de transparencia en la estructura retributiva favorezca las prácticas discriminatorias incluso antes de la celebración del contrato de trabajo. Precisamente, en este punto descansa la importancia de esta previsión legal en tanto que las normas discriminatorias en materia retributiva han actuado siempre a partir de la formalización del contrato de trabajo.

Sin embargo, en este caso, la prohibición de discriminar rige *ex ante* y extiende la transparencia retributiva al momento previo a la contratación en aras de la consecución del principio de igualdad retributiva incluso antes de que llegue a nacer el contrato de trabajo. Se establecen unas pautas concretas de actuación, en las que se requiere el empleador:

– Por un lado, indique «la retribución inicial» o la «banda retributiva inicial», basadas en criterios objetivos y neutros con respecto al género correspondiente al puesto o empleo específico al que aspira la futura persona trabajadora¹⁴.

¹² BALLESTER PASTOR, M. A.: «La Directiva 2023/970 sobre igualdad de retribución entre mujeres y hombres: un poco más cerca de la igualdad real y efectiva», cit., p. 186.

¹³ Nada impide, sin embargo, la capacidad de negociación del empleador, del personal o de los interlocutores sociales para convenir un salario que se halle fuera de la banda indicada.

¹⁴ Esta información podrá en el anuncio de una vacante de empleo o a través de otro medio, antes de la entrevista de trabajo, sin que el aspirante tenga que solicitarla (por ejemplo, en la invitación a la entrevista o mediante comunicación directa por los interlocutores sociales).

– Por otro, informe de las disposiciones pertinentes del convenio colectivo de aplicación al puesto al que aspira el futuro trabajador/a.

A partir de la incorporación del mecanismo de la «transparencia retributiva» se van desbrozando otras formas de manifestación que facilitan la identificación de posibles situaciones de discriminación. En este sentido, se incorpora otro elemento de transparencia en las políticas de fijación de las retribuciones y de formación profesionales (art. 6) con el objetivo de garantizar la neutralidad de género en la fijación de las retribuciones y en la promoción profesional. Esta disposición obliga a los empleadores a poner a disposición del personal una descripción de los criterios neutros con respecto al género utilizados para determinar su retribución y su promoción profesional. Esta exigencia conecta estrechamente con los conceptos «mismo trabajo» y «trabajo de igual valor», que analizaremos más adelante, que tratan de establecer los mimbres que aclaran los aspectos que deben coincidir para que se considere que, efectivamente, los trabajos tienen el mismo valor.

La exigencia de transparencia retributiva que opera antes y durante el desarrollo del contrato de trabajo e incluso en una posible situación de promoción profesional, descansa necesariamente sobre el derecho de los trabajadores a obtener la información necesaria para que puedan determinar si su retribución es discriminatoria o no. En efecto, la Directiva plantea un derecho de información general (art. 7) que viene a intensificar el carácter reforzado que ha de tener la transparencia, utilizando, a este respecto, el término «evaluación retributiva conjunta» (art. 10).

Este derecho de información general descansa sobre la Recomendación de la Comisión Europea, de 7 de marzo de 2014, referido el refuerzo del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres a través de la transparencia¹⁵, y recoge, en líneas generales, el contenido del texto europeo. Se diseña un sistema retributivo transparente, consistente en recibir información sobre el «nivel retributivo» individual y sobre el «nivel retributivo medio», desglosado por sexo para la categoría de trabajadores que realicen el mismo trabajo o un trabajo de igual valor que ellos.

Este procedimiento de acceso a la información adecuada se complementa con la definición precisa de los aspectos relevantes en la conceptualización de los términos «trabajo de igual valor». Este derecho a ser informado alcanza a todos los trabajadores de la empresa, lo que significa que todas las empresas están obligadas a incorporar la información salarial referida de toda la planti-

¹⁵ DOUE 08-03-2020, L 69/112.

lla ¹⁶, que no podrá ser utilizada con fines distintos de la defensa de su derecho a la igualdad de retribución por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor, ni tampoco podrá ser difundida con otro propósito (art. 7.6 Directiva 2023/970).

Así, los trabajadores tienen derecho a recibir información sobre su «nivel retributivo» individual y sobre el «nivel retributivo medio» desglosado por sexo entre las categorías de trabajadores que realicen el mismo trabajo o un trabajo de igual valor.

Junto a este derecho de información general, la Directiva prevé otro, específico, que se concreta en el derecho de información sobre la brecha retributiva entre trabajadoras y trabajadores. En efecto, la obligación de transparencia también implica un derecho de información concreto y definido, referido a varios aspectos de la brecha retributiva entre trabajadores y trabajadoras, que va desde la brecha retributiva de género [art. 9.1 a) Directiva 2023/970] hasta la brecha retributiva de género por categoría de trabajadores, desglosada por salario o sueldo base ordinario y por componentes complementarios o variables [art. 9.1 g) Directiva 2023/970]. Además, esta concreta información se ha de publicitar más allá de la propia empresa, en tanto que se establece la obligación de que la brecha retributiva se divulgue en la página web de la compañía o por otros medios (art. 9 Directiva 2023/970).

Esta obligación, que incumbe solo a las empresas que cuenten más de 250 trabajadores, debe incorporar toda la información salarial de la plantilla, y más concretamente, la «brecha retributiva de género» [art. 9.1 a) Directiva 2023/970] y la «brecha retributiva de género mediana» [art. 9.1 c) Directiva 2023/970] entre todas las trabajadoras y trabajadores en relación con el salario, los componentes complementarios o variables [art. 9.1 d) y e) Directiva 2023/970]. En concreto, las empresas han de facilitar la información sobre la media aritmética y mediana de lo realmente percibido en un año natural por salario base, complementos y cada una de las percepciones extrasalariales desglosadas por sexo, en cada categoría profesional, nivel y puesto.

De igual modo, los representantes legales de los trabajadores, la ITSS y el organismo de igualdad tendrán derecho a solicitar al empleador aclaraciones sobre cualquier dato publicado, incluidas las oportunas explicaciones sobre cualquier diferencia retributiva de género, en cuyo caso, el empresario deberá responder, motivadamente, en un plazo razonable.

¹⁶ La norma comunitaria no especifica a qué trabajadores alcanza esta información salarial, pero, en principio, parece que también estarían incluido el personal directivo y los altos cargos. Con todo, se concede cierta flexibilidad a las microempresas en el cumplimiento de esta obligación, en cuanto a la forma en que cumple esta obligación habida cuenta del tamaño de la empresa, determinado en función del número de empleados.

En caso de incurrir en diferencias retributivas de género, que no estén justificadas por factores objetivos y neutros con respecto al género, el empresario deberá corregir la situación «en estrecha cooperación con los representantes del personal, la inspección de trabajo y/o el organismo de igualdad (art. 9.10 Directiva 2023/970)». En este sentido, la norma comunitaria establece unos mínimos de actuación, de forma que serán los Estados miembros los que determinen los cauces de procedimiento para articular la cooperación con los representantes legales de los Trabajadores.

Con acierto se ha afirmado la «capacidad correctora y disuasoria» que presenta la difusión de la brecha retributiva en la web o en otros medios de divulgación, pero, sobre todo, confirma «la identificación de estereotipos» y, en cierta manera, la implicación social de la Unión Europea en la lucha discriminatoria y en el fortalecimiento de la senda hacia la igualdad real y efectiva¹⁷.

Como ya se ha adelantado, la Directiva también prevé, en su art. 10, la obligación del empresario de realizar una «evaluación retributiva conjunta», —en la que también intervendrán los representantes legales de los trabajadores—, en caso de incurrir en diferencias retributivas, cuando se cumplan todas las condiciones siguientes:

- a) Que la información presentada en relación con las retribuciones demuestre la existencia de una diferencia en el nivel retributivo medio de las trabajadoras y los trabajadores de al menos el 5 % en cualquier categoría de trabajadores;
- b) que el empleador no haya justificado esa diferencia en el nivel retributivo medio sobre la base de criterios objetivos y neutros con respecto al género;
- c) que el empleador no haya subsanado esa diferencia injustificada en el nivel retributivo medio en los seis meses siguientes a la fecha de presentación de la información sobre las retribuciones.

La responsabilidad de la empresa será detectar, subsanar y evitar esas diferencias retributivas a través de sistemas de evaluación y clasificación de los puestos de trabajo neutros con respecto al género para garantizar la exclusión de toda discriminación retributiva.

Esta exigencia se puede llevar a cabo a través de la elaboración de un plan de actuación para corregir las desigualdades retributivas, fijando objetivos, actua-

¹⁷ BALLESTER PASTOR, M. A.: «La Directiva 2023/970 sobre igualdad de retribución entre mujeres y hombres: un poco más cerca de la igualdad real y efectiva», cit., p. 186.

ciones concretas, cronogramas, responsables de su implantación y seguimiento de las diferencias. Más allá de esta obligación de corrección inmediata, nada obsta para que los trabajadores que se consideren perjudicados por la no aplicación del principio de igualdad de retribución por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor acudan a procedimientos judiciales para exigir el cumplimiento de los derechos y obligaciones relativos al principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor.

En definitiva, la Directiva plantea un derecho de información general (art. 7), intensificando el carácter reforzado que debe tener la transparencia a través de la «evaluación retributiva conjunta» (art. 10). Lo que nos recuerda a las auditorías retributivas, que deben incluir, de conformidad con los arts. 7 y 8 RD 902/2020, todos los planes de igualdad de empresas con más de 50 personas trabajadoras en nuestro país.

2.2 Los conceptos de «retribución» y «trabajo de igual valor»

La transparencia retributiva se articula a través de la «igual retribución por trabajo de igual valor», atendiendo al sistema de valoración de puestos de trabajo de la clasificación profesional contenida en la empresa y en el convenio colectivo que fuera de aplicación.

El artículo 157 del TFUE asume una noción de retribución ciertamente limitada, al disponer que, por tal, debía entenderse:

«El salario o sueldo normal de base mínimo y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario en razón de la relación de trabajo».

Esta definición ha sido interpretada en sentido amplio por el TJUE, eliminando cualquier discriminación en la retribución no solo en referencia a un mismo trabajo sino también respecto de «un trabajo de igual valor»¹⁸, y matizada por el art. el artículo 4 de la Directiva 2006/54/CE, que establece que:

«Para un mismo trabajo o para un trabajo al que se atribuye un mismo valor, se eliminará la discriminación directa e indirecta por razón de sexo en el conjunto de los elementos y condiciones de retribución. En particular, cuando se utilice un sistema de clasificación profesional para la determinación de las retribuciones, este sistema se basará en criterios comunes a los trabajadores de ambos sexos, y se establecerá de forma que excluya las discriminaciones por razón de sexo».

¹⁸ La STJUE de 3 de junio de 2021 (Asunto 624/19) señala el efecto directo de ese apartado primero del artículo 157 TFUE.

Además, la Directiva 2006/54, añade en su artículo 18 que:

«Los Estados miembros introducirán en sus ordenamientos jurídicos nacionales las medidas necesarias para garantizar la indemnización o la reparación, según determinen los Estados miembros, real y efectiva del perjuicio sufrido por una persona a causa de una discriminación por razón de su sexo, de manera disuasoria y proporcional al perjuicio sufrido. Dicha indemnización o reparación no podrá estar limitada por un tope máximo fijado *a priori*, excepto en aquellos casos en que el empresario pueda probar que el único perjuicio sufrido por el demandante como resultado de la discriminación en el sentido de la presente Directiva sea la negativa a tomar en consideración su solicitud de trabajo».

En este sentido, conecta con la Directiva (UE) 2023/970 del Parlamento Europeo en cuyo considerando 17.º dispone que:

«Debe reforzarse la aplicación del principio de igualdad de retribución, eliminando la discriminación retributiva directa e indirecta. Lo anterior no excluye que los empleadores paguen de forma diferente a trabajadores que realicen el mismo trabajo o un trabajo de igual valor sobre la base de criterios objetivos, neutros con respecto al género y libres de sesgos, como el rendimiento y la competencia».

La Directiva incluye definiciones que existen ya en la Directiva refundida (retribución, discriminación directa, discriminación indirecta), pero se introducen también nuevos conceptos específicamente relacionados con el derecho a la igualdad de retribución, tales como: niveles retributivos, brecha retributiva, mediana retributiva, brecha retributiva, cuartil de la banda retributiva y categorías de trabajadores.

En tal sentido, el concepto de «retribución», que ahora se acoge, incluye el salario y cualesquiera otras gratificaciones, en efectivo o en especie, que los trabajadores perciban directa o indirectamente («elementos complementarios o variables»), debido a su relación laboral con su empleador. Comprende, por lo tanto, cualquier prestación adicional, como las primas, la compensación por horas extraordinarias, el plus de transporte (incluidos los automóviles facilitados por el empleador y los títulos de transporte), las asignaciones de vivienda, el plus compensatorio de formación, la indemnización por despido, el subsidio legal por enfermedad, las prestaciones reglamentarias y las pensiones de jubilación. Debe incluir todos los elementos remunerativos debidos por ley o en virtud de convenios colectivos.

Esta nueva definición, recogida en la Directiva (UE) 2023/970, tiene por objeto aclarar que, en el contexto de la discriminación retributiva de género, es preciso tener presente la intersección de diversos ejes de discriminación: por razón de sexo, por una parte, y por origen racial o étnico, religión

o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual (contra las que dispensan protección la Directiva 2000/43/CE o la Directiva 2000/78/CE), por otra, disipando con ello cualquier duda que pueda existir al respecto en el marco jurídico vigente ¹⁹.

El respeto del derecho a la igualdad de retribución entre mujeres y hombres, consagrado en el Tratado, exige que los empleadores dispongan de estructuras retributivas que garanticen que las mujeres y los hombres reciban una retribución idéntica por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor.

Para que el personal y los empleadores puedan determinar lo que constituye un trabajo de igual valor, se exige a los Estados miembros que establezcan herramientas o metodologías para evaluar y comparar el valor del trabajo de acuerdo con un conjunto de criterios objetivos que incluyen parámetros educativos, profesionales y de formación, las competencias, el esfuerzo y la responsabilidad, el trabajo efectuado y la naturaleza de las tareas desempeñadas.

En este sentido, se proporciona la base necesaria para determinar si se puede considerar que los trabajadores y las trabajadoras se encuentran en «una situación comparable y realizan un trabajo de igual valor». Esta configuración ayudará, a buen seguro, a los empleadores a clasificar y a remunerar mejor los puestos de trabajo con arreglo a criterios objetivos y neutros con respecto al género.

Se pretende incorporar así al acervo comunitario aclaraciones procedentes de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a saber:

1. En primer lugar, el Tribunal de Justicia ha aclarado como presupuesto básico para determinar si existe o no una discriminación que ambos colectivos partan de situaciones comparables. La comparación no debe limitarse necesariamente a las situaciones en las que hombres y mujeres trabajen para un mismo empleador. Los trabajadores pueden hallarse en una situación comparable incluso cuando no trabajen para el mismo empleador, siempre que las condiciones retributivas puedan atribuirse a una única fuente que las haya establecido (por ejemplo, disposiciones legales, convenios colectivos laborales en materia de retribución aplicables a varias empresas o condiciones de empleo establecidas de forma centralizada para más de una empresa dentro de una sociedad holding o conglomerado).

¹⁹ Se garantiza así que los órganos jurisdiccionales u otras autoridades competentes tengan debidamente en cuenta cualquier situación de desventaja derivada de la intersección de distintos tipos de discriminación, a efectos sustantivos y procesales y con el fin de reconocer la existencia de discriminación, adoptar una decisión sobre el referente de comparación adecuado, evaluar la proporcionalidad y determinar, cuando así proceda, el nivel de la indemnización concedida o de las sanciones impuestas. Un caso particular de esta intersección es la situación de las migrantes que están expuestas a múltiples formas de discriminación en razón de su sexo, origen racial o étnico, religión o creencias.

2. El Tribunal también ha matizado que la comparación no se limita a los trabajadores que estén empleados al mismo tiempo que la parte demandante. La incorporación de estas aclaraciones mejorará la aplicación, en la práctica, del principio de igualdad de retribución. Además, en caso de que no exista un referente de comparación real, debe admitirse la comparación con un referente hipotético u otras pruebas (estadísticas u otra información disponible) que permitan establecer una presunción de discriminación. La posibilidad de utilizar un referente de comparación hipotético permitirá al trabajador o a la trabajadora demostrar que no ha recibido el mismo trato que el referente hipotético del otro sexo.

3. Asimismo, el TJUE ha precisado que el hecho de que un trabajador perciba algún complemento salarial añadido o de distinto importe que su compañero femenino, no es suficiente por sí sola para concluir que existe una discriminación contraria al Derecho comunitario. Es preciso comprobar, además, si los trabajadores implicados realizan un mismo trabajo o un trabajo al que se puede atribuir un mismo valor y que las diferencias de trato prohibidas se basan exclusivamente en la diferencia de sexo de los trabajadores. No bastando pues que tengan la misma categoría profesional pues pueden existir otras razones en función de la actividad concreta realizada que pueden incidir en el aspecto salarial. En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea insiste en que «para apreciar si unos trabajadores realizan un mismo trabajo o un trabajo al que se puede atribuir un mismo valor, debe comprobarse si, habida cuenta de un conjunto de factores, como la naturaleza del trabajo, las condiciones de formación y las condiciones laborales, puede considerarse que dichos trabajadores se encuentran en una situación comparable».

4. El TJUE ha entendido que «cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor, imponiendo, de manera clara y precisa, una obligación de resultado, con carácter imperativo tanto en lo que respecta a un «mismo trabajo» como a un «trabajo de igual valor», y que la prohibición de discriminación entre trabajadores y trabajadoras se impone no solamente respecto a las leyes, sino también a los convenios colectivos y a los propios contratos de trabajo.

5. Recuerda, asimismo, que el alcance de los conceptos de «mismo trabajo», de «mismo puesto de trabajo» y de «trabajo de igual valor» debe ser objeto de una apreciación fáctica del juez, único competente para constatar y apreciar los hechos, determinar si, teniendo en cuenta la naturaleza concreta de las actividades realizadas por los interesados, puede atribuirse el mismo valor a dichas actividades. Una situación «en la que las condiciones de retribución

de trabajadores de distinto sexo que realizan un mismo trabajo o un trabajo de igual valor pueden atribuirse a una única fuente (el mismo empresario), el trabajo y la retribución de esos trabajadores pueden compararse *ex art. 157 TFUE*, aun cuando estos realicen su trabajo en establecimientos distintos, pudiendo ser invocado ante los órganos jurisdiccionales nacionales.

6. Más recientemente, el TJUE ha declarado que «de acuerdo con el artículo 4 de la Directiva 2006/54 la diferencia de trato retributiva sólo constituirá una discriminación indirecta por razón de sexo cuando aquélla se abone de manera desigual para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor». Y añade que »para apreciar la presencia de ese «igual valor» habrá de atenderse a diversas circunstancias tales como: la naturaleza del trabajo, las condiciones de formación y otras condiciones laborales» (...), no se puede estar calificar el trabajo desarrollado por los colectivos en conflicto como de igual valor al exigir el de los pilotos una mayor formación y superior responsabilidad.

En este contexto, serán los Estados miembros quienes deban establecer criterios claros a nivel nacional, de forma que las personas trabajadoras dispongan un referente de comparación válido para concretar si reciben un trato menos favorable que ese referente que realiza el mismo trabajo o un trabajo de igual valor.

Si se utilizan sistema de evaluación y clasificación profesional para determinar la retribución, éstos deben basarse en criterios idénticos y neutros con respecto al género tanto para los hombres como para las mujeres, a fin de excluir toda discriminación por razón de sexo, lo que, en definitiva, significa que los criterios para evaluar el valor de un empleo o puesto deben describirse y definirse de una manera objetiva y neutra que sea aplicable tanto a los empleos de hombres como a los de mujeres.

Un trabajo tendrá igual valor que otro cuando la naturaleza de las funciones o tareas²⁰, efectivamente encomendadas, coincida en los siguientes aspectos: a) naturaleza de las funciones o tareas, es decir, su contenido esencial las condiciones fijado por Ley, convenio o acuerdo colectivo, b) condiciones educativas, referidas a las cualificaciones regladas que guarden relación con el desarrollo de la actividad que desarrollan, c) condiciones profesionales o de formación exigidas para su ejercicio, esto es, experiencia o formación no reglada, siempre que tenga conexión con el desarrollo de la actividad y d) factores y condiciones de desempeño que se lleven a cabo en realidades y/o situa-

²⁰ Para determinar el contenido de la prestación laboral, como señala MONTOTOY MELGAR, «basta el genérico pacto sobre el puesto de trabajo, grupo o nivel asignados al trabajador», en *Derecho del Trabajo*, Ed. Tecnos, ed. 41.ª, 2020, p. 334.

ciones equivalentes (penosidad y dificultad, aislamiento, responsabilidad, capacidad de organización, habilidades sociales, etc.)²¹.

En definitiva, la Directiva 2023/970 integra la doctrina clásica de la valoración de los puestos de trabajo del TJUE y establece de forma expresa que la retribución debe configurarse con criterios neutros y objetivos²².

A tal efecto, a modo de ejemplo, nuestro Ordenamiento jurídico, a través del art. 4 del RD 902/2020 valora los puestos de trabajo conforme a los criterios de adecuación, totalidad y objetividad. Así, la valoración será:

- Adecuada, cuando tome en consideración todos los factores relevantes, relacionados con la actividad y que, efectivamente, concurren en la misma, incluyendo la formación necesaria.

- Total, si teniendo en cuenta todas las condiciones que singularizan el puesto de trabajo, sin que se invisibilicen o se infravaloren, se constata que concurre igual valor.

- Objetiva, cuando existan mecanismos claros que identifiquen los factores tenidos en cuenta en la fijación de una determinada retribución y no dependan de valoraciones sociales que reflejen estereotipos de género.

Junto a la correcta valoración de los puestos de trabajo vinculados a los criterios que determine cada Estado miembro, la Directiva invita a los interlocutores sociales para que participen, activamente, en la elaboración de los instrumentos válidos y de los mecanismos eficientes para realizar una adecuada valoración de los puestos de trabajo en aras de garantizar el principio de transparencia retributiva y obligación de igual retribución por trabajo de igual valor. En este sentido, la negociación colectiva está llamada a desempeñar un papel protagonista en la adecuada valoración de los puestos de trabajo, ajustando los criterios que, atendiendo al grupo profesional, garanticen la ausencia de discriminación directa e indirecta entre hombre y mujeres y la correcta aplicación del principio de igualdad de retribución por trabajados de igual valor.

A modo de ejemplo, el propio RD 902/2020 habilita a la negociación colectiva para asegurar que los factores concurrentes en cada uno de los grupos y niveles profesionales respeten los criterios de adecuación, totalidad y objetividad, así como el principio de igual retribución para puestos de igual valor. La negociación de estas cláusulas convencionales podría llegar a ser un ejemplo de buena práctica negocial a favor de la transparencia retributiva.

²¹ Listado con carácter no exhaustivo. El RD 902/2020 enumera los factores que, «entre otros», pueden ser relevantes en la medida en que satisfagan las exigencias de adecuación, totalidad y objetividad.

²² Por todas, STJUE de 1 de julio de 1986, Asunto Dato.

2.3 Mecanismos para prevenir y evitar la discriminación retributiva por razón de sexo

Para el ejercicio efectivo del derecho a la igualdad de retribución, la Directiva refuerza el acceso a la justicia, regulado, en el Capítulo III, «vías de reparación y de cumplimiento efectivo» del principio de igualdad de retribución.

En este sentido, prevé el recurso previo a procedimientos extrajudiciales (conciliación u otro procedimiento ante un organismo de igualdad), al tiempo que establece el acceso a los procedimientos judiciales para el cumplimiento de los derechos y obligaciones relativos al principio de igualdad de retribución; otorgando un papel especial a los mecanismos que directa o indirectamente refuerzan la tutela judicial ²³.

Se determina incluso que las asociaciones, organizaciones u organismos de igualdad y los representantes de los trabajadores u otras personas jurídicas que tengan interés en garantizar la igualdad entre hombres y mujeres puedan iniciar un procedimiento judicial o administrativo para el efectivo cumplimiento de las obligaciones de igualdad retributiva ²⁴. Así, basándose en el art. 17 de la Directiva 2006 (...), exige a los Estados miembros que garanticen la existencia de procedimientos judiciales para el cumplimiento efectivo de los derechos y las obligaciones del principio de igualdad retributiva.

El Capítulo III dispone también el régimen jurídico de la reparación de daños y perjuicios por la infracción del derecho fundamental a la igualdad. En efecto, estos preceptos contienen las normas básicas sobre responsabilidad por transgresión de la prohibición de discriminación retributiva por igual trabajo o trabajos de igual valor, previendo incluso reparación de daños y perjuicios tanto de carácter material como de carácter moral.

La Directiva propone que los órganos jurisdiccionales de los Estados Miembros adopten medidas cautelares, en las que se declare la vulneración de cualquiera de los derechos o las obligaciones relativos al principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor, y se ordene el cese de dicha infracción. Los Estados miembros tendrán que velar por garantizar el cumplimiento de cualquiera de los derechos u obligaciones relativos al principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor.

²³ BALLESTER PASTOR, M. A.: «La Directiva 2023/970 sobre igualdad de retribución entre mujeres y hombres: un poco más cerca de la igualdad real y efectiva», cit., p. 186.

²⁴ Esas entidades deben tener derecho a actuar en nombre o en favor de un trabajador o una trabajadora en esos procedimientos, con su autorización. Los organismos de igualdad, concretamente, carecen en la actualidad del derecho a interponer demandas ante los órganos jurisdiccionales de cualquier Estado miembro.

En esta línea, los órganos jurisdiccionales u otras autoridades competentes puedan ordenar, a petición de la parte demandante y a expensas de la parte demandada:

a) Una medida cautelar por la que se declare la vulneración de cualquiera de los derechos u obligaciones relativos al principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor y se ordene el cese de la infracción;

b) Una medida cautelar por la que se ordene a la parte demandada que adopte medidas estructurales u organizativas para hacer cumplir cualquiera de los derechos u obligaciones relativos al principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor o para poner fin a cualquier infracción de esos derechos u obligaciones.

Asimismo, la Directiva declara que todo trabajador o trabajadora que haya sufrido un perjuicio como consecuencia de una infracción de cualquiera de los derechos u obligaciones relativos al principio de igualdad de retribución entre mujeres y hombres por un mismo trabajo de igual valor pueda reclamar y obtener una indemnización o reparación integral, según determine el Estado miembro, por dicho perjuicio.

Esta indemnización tendrá que garantizar una compensación real y efectiva por las pérdidas y daños sufridos. Incluirá la recuperación integral de los atrasos y las primas o los pagos correspondientes, además del resarcimiento por la pérdida de oportunidades y los daños morales. También tendrá que incluir el derecho a percibir intereses de demora, si bien no podrá estar sujeta a ningún límite fijado previamente. En todo caso, la indemnización deberá ser de carácter disuasoria y proporcional al daño sufrido.

Sobre el trascendental tema de la carga de la prueba en los procesos por no haberseles aplicado a los trabajadores el principio de igualdad retributiva por igual trabajo o trabajos de igual valor, el art. 18 establece el régimen de mínimos por el que los deben transitar los Estados miembros.

La estructura del dicho precepto se configura en dos niveles. En un primer nivel, reside la obligación de la carga de la alegación y prueba del derecho a la igualdad retributiva. Cumple con esta obligación a través de la alegación y de la prueba de hechos que permitan presumir la existencia de la situación discriminatoria. Para ello, los Tribunales de los Estados miembros deben asegurarse de que existe certeza de incumplimiento de alguna de las causas que transgreden la transparencia retributiva. Concluido este primer nivel, se inicia el segundo, en el que el demandado puede alegar y probar que ni existe trans-

gresión del derecho a la no discriminación, o que existe un motivo de justificación de la discriminación.

En cuanto a la causalidad del motivo de discriminación, el demandante no ha de acreditar todas las pruebas para que el juez adquiriera la plena convicción de los hechos de atentatorios, sino que es suficiente con que aporte una prueba «reducida» de indicios razonables que manifiesten que el acto empresarial ha lesionado el principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por igual trabajo o trabajos de igual valor.

En este sentido, los Estados Miembros garantizarán que los órganos jurisdiccionales nacionales puedan ordenar la exhibición de las pruebas que contengan información confidencial cuando lo consideren pertinente para la demanda, si bien deberán disponer, a su vez, medidas eficaces para proteger tal información. A través de esta prueba se presupone un «probabilidad preponderante» de la existencia de motivos que permitan establecer una presunción de discriminación retributiva directa o indirecta retributiva por igual trabajo o trabajos de igual valor. Le corresponderá a la parte demandada demostrar que no se ha producido tal discriminación directa o indirecta en relación con la retribución.

La discriminación directa, pero, sobre todo, la discriminación indirecta en materia retributiva es difícil de detectar, tanto por su difusa configuración como por la necesidad de su determinación casuística. Ciertamente es que la Directiva 2006/54 CE ya recoge esta clase de discriminación en materia retributiva, pero la Directiva 2023/970 da un paso más allá estableciendo unos mínimos legales que han de articular los instrumentos y medidas que integren y apliquen el principio de transparencia e igualdad retributiva en el Derecho de la Unión Europea.

En conclusión, la transparencia retributiva, de un lado, y la carga de la prueba, de otro, son elementos claves para que las empresas elaboren criterios objetivos de valoración del trabajo de todas las personas trabajadoras²⁵.

²⁵ BALLESTER PASTOR, M. A.: «La Directiva 2023/970 sobre igualdad de retribución entre mujeres y hombres: un poco más cerca de la igualdad real y efectiva», cit., p. 187.

CAPÍTULO XIX

LA BRECHA SALARIAL DE GÉNERO: ESTADO DE LA CUESTIÓN

RUBÉN LÓPEZ FERNÁNDEZ
Universidad de Extremadura

1. INTRODUCCIÓN

La masiva incorporación de la mujer al mercado laboral ha supuesto una de las transformaciones sociales más importantes y cruciales de la Historia reciente de la humanidad. El aumento de la participación femenina experimentó un ascenso vertiginoso desde el 28 %, que representaba a finales de la década de los 70 del siglo pasado, hasta el 42,1 % a principios de 2002 (frente al 66,7 % de la participación masculina). Hoy, tras un crecimiento más suave pero sostenido a lo largo de las dos últimas décadas, la cifra se sitúa en el 54,04 % revelado por la última Encuesta de Población Activa (EPA)¹. De estos datos se desprende que cada vez son más las mujeres que quieren incorporarse al mercado de trabajo, construirse una vida (profesional) propia, tomar sus decisiones,

¹ Frente al 63,36 de la tasa masculina, que, como puede apreciarse, ha descendido ligeramente desde el año 2002. Ello arroja una diferencia entre las tasas de actividad masculina y femenina del 9,32 %. Datos del primer trimestre de 2025. Puede consultarse en: <https://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=65349>.

y esta idea se encuentra cada vez más extendida y aceptada por la sociedad². En las generaciones más maduras, hoy abuelas y madres de más edad, sólo participaba en el mercado una de cada cuatro mujeres; mientras que en la actualidad participa más de una mujer por cada dos. Se trata, pues, de un cambio sociológico estructural. Es más, se prevé que la participación laboral femenina siga aumentando y que las adolescentes actuales mantengan en el futuro próximo una relación con el mercado de trabajo más estrecha que la de sus madres³.

Sin embargo, esta mayor participación laboral no ha sido sinónimo de acceso igualitario entre hombres y mujeres, pues los puestos ocupados por unos y otras no son similares, y son muchos los retos que se deben encarar dado el enquistamiento de roles sociales atribuidos a cada género. Las tareas domésticas y de cuidados, tradicionalmente feminizadas, son la principal rémora para que el empleo de la mujer salga de la situación de precariedad e intermitencia que lo caracteriza, y que se traduce en carreras más cortas, menos promocionadas, en salarios más bajos y, finalmente, en pensiones más débiles para el tramo final de la vida; todo ello debido en buena medida a que las cuestiones de casa siguen siendo cosa de ellas. No es casualidad que fuesen las mujeres quienes sufrieron más problemas psicosociales derivados del estrés durante la crisis causada por el COVID-19, en tanto que fueron ellas las que, en mayor medida, lidiaron con problemas de conciliación familiar y laboral durante los largos períodos de confinamiento⁴.

Y es que, pese a la proliferación de medidas legislativas enfocadas en reducir las distintas brechas, el camino hacia la igualdad de género continúa «en cámara lenta»⁵. Diversos estudios han mostrado recientemente que el mantenimiento del empleo de las mujeres fluctúa con el nacimiento del primer hijo, mientras que el de los hombres permanece invariable⁶. Tras ello, se ob-

² RAMÍREZ BANDERA, Cristina: «La situación de la mujer en el mercado laboral español: especial atención a las políticas públicas contra las brechas de género», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 12, n.º 1, 2024, p. 621.

³ LLORENTE HERAS, Raquel y DUEÑAS FERNÁNDEZ, Diego: «Desigualdades laborales femeninas: un balance del pasado y retos del futuro», *Documentos de Trabajo*, n.º 1, 2025, p. 5.

⁴ Léase a RAMOS, José y GÓMEZ, Alicia: «¿Por qué los retos de la conciliación en tiempos de COVID-19 son todavía mayores para las mujeres?», *COVID19: IvieExpress*, 2020. Disponible en: https://www.ivie.es/wp-content/uploads/2020/06/16_Covid19_IvieExpress_Por-qu%C3%A9-A9-los-retos-de-la-concilacion-en-tiempos.pdf.

⁵ ROMERO GARCÍA-ARANDA, Carmen: «El papel del Parlamento Europeo en el apoyo de políticas de igualdad de género en el trabajo», *Revista Crítica de la Historia de las Relaciones Laborales y de la Política Social*, n.º 15, 2023, pp. 22-38.

⁶ Sin ánimo de exhaustividad, léase a KLEVEN, Henrik; LANDAIS, Camille y LEITE-MARIANTE, Gabriel: «The Child Penalty Atlas», NBER Working Paper, n.º 31649, 2023, disponible en <https://www.nber.org/papers/w31649>; o a KLEVEN, Henrik; LANDAIS, Camille y SØGAARD, Jakob Egholt: «Children and Gender Inequality», *American Economic Journal – Applied Economics*, vol. 11, n.º 4, 2019, disponible en <https://www.aeaweb.org/articles?id=10.1257/app.20180010>.

servan dificultades para que la mujer vuelva al mismo «valor» de trabajo que ostentaba antes de la primera maternidad; fenómeno que ha dado en llamarse penalización por tener hijos y que constituye la mayor brecha de género observada en el mercado laboral. Este fenómeno se acentúa especialmente en las comunidades rurales con bajos ingresos, en donde la vida en pareja reduce la capacidad de las mujeres para generar ingresos en comparación con sus colegas masculinos⁷. Siendo así, resulta prioritario ocuparse en eliminar los obstáculos que dificultan a las madres trabajadoras continuar con sus carreras a la misma intensidad, para mantener sus salarios-cotizaciones en análogo comportamiento respecto de sus compañeros masculinos. Y ello sólo puede conseguirse equilibrando el papel de la crianza mediante nuevas medidas de apoyo, capaces de corresponsabilizar del todo a ambos progenitores en la asistencia del hijo así como en la gestión de los menesteres domésticos.

De otro lado es fácil constatar que en España hay una aplastante proporción de mujeres entre quienes son contratados a tiempo parcial, entre quienes trabajan en el mercado negro, entre quienes recurren a excedencias y a otras medidas de conciliación como las reducciones horarias, entre quienes tienen contratos de carácter temporal, entre quienes se emplean en las actividades de menor valoración social, o entre quienes ocupan los escalones menos elevados de los organigramas. Todo lo cual, huelga decirlo, retroalimenta la brecha salarial de género, cuyos principales aspectos –que resultan a la vez causa y consecuencia– van a intentar analizarse con vocación expositiva en las páginas siguientes.

Los datos son de una claridad que no se puede negar, por mucho que determinados sectores se empeñen en ello: los salarios que perciben las mujeres son menores que los de los hombres en todo el mundo; también en la Unión Europea (en lo sucesivo, UE) donde según EUROSTAT el colectivo femenino gana un 12 % menos por hora que el masculino⁸. De manera que no es gratuita la habitual expresión de «la feminización de la pobreza». Tal es la dimensión del problema, a ojos de las instituciones comunitarias, que se ha considerado necesario remover la intervención legislativa de los Estados miembro mediante la primera directiva concreta sobre igualdad retributiva: la Directiva (UE) 2023/970, que refuerza el principio de aplicación de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de

⁷ TORERO SOLANO DE MARTEL, Nathalie Zinzia y MARTEL CARRANZA, Christian Paolo: «Brecha salarial por género: un desafío para promover la igualdad», *Gaceta Científica*, vol 10, n.º 3, 2024.

⁸ EUROSTAT: *Gender pay gap statistics*, consultado el 29 de abril de 2025. Datos de 2023. Disponible en https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Gender_pay_gap_statistics.

igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su cumplimiento.

Como se sabe, el salario es un elemento sustancial de la relación laboral, cuyo impacto va más allá de la percepción de unos niveles retributivos en contraprestación al desempeño de la persona trabajadora. Piénsese en la incidencia directísima que tienen las cuantías salariales atesoradas a lo largo de la vida en el plano de la Seguridad Social, donde los subsidios y pensiones del nivel contributivo van a ser calculados en función de las bases de cotización presentadas. Pero es que, además, al margen de lo estrictamente jurídico-laboral, la retribución implica en buena medida el desarrollo de una vida digna, así como la integración o no de las personas en su realidad social de una manera gratificante⁹.

Lógicamente, no todo trato desigual representa una discriminación. La diferencia retributiva es inherente a las relaciones laborales y a la propia naturaleza del mercado¹⁰. Efectivamente, diversos factores pueden explicar las diferencias salariales entre hombres y mujeres sin constituir un trato discriminatorio, tales como la actividad desempeñada, la modalidad y la duración contractual, la cualificación requerida para el puesto, el convenio aplicable o la antigüedad en la empresa. Estos aspectos conforman el cuerpo del salario y, como acaba de decirse, no necesariamente implican discriminación. Con todo, este ha de ser el punto de partida porque, en ocasiones, factores *a priori* neutros como los señalados derivan en situaciones de discriminación indirecta que inciden en la infra-retribución femenina.

2. ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN

La forma de cálculo de la brecha salarial es diversa, dando lugar a dos enfoques predominantes: la brecha salarial no ajustada y la ajustada. El primer indicador expresa la diferencia salarial bruta, obviando toda consideración de las características personales o profesionales de los sujetos. En cambio, la metodología ajustada ofrece un análisis más matizado, atendiendo a una serie de variables y circunstancias que influyen sustancialmente en la brecha, como por ejemplo la actividad desempeñada o la modalidad contractual¹¹.

⁹ RODRÍGUEZ ROMERO, Rosa María: «El principio de igualdad retributiva por razón de género tras la aprobación de la Directiva (UE) 2023/970. La evolución de la noción de retribución», *Femeris*, vol. 9, n.º 2, 2024, p. 60.

¹⁰ MARTÍNEZ MORENO, Carolina: *Brecha salarial de género y discriminación retributiva: causas y vías para combatirla*, Bomarzo, Albacete, 2019, p. 29.

¹¹ ANGHEL, Brindusa; CONDE-RUIZ, Ignacio y MARRA DE ARTIÑANO, Ignacio: «Brechas salariales de género en España», *Hacienda Pública Española/ Review of Public Economics*, n.º 229, 2019, p. 89.

La Comisión Europea, por su parte, entiende la brecha salarial de género como «la diferencia existente entre los salarios percibidos por los trabajadores de ambos sexos, calculada sobre la base de la diferencia media entre los ingresos brutos por hora de todos los trabajadores»¹². Como se observa, la definición que manejan opta por un modo de cálculo por hora y no ajustado, debido a que así se excluyen las divergencias fiscales y de Seguridad Social existentes entre los Estados miembros en aras de poder establecer comparaciones. Y conforme a los últimos datos disponibles se observa en ella una notable disminución, del 3,8 % para Europa y del 7 % para en España, en el lapso de tiempo que abarca desde el año 2010 hasta 2023¹³. Durante el referido período de catorce años, España ha pasado de estar por encima del promedio europeo hasta situarse en la undécima posición, de un total de veintisiete.

Uno de los factores más explicativos de esta brecha en España es la concentración de género en determinadas profesiones. Casi el 70 % de las mujeres trabajadoras se emplean en quince sectores económicos concretos que, al estar en su mayoría subvalorados económica y socialmente, contribuyen a la brecha salarial de género¹⁴. Además, el colectivo femenino representa el 95 % del total de los empleados domésticos¹⁵. Si bien es cierto que la mayor acentuación de la brecha salarial en la franja etaria de 65 años en adelante (27 %), respecto de las cohortes más jóvenes, se asocia a que las mujeres más longevas se incorporaron al mercado en un contexto en el que la asignación de roles era mucho más rígida, por lo cual estas trabajadoras se desempeñaron y se desempeñan en sectores menos valorados que los de sus hijas y nietas¹⁶. Generacio-

¹² COMISIÓN EUROPEA: *Cómo combatir la brecha salarial entre hombres y mujeres en la Unión Europea*, Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2014, p. 4.

¹³ Habiendo bajado la cifra comunitaria del 15,8 % al 12 %, y la española del 16,2 % al 9,2 %. Sorprenden los datos de Luxemburgo, donde las mujeres ganan un 0,9 % más que los hombres. EUROSTAT: *Gender pay gap...*, op. cit.

¹⁴ Se trata de: servicios de comidas y bebidas, comercio al por menor, servicios de alojamiento, servicios a edificios y actividades de jardinería, educación, actividades sanitarias, actividades administrativas de oficina, asistencia en establecimientos residenciales, industrias de la alimentación, administración pública, actividades de servicios sociales sin alojamiento, personal doméstico, otros servicios personales, publicidad y estudios de mercado, y actividades relacionadas con el empleo. SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL: *Informe del mercado de trabajo de las mujeres. Estatal Datos 2017*, Catálogo general de publicaciones oficiales, Madrid, 2018, p. 38.

Un estudio de Card, Cardoso y Kline detecta también que las mujeres se concentran en un número de sectores más limitado y peor remunerado que los hombres. CARD, David; CARDOSO, Ana Rute y KLINE, Patrick: «Bargaining, sorting, and the gender wage gap: quantifyin the impact of firms on the relative pay of women», *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 131, n.º 2, 2016, pp. 633-686. Disponible en: <https://www.nber.org/papers/w21403>.

¹⁵ Según las cifras de afiliación de 2024.

¹⁶ La franja etaria de 25 a 34 años arroja una brecha salarial del 1,3 %, mientras que la de menores de 25 años presenta una diferencia del 3,8 % a favor de las mujeres. Cifras de 2021. Puede consultarse en: <https://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=10888>.

nes estas que, tal vez por haber sido mayoría en la universidad, están más diversificadas sectorialmente y acceden a cargos de responsabilidad en mayor medida que sus predecesoras¹⁷.

Los datos recién referidos invitan al optimismo, pero no deberían invitar a la relajación. La persistente disparidad salarial por edad también tiene un componente nada desdeñable en los complementos por antigüedad y las oportunidades de promoción profesional, que vienen estrechamente vinculados a la continuidad y el compromiso adquirido en las organizaciones¹⁸. No hace falta subrayar que la estabilidad laboral y la antigüedad en las empresas se dan menos en el colectivo femenino, a causa fundamentalmente de las interrupciones en sus carreras para la crianza de los hijos¹⁹; ni tampoco la tendencia femenina a interrumpir la trayectoria laboral o reducir su jornada de manera «voluntaria» para encargarse de las demandas no remuneradas del hogar y los cuidados.

Todo ello vuelve a desembocar en la ya referida brecha pensional de género. A carreras más cortas, más interrumpidas, más parcializadas, menos promocionadas y en actividades peor retribuidas: pensiones menores. En 2023, según el Anuario de Estadística del Ministerio de Trabajo, las mujeres constituían el 49,36 % del total de pensionistas del nivel contributivo, pero el importe medio de sus pensiones se situaba en 970,79 €, frente a los 1.442,52 € de los hombres²⁰, lo cual arrojaba la escandalosa diferencia de 471,73 €. Y no hay que pasar por alto que, en la parte sumergida del iceberg, entre los beneficiarios de prestaciones no contributivas –dicho de otra manera, entre quienes no han contribuido al sistema lo suficiente para causar derecho a la protección del

¹⁷ A este punto, resultan interesantes los postulados de Claudia Goldin (ganadora del Premio Nobel de Economía en 2023), por cuanto ofrecen una visión panorámica y entreverada sobre cómo la profesionalización, la maternidad y los salarios se interrelacionan. Goldin analizó los cambios en la vida familiar y profesional de cinco grupos etarios de mujeres norteamericanas con estudios superiores y evaluó aspectos como la segregación laboral, el impacto de los hijos o la economía de los cuidados, y cómo las decisiones de pareja afectan a la brecha salarial de género. También concluyó que en actividades altamente remuneradas, como el derecho o las finanzas, las empresas prefieren empleados o colaboradores dispuestos a trabajar muchas horas, lo cual pone a las mujeres en mayores dificultades para cumplir largas jornadas debido a sus obligaciones familiares. Y ello deriva muchas veces en reducciones de jornada y en el abandono de dichos empleos por otros menos absorbentes. GOLDIN, Claudia: *Career and family: Women's century-long journey toward equity*, Princetown University Press, Nueva Jersey, 2021.

¹⁸ ABOITIZ CAZALIS, Maialen: «Impacto de la brecha salarial en la pobreza de las mujeres mayores», *Trabajo, edad y pensiones de jubilación*, Comunicaciones del XXXIV Congreso Nacional de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Mérida, 2024, p. 496.

¹⁹ Sobre el tema, puede leerse a CCOO: *Cuidado sin brecha*, Secretaría Confederal de Comunicación de CCOO, Madrid, 2023.

²⁰ MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL: «Pensiones Contributivas del Sistema de Seguridad Social», *Anuario de estadísticas 2023*, consultado el 29 de abril de 2025. Disponible en: <https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/estadisticas/anuarios/2023/PEN/PEN.pdf>.

nivel sí contributivo— un 63,49 % son mujeres²¹. Esto evidencia una mayor vulnerabilidad femenina durante la vejez. Sin ir más lejos, tampoco es casualidad que el colectivo femenino represente el 66,93 % de los pensionistas con complemento a mínimos²².

En respuesta a este panorama, llevan tiempo acometiéndose medidas legislativas para corregir o suavizar la brecha en las pensiones, que cuantitativamente ha de preocupar más, si cabe, que la salarial; aunque actuando sobre esta última se estaría también atacando a aquella. Medidas legislativas que no pueden ser analizadas en este capítulo ni en esta obra —por escaparse a su objeto de estudio— pero que serán referidas a vuelapluma en uno de sus apartados. Baste saber por el momento que se habla de la integración de lagunas, del complemento para la reducción de la brecha de género en las pensiones contributivas, de los complementos a mínimos, de las ficciones cotizatorias por excedencia para el cuidado de hijos y para el cuidado de familiares hasta el segundo grado, o de la reducción horaria para el cuidado de familiares enfermos²³.

Así las cosas, las distintas brechas de género continúan siendo una asignatura pendiente y un asunto de relevancia global, de tal manera que no sólo es interesante analizar las causas de este fenómeno, sino sus efectos en la sociedad y en el propio mercado. A ello se van a dedicar los apartados que siguen.

3. CARACTERÍSTICAS DEL EMPLEO FEMENINO EN ESPAÑA

La brecha salarial tiene un componente multicausal, alimentado a su vez por otras desigualdades de género. Como ya se ha dicho en páginas anteriores, estas desigualdades son a su vez causa y consecuencia, pues por un lado determinan salarios más bajos y, por otro, estos salarios más bajos acaban haciendo que las mujeres encuentren menos aliciente en entrar o reincorporarse al mercado. La suma de todas estas desiguales magnitudes proporciona una radiografía del panorama laboral de la mujer en el sistema

²¹ MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL: «Prestaciones No Contributivas», *Anuario de estadísticas 2023*, consultado el 29 de abril de 2025. Disponible en: <https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/estadisticas/anuarios/2023/PNC/PNC.pdf>.

²² MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL: «Pensiones Contributivas del Sistema...», *op. cit.*

²³ Para un conocimiento profundo sobre las distintas herramientas implementadas por el legislador, véase la obra dirigida por MONEREO PÉREZ, José Luis: *La brecha de género en pensiones*, Laborum, Murcia, 2025.

de relaciones laborales, que puede ayudar a comprender por qué el promedio del colectivo femenino cobra menos que el promedio masculino.

La concepción de que el hombre es más capaz que la mujer, omnipresente en la Historia de la humanidad y en la mayoría de las culturas, ha ido perdiendo fuerza en los últimos cincuenta años. Ello invita a pensar que esta noción de «menor valía congénita» no es la causante —o no del todo— de estas desigualdades, ni el empresariado su promotor²⁴. La menor valía del empleo femenino se explica en aspectos más sutiles, incubados en un modelo social imperante a lo largo de milenios de asignación del rol de cuidados a las mujeres y del rol del sustento económico a los hombres, y transmitido de unas generaciones a otras a través de la educación y de la imitación a los mayores. La rebelión femenina, en términos de incorporación masiva al mercado de trabajo, no vino a modificar este planteamiento de la obligación doméstica, sino a sumársele. La mujer podía trabajar, pero sin descuidar el cuidado de su casa y de su prole²⁵. Repárese en que, a pesar de que la mujer española ingresó de manera significativa al mercado desde los años posteriores a 1975, la corresponsabilidad total en las tareas domésticas y de cuidados es una reivindicación relativamente nueva, con apenas una o dos décadas de andadura²⁶. En 2024, las mujeres seguían dedicando una media de 2,4 horas más que los hombres a tareas de cuidado no retribuidas²⁷.

Pese a los esfuerzos observados en el legislador para exterminar estos roles, la transformación de toda una sociedad cimentada desde los albores del *homo sapiens* no va a conseguirse de un día para otro. De manera que quien escribe —y quien está leyendo— estas páginas sigue bajo la influencia en mayor o menor medida de estos estereotipos de género. A propósito de ellos se quiere abordar el análisis de cinco características que explican y sustentan la menor calidad del empleo femenino.

²⁴ RAMÍREZ BANDERA, Cristina: «La situación de la mujer en el mercado laboral español...», *op. cit.*, p. 623.

²⁵ Huelga decir que con un alto coste psicosocial, derivado de mayores niveles de estrés y sentimientos de culpa por no atender adecuadamente a su familia. Sobre el tema, véase a GARRIDO LUQUE, Alicia; ÁLVARO ESTRAMIANA, José Luis y ROSAS TORRES, ANA RAQUEL: «Estereotipos de género, maternidad y empleo: un análisis psicológico», *Pensando Psicología*, n.º 23, 2018, pp. 1-14.

²⁶ Baste recordar que en el año 2007 el padre sólo disponía de dos días de permiso por nacimiento de hijo, teniendo que esperar a 2021 para verse equiparado a la madre en las dieciséis semanas de suspensión del contrato por nacimiento o adopción de menor.

²⁷ WORLD BANK GROUP: *La mujer, la empresa y el Derecho*, International Bank for Reconstruction and Development-The World Bank, Washington, 2024. Según este informe, la promoción del acceso a servicios de cuidado infantil, de calidad y a precios razonables favorece la participación femenina en el mercado de trabajo, que tiende a aumentar en términos de fuerza laboral en torno al 1 % primeramente, aumentándose su efecto al doble en cinco años.

3.1 Trabajo a tiempo parcial

En España, la parcialidad en el empleo tiene un amplio predominio femenino. Al término de 2023, el 73,9 % de las personas trabajadoras a tiempo parcial eran mujeres (sobre un total de 2.869.300)²⁸. Las fuerzas sociológicas anteriormente apuntadas explican, al menos en parte, que tantas mujeres se empleen en puesto a tiempo parcial que les permiten llevar y traer a sus hijos al colegio o encargarse del grueso de los quehaceres domésticos, sobre todo por las tardes. Esta costumbre acaba significando la mayor penalización de sus futuras pensiones, en tanto que el salario medio de los trabajadores a tiempo parcial se situaba en 2021 en los 12.049,03 €, por los 29.657,85 € de los trabajadores a tiempo completo²⁹. Lo cual resulta, por extensión, en bases reguladoras de pensiones notablemente más bajas, incluso habiéndose ya derogado la fórmula de cálculo que incluía el polémico coeficiente de parcialidad.

A este punto se podría decir que no se está ante una discriminación salarial fruto de la decisión personal sesgada del empresariado español, sino de una posición social que ancla a las féminas al hogar, teniendo que sacrificar sus expectativas profesionales y optando por una intervención parcial en el mercado. Las fuerzas invisibles serían la propia idiosincrasia cultural de la mujer, que movida por ciertas inercias sociales vendría a renunciar a la voluntad de realizarse profesionalmente³⁰. Sea como fuere, la Encuesta de Población Activa de 2023 arroja que el 21,1 % de las mujeres trabajadoras lo son a tiempo parcial, por el 6,6 % de los hombres.

3.2 Temporalidad

Por los mismos factores sociales, estructurales o culturales, el colectivo femenino tiene una mayor presencia en la contratación temporal. Atarse a compromisos laborales de corta distancia en el espacio-tiempo podría ser preferencia para quienes asumen la mayor parte de la carga del hogar; o tal vez

²⁸ Proporción que viene manteniéndose sin apenas variaciones desde al menos 2015. INE: «Ocupados a tiempo parcial por motivo de la jornada parcial, sexo y grupo de edad», a 30 de abril de 2025. Disponible en: <https://ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=4181>.

²⁹ INE: «Encuesta Anual de Estructura Salarial. Año 2021». Se indica el dato de 2021 por ser el último año en que se midió este indicador.

³⁰ FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, Óscar: «La brecha salarial de género ante la razón crítica del liberalismo económico», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 48, 2024, p. 394.

sean las propias empresas las reacias a vincularse con contratos indefinidos a estas personas trabajadoras.

La tasa de temporalidad femenina en 2024 fue de 17,9 % (4,7 puntos por encima de la masculina). Pero sobre todo resalta el dato de que el 73,6 % de las personas empleadas a jornada parcial eran mujeres³¹. Esta mayor rotación aumenta las cifras del paro femenino y contribuye a la generación de un «ejército de reserva» constituido por las mujeres trabajadoras menos cualificadas³². Y, por supuesto, tiene una incidencia directa en la brecha salarial en tanto en cuanto estos profesionales no llegan a coger antigüedad; o no al menos en la misma proporción que quienes colaboran menos en las cuestiones relacionadas con la crianza.

3.3 Recurso a fórmulas de conciliación

Otra característica del empleo femenino en España es su mayor recurso a excedencias y reducciones de jornada para el cuidado de menores o familiares. Concretamente, en el año 2023, las mujeres representaron el 86,9 % de las solicitudes de excedencia por cuidado de hijos y el 74,9 % de las excedencias por cuidado de familiares hasta el segundo grado³³.

De otro lado, investigaciones relativamente recientes estimaron una proporción de 84-16 % a favor del colectivo femenino en el recurso a las medidas de conciliación laboral y familiar, esto es, añadiendo a los dos anteriores derechos el de reducción de jornada³⁴. Huelga decir que este último instrumento minora tanto salarios como cotizaciones en porcentaje análogo a la reducción ejercitada; y que las excedencias significan directamente su inexistencia durante la totalidad de la duración.

³¹ MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL: «EPA. 2024 Trim 4», Informe Elaborado por la Subdirección General de Estadística y Análisis Sociolaboral, 28 de enero de 2025. Principales resultados en: https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/sec_trabajo/analisis_mercado_trabajo/EPA/2024/Cuarto_trimestre/EPA-2024-T4-MITES-SGEAS.pdf.

³² LLORENTE HERAS, Raquel y DUEÑAS FERNÁNDEZ, Diego: «Desigualdades laborales femeninas...», *op. cit.*, p. 10.

³³ INSTITUTO DE LAS MUJERES: «Mujeres en cifras – Conciliación – Excedencias, permisos y reducciones de jornada», a 1 de mayo de 2025. Disponible en: <https://www.inmujeres.gob.es/MujerCifras/Conciliacion/ExcedPermisos.htm>.

³⁴ CALVO GARCÍA, Manuel y PICONTO NOVALES, María Teresa: *Valoración de las medidas de conciliación de la vida familiar y personal y la vida laboral según la regulación de la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2014, p. 74.

3.4 Promoción profesional

A este punto cabe hablar del conocido «techo de cristal», que se debe al conjunto de dificultades que encuentra el colectivo femenino para promocionar en una actividad profesional.

La presencia de mujeres en la cúspide de los organigramas o en cargos de alta responsabilidad es especialmente sangrante. Ello se aprecia sobre todo en la esfera empresarial, si se atiende a que entre los presidentes de los consejos de administración del IBEX-35 sólo el 12,1 % son mujeres; no obstante, la cifra alcanza el 41,3 % si se considera al colectivo de consejeros y consejeras³⁵. También cabe referir que el porcentaje de magistradas del TS se queda en un 19,6 % a 1 de enero de 2025; 42,9 % en los TTSSJJ³⁶. O que en el ámbito de la educación superior sólo son mujeres el 27,4 % de los catedráticos universitarios, cuando entre los matriculados en titulaciones de posgrado ya representan el 56,9 %³⁷.

Probablemente, mientras no se remuevan los estereotipos más tradicionales las mujeres continuarán lejos de equilibrar estas proporciones, pues las últimas estimaciones del Instituto de las Mujeres arrojaban que el colectivo femenino dedicaba al cuidado del hogar 4 horas y 7 minutos, por 1 hora y 54 minutos de los hombres³⁸. Se trata, pues, de un problema estructural cuya solución es crucial. La infrarrepresentación de las mujeres al otro lado del llamado techo de cristal, se perfila como una de las plazas a tomar más importantes. Ello en tanto que contar con más presencia de sensibilidad femenina en los puestos de responsabilidad y toma de decisiones podría abrir una espita irreversible en la lucha por la eliminación de las distintas brechas de género.

³⁵ INE: «Mujeres en altos cargos públicos y privados», a 2 de mayo de 2025.

Disponible en: https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259925595694&p=%5C&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayout&param1=PYSDetalle&param3=1259924822888.

Por su parte, la Comisión Nacional del Mercado de Valores la coloca en un 31,87 %. GRANT THORNTON: «Informe Women in Business 2024», *El camino hacia la equidad*, Londres, 2024.

³⁶ PODER JUDICIAL: «Estructura demográfica de la Carrera Judicial», a 2 de mayo de 2025. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estudios-e-Informes/Estructura-demografica-de-la-Carrera-Judicial/>.

³⁷ MINISTERIO DE CIENCIA, INNOVACIÓN Y UNIVERSIDADES: «Científica en cifras 2025», Madrid, 2025, p. 46.

³⁸ INSTITUTO DE LAS MUJERES: «Mujeres en cifras – Conciliación – Usos del tiempo», datos de 2012. Disponible en: <https://www.inmujeres.gob.es/MujerCifras/Conciliacion/UsosdelTiempo.htm>.

A este punto, la Ley Orgánica 2/2024, de 1 de agosto, que regula la representación paritaria y la presencia equilibrada de mujeres y hombres en determinados órganos de decisión podría potenciar el compromiso con la equidad en estos menesteres, tanto en la parcela laboral como en la institucional.

3.5 Discriminación salarial

Aun consiguiendo una mujer atravesar el techo de cristal tiene muchas posibilidades de cobrar menos que su homólogos varones, a pesar de desempeñar las mismas funciones.

El INE situó en 2022 la ganancia media anual por trabajador en 24.359,82 € para las mujeres, y en 29.381,84 € para los hombres. Por tanto, el dato más reciente de la brecha de género en materia retributiva hay que situarlo en un 20,62 %. No obstante, este inferior salario medio observado en el colectivo de mujeres trabajadoras viene en parte causado por los aspectos ya tratados en los subapartados anteriores; de manera que la cifra, en bruto, de los salarios promedio no permite esclarecer si existe trato discriminatorio en estos menesteres, es decir, si los hombres perciben salarios mayores desempeñando el mismo trabajo, con idéntica modalidad contractual y jornada, por el mero hecho de ser hombres³⁹.

Más certero resulta el dato de las ganancias medias anuales por grupos de ocupación, siendo las cifras más recientes del mismo año 2022. Por ejemplo, para el grupo de «directores y gerentes» el salario bruto anual de las mujeres se ubicó en 53.368,32 €, por 62.991,86 € del de los hombres (18 %). Para el grupo de «técnicos y profesionales científicos e intelectuales de la salud y la enseñanza» el salario bruto fue de 36.240,40 € en mujeres, frente a los 40.183,85 € del colectivo masculino (10,8 %). En fin, para el grupo de «otros técnicos y profesionales» el dato femenino asciende a 37.828,59 €, por los 44.874,37 € del dato de los varones (18,6 %) ⁴⁰. Lo cierto es que estas cifras tampoco son absolutamente quirúrgicas si lo que se pretende es cuantificar la discriminación por razón de género en materia salarial, pues no se está comparando a personas con idénticas circunstancias

³⁹ INE: «Encuesta Anual de Estructura Salarial. Año 2022 – Ganancia media anual por trabajador – Sexo y grupos principales de ocupación», a 3 de mayo de 2025. Disponible en: <https://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=28186>.

⁴⁰ *Ibidem*.

personales ni contractuales –y es de suponer que los hombres en términos generales acumulen más antigüedad en puestos directivos o que las mujeres encuentren más dificultades en acceder a puestos técnicos–; sin embargo, ello difícilmente justificaría una diferencia tan abultada como las que arrojan los datos del INE⁴¹.

Este pálpito se ve corroborado si se atiende a los datos revelados por la brecha de género ajustada, esto es, aquella que sí atiende a las circunstancias personales y contractuales de las personas trabajadoras objeto de medición. Este indicador compara los salarios percibidos en situaciones similares (antigüedad, nivel académico, jornada, sector profesional...) ⁴². Se estima que la brecha salarial de género ajustada se situaba en un 13,3 % en el año 2018, con lo que cabe concluir que no toda la diferencia salarial bruta promedio entre hombres y mujeres se debe a factores como la parcialidad, el recurso a medidas de conciliación o la temporalidad ⁴³. Con todo, España ocupa el puesto 47.º, de 146 países estudiados, en el ranking de países con mayor igualdad salarial por similar trabajo elaborado por el Foro Económico Mundial en 2024; en claro ascenso respecto de la 64.º posición ocupada en el ranking del año anterior ⁴⁴.

Detrás de la mejora recién referida están fundamentalmente los cuantiosos incrementos del salario mínimo interprofesional (SMI) acometidos por el legislador desde 2019, en tanto en cuanto las mujeres tienen una fuerte presencia en los tramos retributivos más bajos. Concretamente, según el INE el 68,8 % de las personas trabajadoras con salarios inferiores al SMI eran mujeres ⁴⁵. En consecuencia, aproximadamente dos de cada tres salarios que son revisados al alza con motivo de las subidas del SMI pertenecen a mujeres.

⁴¹ De la misma opinión RAMÍREZ BANDERA, Cristina: «La situación de la mujer en el mercado laboral español...», *op. cit.*, p. 628.

⁴² Vaya por delante que la similitud absoluta es un imposible, por cuanto en la retribución pueden influir múltiples aptitudes que son difícilmente cuantificables, como el carisma, la capacidad de liderazgo, las cualidades de negociación o el manejo de idiomas.

⁴³ ANGHEL, Brindusa y CONDE-RUIZ, Ignacio: «Brechas Salariales de Género ajustadas en España: 2002-2018», *Estudio sobre la Economía Española FEDEA*, 2023, n.º 6, p. 28.

⁴⁴ WORLD ECONOMIC FORUM: *Global Gender Gap Report 2024. Insight Report*, 2024, p. 327. Disponible en: <https://www.weforum.org/publications/global-gender-gap-report-2024/>.

⁴⁵ INE: «Encuesta Anual de Estructura Salarial. Año 2022 – Distribución salarial – Procentaje de trabajadores en función de su ganancia con respecto al Salario Mínimo Interprofesional», a 3 de mayo de 2025. Disponible en: <https://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=28182>. En el polo opuesto, el tramo salarial correspondiente a más de ocho veces el SMI, donde el colectivo femenino representa el 23,4 %.

Sobre el tema, léase a Pérez López, José Iván: «El incremento del SMI y sus consecuencias laborales: protegiendo a las personas trabajadoras más vulnerables y avanzando hacia la igualdad salarial», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 12, n.º 3, 2024, pp. 527-550.

3.6 Mujer y tecnologías de la información y la comunicación

El notable desarrollo de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) en España generó cierta expectativa de que trajera consigo un crecimiento de la empleabilidad femenina, así como de una mejora de su calidad laboral. Dado que las mujeres pasan más tiempo en el hogar –pudo razonar quien fantaseó con esta expectativa–, la proliferación de medios tecnológicos que posibilitan el trabajo en remoto traerá una mayor permanencia femenina en el mercado y un desarrollo de las carreras profesionales a largo plazo, con la posibilidad de adquirir complementos de antigüedad y promocionar en la misma medida que los hombres. Pero la realidad es distinta. Ya en 2009, un estudio de Castaño Collado concluyó que las mujeres con empleos TIC también ocupan puestos de menor responsabilidad y contacto con la toma de decisiones ⁴⁶.

Las medidas de confinamiento y distanciamiento social decretadas durante la crisis sanitaria del COVID-19 –lo recordará el lector– aumentaron la demanda de equipamiento informático y mejoradas conexiones a internet en los hogares. Durante este período la educación, el comercio, las gestiones financieras y otros servicios susceptibles de canalizarse por las vías telemáticas se desarrollaron con medios informáticos, dando lugar a un repunte del teletrabajo y a una mejora de las TIC en que se sustentaba. Cabría pensar que el colectivo femenino aprovechó esta coyuntura para mejorar su posición en el mercado de trabajo, no obstante, el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital reveló que, en 2021, sólo el 19,8 % de los puestos especialistas en TIC estaban desempeñados por mujeres ⁴⁷. Y al cierre de 2024, las mujeres representaban el 21,8 % del empleo TIC total ⁴⁸. En suma, el colectivo femenino ha experimentado un ascenso de su empleabilidad dentro de los puestos TIC tras la crisis del COVID-19 y su consiguiente

⁴⁶ Según la terminología de la autora, las mujeres ocupan mayormente puestos técnicos en lugar de especializados. CASTAÑO COLLADO, Cecilia: «La segunda brecha digital y las mujeres jóvenes», *Quaderns de la Mediterrània*, n.º 11, 2009, pp. 218-224.

⁴⁷ Dato sensiblemente mejor que el promedio de la UE (18,5 %). MINISTERIO DE ASUNTOS ECONÓMICOS Y TRANSFORMACIÓN DIGITAL: *Empleo tecnológico. Navegando los indicadores en España y en la Unión Europea*, Madrid, 2021. Disponible en: https://www.ontsi.es/sites/ontsi/files/2021-12/informeempleotecnologico2021_0.pdf.

⁴⁸ LLORENTE HERAS, Raquel y DUEÑAS FERNÁNDEZ, Diego: «Desigualdades laborales femeninas...», *op. cit.*, p. 19.

digitalización acelerada, pero sigue teniendo una presencia reducida, lejos de las expectativas generadas.

4. IMPACTO EN LA BRECHA PENSIONAL DE GÉNERO

Reflejo de todo lo abordado en el apartado anterior es la llamada brecha pensional de género⁴⁹. En tanto que las pensiones del nivel contributivo son reflejo del esfuerzo cotizatorio y de las cuantías salariales presentadas por las personas trabajadoras, se hace obvio que la existencia de la brecha pensional es consecuencia directísima de que las mujeres no puedan acumular –en términos generales– los mismos periodos de cotización ininterrumpida ni, por extensión, salarios incrementados por complementos de antigüedad o promociones a categorías profesionales superiores. Así las cosas, si el promedio de las pensiones de las mujeres resulta notablemente inferior a las causadas por los varones, las causas no pueden ser otras que unas carreras profesionales de peor calidad, por una extensión temporal menor, o por unos salarios-cotizaciones menores o por una combinación de ambas circunstancias.

A este punto se va a centrar la atención en las pensiones contributivas, pues de abarcar también al nivel no contributivo las cifras se verían engañosamente atenuadas por el hecho de que sus pensiones vienen constituidas por una cuantía fija e idéntica para hombres y mujeres, en función de sus ingresos personales y familiares. Es más, en muchas ocasiones las pensiones no contributivas de las mujeres se ven aminoradas –o directamente no causadas– por el nivel de rentas de sus cónyuges.

Especialmente preocupante resulta que la pensión media femenina se sitúe en 1.076,53 € y la masculina en 1.568,33 €, esto es, un 45,7 % inferior⁵⁰. Además, cabe advertir que esta brecha viene atemperada por las superiores cuantías percibidas por las pensionistas de viudedad respecto de los beneficiarios hombres, en tanto en cuanto sus pensiones vienen calculadas considerando las bases de cotización de sus difuntos cónyuges.

⁴⁹ Para algunos autores sería más riguroso hablar de brecha de género en materia de protección social, por cuanto el problema abarca a la totalidad del sistema, desde las pensiones hasta las prestaciones por desempleo o incluso los subsidios por incapacidad temporal. Léase, sobre el tema, a MOLINA NAVARRETE, Cristóbal: «Brechas de género y sistema español de Seguridad Social: balance crítico y algunas propuestas de corrección», *iQUAL*, n.º 3, 2020, p. 22.

⁵⁰ Datos a 1 de abril de 2025.

Cuadro. Cuantías medias de las pensiones contributivas y porcentaje de la brecha de género (a 1 de abril de 2025)

	Mujeres	Hombres	Brecha de género
Jubilación	1.197,60 €	1.719,68 €	43,59 %
Incapacidad permanente	1.108,09 €	1.268,65 €	14,49 %
Viudedad	962,41 €	640,61 €	-33,44 %
Orfandad	520,90 €	527,42 €	1,25 %
Favor de familiares	794,98 €	750,10 €	5,64 %
Total del sistema	1.076,53 €	1.568,33 €	45,68 %

Fuente: Elaboración propia, a partir de datos disponibles en la web del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones ⁵¹

Si la brecha salarial –que, no se olvida, es el objeto de este capítulo– debe preocupar y preocupa al legislador estando en un 20,6 %, según los datos más recientes ⁵², la brecha pensional de género no puede menos que ocupar un lugar más central, si cabe, por cuanto duplica a aquella. Es más, la brecha pensional constituye un indicador más preciso que la brecha salarial en la medida en que la segunda sólo considera el aspecto económico, mientras que la primera tiene además en cuenta la dimensión temporal de la persona trabajadora. Piénsese, por ejemplo, en una mujer que perciba el mismo salario que un homólogo varón pero que, en algún momento reciente de su biografía cotizatoria, haya disfrutado de una excedencia para el cuidado de un hijo menor durante tres años: en este supuesto no habría brecha salarial entre ellos, pero la mujer habría dejado de presentar cotizaciones altas para el cómputo de su futura base reguladora.

Lo anterior llevó al legislador a colocar entre sus prioridades la lucha contra la brecha pensional de género, reformando el Derecho de la Seguridad Social en aras de adaptarlo a la penalización sociocultural experimentada por las mujeres trabajadoras de ayer y de hoy y dotarlo de perspectiva de género ⁵³.

⁵¹ MINISTERIO DE INCLUSIÓN, SEGURIDAD SOCIAL Y MIGRACIONES: «Pensiones contributivas en vigor –Por regímenes», a 4 de mayo de 2025. Disponible en https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/bd279979-09d6-4596-8f73-7e6e9f265b9d/REG202504.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=linktext&CACHEID=ROOTWORKSPACE.Z18_2G50H38209D640QTQ57OVB2000-bd279979-09d6-4596-8f73-7e6e9f265b9d-pq54FLD.

⁵² 13,3 % si se atiende a la brecha salarial ajustada.

⁵³ Perspectiva que no tuvieron otras reformas más lejanas en el tiempo, tendentes a la reducción del gasto, y que perjudicaron sobremedida al colectivo femenino. Piénsese en el incremento del requisito de carencia para causar derecho a la jubilación contributiva o en la modificación de las reglas de cálculo ampliando el periodo de bases de cotización a tener en cuenta. Sobre el tema, léase a LÓPEZ ANIORTE,

Cabe destacar en esta materia el conjunto de medidas desplegadas por el RD-Ley 2/2023⁵⁴, que por alejarse del tema aquí tratado no será abordado en profundidad. Baste referirlas, por cuanto son muestra de la preocupación antes mencionada para los poderes públicos y por cuanto podrían ser un acicate que anime a las mujeres a perseverar en sus esfuerzos de cotización. Se trata de la equiparación en el cómputo cotizadorio de los trabajos a tiempo completo y a tiempo parcial, de la integración de lagunas, de la ficción cotizatoria de los períodos de excedencia por cuidado de hijo menor y de familiares hasta el segundo grado, del complemento para la reducción de la brecha de género o de los recientes y cuantiosos incrementos de las pensiones mínimas y de las pensiones no contributivas⁵⁵.

5. MEDIDAS RECIENTES IMPLEMENTADAS PARA FOMENTAR UNA MAYOR CORRESPONSABILIDAD EN LAS TAREAS DOMÉSTICAS Y DE CUIDADOS, Y ASÍ CAMINAR HACIA LA IGUALDAD RETRIBUTIVA

En los últimos años, España ha intensificado sus esfuerzos legislativos desplegando medidas con vocación de reducir la brecha salarial. Se quieren referir aquí algunas de las más recientes. Entre ellas cabe destacar primeramente la equiparación en dieciséis semanas –efectuado en 2021– del periodo de suspensión del contrato laboral por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento para ambos progenitores, así como la obligación al varón de disfrutar, de forma consecutiva y a tiempo completo, de las seis semanas inmediatamente posteriores al parto o adopción, con el propósito de promover la corresponsabilidad real en las tareas de cuidados (apartados 4 y 5 del art. 48 ET).

En la misma dirección empuja la articulación del derecho a pedir una reducción de jornada por distintos motivos vinculados a la conciliación de la vida familiar y profesional. A saber: por cuidado del lactante hasta el cumplimiento de los nueve meses de edad; por nacimiento prematuro y hospitaliza-

María Carmen: «Hacia la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el acceso y disfrute de la pensión de jubilación», *Lan Harremanak*, n.º 43, 2020, pp. 120-155.

⁵⁴ De 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones.

⁵⁵ Para un mayor conocimiento, léase a GRAU PINEDA, María Carmen: *La brecha de las pensiones en España*, Bomarzo, Albacete, 2021.

ción del bebé; o por cuidado de un menor de doce años, un discapacitado que no ejerza actividad retribuida o un familiar hasta el segundo grado que dependa de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida (apartados 4, 5 y 6 del art 37 ET).

Se quiere destacar también el derecho a solicitar excedencias, con reserva del puesto de trabajo, por cuestiones de conciliación: por un período de hasta tres años para el cuidado de un hijo menor, y por un período de hasta dos años –salvo que se establezca una duración mayor mediante negociación colectiva– para atender al cónyuge, pareja de hecho o familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. Ello con reciente equiparación en las respectivas ficciones cotizatorias de dichos derechos hasta un máximo de tres años, operada por RD-Ley 2/2023 que vino a modificar el art. 237.3 LGSS.

El RD-Ley 5/2023 incorporó al ET un procedimiento de negociación entre empresa y trabajador para hacer efectivo el derecho a la conciliación. Ello a través de la solicitud de adaptaciones de jornada –sean horarias, sean reducciones del tiempo de trabajo– o de modificaciones de la forma de prestación de servicios, a las que el empresario sólo podría negarse acreditando motivos objetivos (art. 34.8 ET).

En otro orden de cosas, destacan las modificaciones introducidas por la reforma laboral del RD-Ley 32/2021⁵⁶, por cuanto han impactado en la estabilidad del empleo y en las condiciones de las personas trabajadoras. De un lado, la proliferación de contratos indefinidos ha suavizado notoriamente la temporalidad, fenómeno que, como ya se ha dicho, toca en mayor medida al colectivo femenino. De otro, la primacía de los convenios colectivos sectoriales frente a los de empresa ha supuesto una mejora de las condiciones salariales, sobre todo en ocupaciones altamente feminizadas donde las condiciones en general resultan menos favorables.

Hay que subrayar también la plena implementación de la obligación patronal, para las empresas de al menos cincuenta trabajadores, de negociar y confeccionar planes de igualdad, con el propósito de eliminar toda discriminación de género. Para ello se establece la obligación de realizar auditorías retributivas y justificar las divergencias salariales que puedan encontrarse en la empresa en cuestión. A propósito de este aspecto supuso un avance importante la modificación del art. 28 ET vía RD-Ley 6/2019⁵⁷, por la que se añadió en su tenor qué ha de entenderse por «trabajo de igual valor» y se dispuso

⁵⁶ De 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo.

⁵⁷ De 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.

el deber empresarial de llevar registros retributivos desagregados por sexos. A ellos pueden acceder las personas trabajadoras mediante sus representantes legales, y deben incluir una justificación razonada de las desviaciones superiores al 25 % entre los promedios salariales de hombres y mujeres⁵⁸.

Para apuntalar las medidas introducidas por el RD-Ley 6/2019 se aprobó el RD 901/2020, de 14 de octubre, que regula los planes de igualdad y su registro. Esta norma concretó el alcance de los planes de igualdad y pormenorizó los requerimientos a los que las empresas habían de sujetarse en su negociación, implementación y registro.

También en 2020 se aprobó el RD 902/2020, de 13 de octubre, sobre igualdad retributiva entre mujeres y hombres, para avanzar en el cumplimiento del principio de igual remuneración por trabajos de igual valor basándose en el principio de transparencia retributiva. El RD 902/2020 puso el acento en la necesidad de una valoración correcta de los puestos de trabajo, aportando criterios para ello; lo cual resulta esencial en España, a juicio de algunos autores, dado el particular peso que tiene en su brecha salarial la segregación laboral y la infravaloración sistemática de los empleos feminizados⁵⁹.

Y no se puede dejar de referir la reciente Ley 2/2024, de 1 de agosto, de representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres, que vino en parte a trasponer la Directiva 2022/2381⁶⁰. Hay que entender por representación paritaria, o presencia equilibrada, la situación en que las personas de cada sexo no superan el sesenta por ciento ni son menores del cuarenta por ciento en un ámbito determinado. La Ley 2/2024, en este sentido, establece la

⁵⁸ Sobre el tema, véase a MIÑARRO YANINI, Margarita: «El nuevo impulso normativo contra la brecha retributiva entre sexos», *Revista Galega de Dereito Social*, n.º 8, 2019, pp. 129-166.

⁵⁹ ABOITIZ CAZALIS, Maialen: «Impacto de la brecha salarial en la pobreza de las mujeres...», *op. cit.*, p. 502; o NIETO ROJAS, PATRICIA: «La reducción de la brecha salarial a través de mecanismos de transparencia. Registro retributivo y auditorías salariales», en MOLERO MARAÑÓN, M. L., *Ser mujer en el mercado de trabajo: dificultades, oportunidades y retos*, Aranzadi, Pamplona, 2021, p. 200.

Para asistir a las empresas en estas operaciones, el Ministerio de Igualdad ha creado un documento Excel que orienta la tarea a través de listados y gráficos para la valoración de los puestos desde una perspectiva de género. Sin embargo, aunque la herramienta tiene la intención de detectar la segregación laboral, su virtual eficacia para introducir una verdadera perspectiva de género es reducida, pues depende en buena medida del criterio del empresario. Sobre el tema, puede leerse a ARENAS VIRUEZ, Margarita: «Otro avance en la igualdad retributiva entre mujeres y hombres: Análisis del Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre», *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º 156, 2021, pp. 11-49.

⁶⁰ Del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de noviembre de 2022, relativa a un mejor equilibrio de género entre los administradores de las sociedades cotizadas y a medidas conexas.

obligación de aplicar el principio de presencia equilibrada, entre otros, en los siguientes ámbitos:

- El nombramiento de Magistrados y Magistradas del Tribunal Constitucional.
- La designación de Consejeros, permanentes y electivos, del Consejo de Estado.
- La elección de los miembros del Ministerio Fiscal, exceptuando a la persona titular de la Fiscalía General del Estado, el o la Teniente Fiscal del Tribunal Supremo y el Fiscal Inspector.
- La designación de las personas Consejeras de Cuentas del Tribunal de Cuentas.
- La composición del Consejo General del Poder Judicial.
- El nombramiento de las personas titulares de las Vicepresidencias y Ministerios del Gobierno, así como de las Secretarías de Estado.
- Los nombramientos y designaciones de las personas titulares de los órganos superiores y directivos y del personal de alta dirección de las entidades del sector público institucional estatal.
- La composición de los consejos de administración de las sociedades cotizadas.

Criterio distinto se toma para la composición de las candidaturas que «se presenten a las elecciones de diputados y diputadas al Congreso, municipales, de miembros de los consejos insulares y de los cabildos insulares, diputados y diputadas al Parlamento Europeo y miembros de las Asambleas Legislativas de las comunidades autónomas y Juntas Generales de los Territorios Históricos vascos», a las cuales se exige una integración de listas por personas de uno y otro sexo ordenados de forma alternativa. Y en lo referente a la composición de las Juntas de Gobierno o Comités de Dirección de los Colegios Profesionales, se requiere que la memoria anual exprese las retribuciones de sus miembros y, en caso de incumplir el principio de composición equilibrada (40-60 %), se expliquen las razones objetivadas de ello y las medidas que se van a adoptar para alcanzar el porcentaje mínimo.

Todas estas medidas –encaminadas a remover el desigual reparto de roles entre hombres y mujeres en lo atinente al contexto de la familia y el hogar, o a directamente combatir la discriminación femenina en la designación de cargos de responsabilidad– constituyen pasos cruciales para reducir la brecha salarial de género. Su vocación no es otra que hacerse cada vez menos necesarias, por

la desaparición paulatina de este tipo de desequilibrios que tanto lesionan las aspiraciones y el poder adquisitivo del colectivo femenino.

6. LA DIRECTIVA 2023/970 Y SU CRUZADA POR LA TRANSPARENCIA RETRIBUTIVA

Toda medida destinada a reducir la brecha salarial de género va a tener, a su vez, un impacto directo en las causas estructurales analizadas *supra*, pues en esta problemática todos los elementos se retroalimentan. Así, la definitiva eliminación de esta brecha exige adoptar una perspectiva transversal e integradora, que corrija tanto las discriminaciones directas como las indirectas, y en cuyo eje tiene que estar la transparencia retributiva. Recientes iniciativas comunitarias e internacionales coinciden en que unos adecuados niveles de transparencia constituirían la estrategia más eficaz para liquidar el problema.

A propósito de ello, la Directiva 2023/970⁶¹ establece medidas vinculantes en aras de avanzar en la transparencia salarial, articulando sus potenciales medidas en torno a tres líneas fundamentales: espolear a los legisladores nacionales para revertir la escasa transparencia alcanzada hasta el momento, despejar la inseguridad jurídica respecto del concepto trabajo de igual valor y remover los obstáculos procedimentales para su reivindicación.

Antes de bajar al análisis propuesto en este apartado, se quiere destacar la relevancia de ciertos aspectos instrumentales introducidos por la Directiva, trascendentales en todo estudio retributivo que pretenda realizarse a nivel nacional o comparado. A saber: la homogenización de los mecanismos de cálculo de la brecha salarial de género y la confección de nuevos indicadores (nivel retributivo medio y mediano, o cuartil de banda retributivo).

6.1 El principio de igualdad retributiva

El principio de igualdad retributiva no es un elemento novedoso en el ordenamiento. Ya en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 se definió como el derecho de toda persona a recibir igual salario

⁶¹ Del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de mayo de 2023, por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su cumplimiento.

por el mismo trabajo, sin que quepa ningún tipo de discriminación, quedando, pues, como un «patrimonio jurídico inalienable para la humanidad». En la década siguiente, la OIT elaboró dos convenios en la materia: el Convenio n.º 100, relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor (1951) y el Convenio n.º 111, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación (1958), que hoy forman parte de los llamados Convenios Fundamentales.

La primera directiva comunitaria en abordar la materia fue la 75/117/CEE, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos. En ella se extendió la igualdad del principio a los trabajos de igual valor, apuntando a la clasificación profesional como uno de los elementos a atender⁶². Más tarde, el principio de igualdad retributiva se incorporó al art. 141 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, incluyendo en su tenor la expresión «trabajo de igual valor». Y ya en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea de 2007, en su art. 157, se configura el referido principio con los siguientes ingredientes:

- La igualdad ha de abarcar un mismo trabajo o un trabajo de igual valor.
- Se prohíben las discriminaciones directas y las indirectas.
- Y el concepto de retribución del Convenio n.º 100 de la OIT es concretado estableciendo que el mismo trabajo es retribuido por unidad de obra y fijado sobre la base de una misma unidad de medida.

Por su parte, la Carta de Derechos Fundamentales de la UE porfía en la erradicación de la desigualdad salarial incorporando la aplicación de medidas que pongan en ventaja concreta al sexo menos representado, esto es, justificando las medidas de acción positiva.

La ineficacia de todos los instrumentos normativos precedentes ha desembocado en la elaboración de la Directiva 2023/970. Pero esta aproxima-

⁶² La norma modificó el art. 119 del Tratado de Roma (1957), que ya prohibía la discriminación salarial por razón de sexo, en el sentido de equiparar el principio de igualdad retributiva con otros instrumentos internacionales más avanzados mediante la inclusión del trabajo de igual valor. También calificó a la clasificación profesional como un elemento susceptible de caer en discriminaciones, prohibiendo implícitamente las discriminaciones indirectas por esta vía. ROMERO BURILLO, Ana María: *Igualdad y retribución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 29-31.

ción histórica no es baladí, pues aporta el contexto que la propia Directiva refiere en sus considerandos para justificar las medidas de transparencia retributiva que viene a establecer como vinculantes para la detección y la eliminación de discriminaciones salariales y para el refuerzo del principio de igualdad retributiva⁶³.

Antes de pasar a la cuestión de la transparencia retributiva se quieren resaltar ciertos aspectos de la Directiva 2023/970. En primer lugar destaca la ampliación de su ámbito subjetivo, que ya no se circunscribe a las personas trabajadoras de los sectores privado y público (art. 2) sino que abarca también a los demandantes de empleo (arts. 2 y 5). En segundo lugar se alude a los trabajos atípicos, algunos de los cuales de incontestable mayoría femenina, como el doméstico (considerando 18). En tercer término se amplía el concepto de discriminación, que pasa a abarcar al acoso, al acoso sexual, al trato menos favorable con causa en el ejercicio de los derechos protegidos por la Directiva (art. 3.2) y a las motivadas por el cambio de sexo de la persona trabajadora o solicitante de empleo (considerando 5).

6.2 La transparencia retributiva como motor para acabar de cerrar la brecha

El RD-Ley 902/2020 define en su art. 3 al principio de transparencia retributiva como «aquel que, aplicado a los diferentes aspectos que determinan la retribución de las personas trabajadoras y sobre sus diferentes elementos, permite obtener información suficiente y significativa sobre el valor que se le atribuye a dicha retribución». Como se sabe, su articulación la dispone mediante los instrumentos siguientes: registros retributivos (arts. 5 y 6), auditoría retributiva (arts. 7 y 8) sistema de valoración de puestos de trabajo de la clasificación profesional aplicable (art. 9) y derecho de información de las personas trabajadoras (art. 5.3).

De manera que la Directiva 2023/970 contiene una serie de derechos en el plano retributivo ya existentes en el ordenamiento español. Pero también introduce obligaciones nuevas, sobre todo en el aspecto de la información, que vienen a incidir en la configuración y tratamiento de las políticas retributivas.

⁶³ RODRÍGUEZ ROMERO, Rosa María: «El principio de igualdad retributiva por razón de género...», *op. cit.*, p. 64.

6.2.1 TRANSPARENCIA RETRIBUTIVA PREVIA AL EMPLEO

Los procesos de selección deben velar por que los anuncios de empleo o las vacantes sean neutros para con el género, así como desarrollarse de manera no discriminatoria. Esto viene a fortalecerse con el art. 5 de la Directiva, en tanto que dispone la obligación de «transparencia retributiva previa al empleo»; lo cual supone un ensanchamiento del ámbito aplicativo existente hasta la fecha al involucrar, junto a las personas con una relación laboral, a los demandantes de empleo.

La ausencia de información respecto del intervalo salarial previsto para un puesto de trabajo supone una «asimetría informativa que limita la capacidad de negociación de los solicitantes de empleo» (considerando 32). Y evitar que ello se produzca persigue objetivos como estos:

- Propiciar que los aspirantes a un empleo puedan decidir disponiendo de la información referente a un elemento tan fundamental como la retribución del puesto en cuestión, lo cual no limita de ninguna manera el poder de negociación empresarial.
- Garantizar una base expresa y libre de sesgos sexistas en la determinación de salarios.
- Combatir la discriminación interseccional.

La transparencia retributiva previa al empleo otorga a los solicitantes y, tal vez, ocupantes del futuro puesto de trabajo la información referente a la remuneración o banda retributiva inicial, además de las disposiciones esenciales del convenio a aplicar a dicho empleo. En consecuencia, garantiza la no existencia de maniobras soterradas por parte de la empresa que puedan discriminar a la persona trabajadora por cualquier motivo. Al no indicar la Directiva la forma en que ha de ejercitarse esta obligación, la empleadora puede publicar la información referida en el anuncio de la oferta de trabajo o vacante, o por cualquier otro canal, previamente a la firma del contrato y siempre que se conceda al aspirante una «negociación informada y transparente sobre la retribución».

Ello viene complementado con la prohibición de que las empresas formulen preguntas a los aspirantes respecto de las remuneraciones percibidas en sus relaciones laborales presentes o pasadas. Previsión esta que se antoja de

difícil control, además de más ligada a la evitación de discriminación que a la transparencia retributiva⁶⁴.

La transparencia remuneratoria previa al empleo no tiene precedentes en el ordenamiento español, por lo que se requiere la introducción de normas encaminadas a garantizar este derecho. También resulta consecuente incorporar a la LISOS infracciones específicas para responder a los potenciales incumplimientos en que puedan incurrir las empresas en estos menesteres⁶⁵.

6.2.2 TRANSPARENCIA RETRIBUTIVA DURANTE EL EMPLEO

La Directiva 2023/970 introduce una serie de medidas de transparencia salarial, durante la vigencia del contrato, que se concretan en derechos de información. Con ella se amplía el derecho a la información en materia de condiciones laborales previsto por la Directiva 2019/1152⁶⁶, en el sentido de obligar a las empresas a proporcionar información sobre «remuneración, incluida la retribución de base inicial, cualesquiera otros componentes, en su caso, indicados de forma separada, y la periodicidad y el método de pago de la remuneración a la que tenga derecho el trabajador».

Conforme a la Directiva 2023/970, la transparencia retributiva durante la vigencia del contrato de trabajo abarca:

- La obligación empresarial de informar sobre la política de asignación de retribuciones y de progresión retributiva (art. 6).
- El derecho de acceso a la información para las personas trabajadoras (art. 7).
- La obligación de informar respecto del derecho de acceso a tal información (art. 7.3).
- La obligación de informar respecto de la brecha salarial de manera suficiente y adecuada (art. 9).
- La realización de evaluaciones retributivas conjuntas (art. 10).

⁶⁴ FUENTES RODRÍGUEZ, Francisca: «La Directiva 2023/970, por la que se refuerza el principio de igualdad de retribución a través de medidas de transparencia en materia retributiva y de mecanismos para su cumplimiento», *Temas Laborales*, n.º 168, 2023, p. 241.

⁶⁵ ROQUETA BUJ, Remedios: «La Directiva (UE) 2023/970 por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres y su transposición en España», *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, vol. 4, n.º 3, 2023, pp. 84-85.

⁶⁶ De 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea.

6.2.2.1 *Información sobre la política de fijación de retribuciones y de progresión retributiva*

El art. 6 de la Directiva obliga a los empresarios a poner a disposición de sus empleados «de manera fácil» las directrices que se van a emplear para determinar la remuneración de las personas trabajadoras, los niveles y la progresión retributiva, los cuales deben ser objetivos y neutros respecto del género. Se está ante una obligación de tracto sucesivo, esto es, de publicidad activa para todas las empleadoras, con independencia del número de trabajadores y sin necesidad de que medie solicitud previa. Sin embargo, se concede discrecionalidad a los Estados miembros para decidir la exoneración de informar sobre la progresión retributiva a las empresas con un volumen inferior a cincuenta empleados. Previsión esta de singular importancia en el caso de España, donde las empresas pequeñas representan una parte muy significativa del mercado de trabajo y habrá de tenerse una especial consideración al respecto.

Esta obligación viene suplementada con otra, consistente en promover su ejercicio a través de la difusión anual entre toda la plantilla del derecho a recibir la información referida, así como del procedimiento de presentación de solicitudes en cualquier momento. También se especifica que estas informaciones deben proporcionarse en un «plazo razonable», no superior a dos meses desde la realización de la solicitud.

Así las cosas, la transposición del contenido del art. 6 de la Directiva requerirá una labor de introducción en el art. 8 ET, consistente en añadir –quizás en su apartado 5, en atención a los elementos esenciales del contrato– los criterios a utilizar para «determinar la retribución, los niveles retributivos y la progresión retributiva, objetivos y neutros con respecto al género». Asimismo sería conveniente modificar la LISOS, como ya se ha referido, en orden a incorporarle infracciones específicas, pues no parece adecuado reconducir este tipo de incumplimientos a lo previsto como infracción leve por el art. 6.6 de dicha norma, esto es, a «cualesquiera otros incumplimientos que afectan a obligaciones meramente formales o documentales». Ello por cuanto esta opción estaría castigando la falta de transparencia empresarial con la cuantía prevista para las sanciones leves, lo cual no se antoja la mejor manera de disuadir a las empresas de incurrir en este tipo de conductas para caminar hacia la pronta eliminación de la brecha salarial de género.

6.2.2.2 *Derecho de acceso a la información*

Con el objeto de que las personas trabajadoras puedan comprobar que sus retribuciones no están sometidas a discriminación, el art. 7 de la Directiva 2023/970 amplía el derecho de información respecto del otorgado por la Directiva 2019/1152. Así, se les reconoce el derecho a solicitar información escrita sobre su salario individual y sobre los niveles salariales medios, desagregados por sexos, para las categorías de empleados que desempeñen el mismo trabajo o uno de igual valor. Tal derecho puede ejercitarse directamente por el trabajador o mediante sus representantes legales, o incluso a través de un organismo de fomento de la igualdad, evitando de este modo el temor a sufrir represalias empresariales.

La mercantil tiene que facilitar la información pertinente en un «plazo razonable», con límite en dos meses tras la solicitud. Lo cual viene reforzado con el «derecho de aclaración» si a la persona trabajadora le parece que la información recibida podría ser inexacta o incompleta.

De otro lado se prohíben las cláusulas que confidencialidad que requieran a los trabajadores no difundir la información obtenida o no poner en común con otros compañeros de la plantilla sus cuantías y pormenores salariales. Lo que sí pueden exigir las empleadoras es que estas informaciones no sean utilizadas con propósitos distintos al ejercicio del derecho de igualdad retributiva.

Tal derecho informativo consiste en la posibilidad de acceder al registro de retribución (art. 28 ET), cuyo alcance o contenido es diverso en función de la existencia o no de representación legal de los trabajadores en la empresa. De tal manera que, si el derecho se canaliza por medio de la representación legal, se accede al contenido íntegro del registro; mientras que si esta no existe la empresa sólo facilita las diferencias porcentuales entre las remuneraciones promedio de mujeres y hombres. Así las cosas, adaptar el ordenamiento español a estas previsiones de la Directiva 2023/970 pasa por una intervención del legislador en orden a alinearse a los términos recién referidos.

6.2.2.3 *Información sobre la brecha retributiva*

El art. 9 de la Directiva ordena el deber del empresario de proporcionar información sobre la brecha salarial abordando aspectos como: las empresas obligadas por su número de trabajadores, los receptores de la información o las materias objeto de obligación informativa.

También aquí se está ante un deber de transparencia no supeditado a que se formule una petición previamente por parte de un interesado, y que recaea sobre empresas con un volumen de plantilla de cien operarios o más. Sin embargo, se da discrecionalidad a los Estados miembros para extender esta obligación a mercantiles que no lleguen a dicho umbral, a las que se habrá de brindar condiciones más flexibles en aras de evitar cargas desproporcionadas para las pequeñas empresas. Se debe fijar un calendario y una periodicidad diferente en función del número de personas trabajadoras existentes en la empresa.

En lo que respecta al contenido, el art. 9.1 refiere los datos que la empresa debe proporcionar respecto de su organización:

- La brecha retributiva de género.
- La brecha de género respecto de los complementos o variables salariales.
- La brecha retributiva de género mediana.
- La brecha de género mediana en los complementos o variables salariales.
- La proporción de hombres y mujeres en cada cuartil de banda retributiva.
- La brecha retributiva de género, por categorías de trabajadores, desglosada por salario base y complementos o variables.

La empresa tiene que elaborar esta información tras consultar con los representantes de los trabajadores, quienes han de ser informados respecto de la metodología utilizada (art. 9.6). Aunque no se concreta un procedimiento a seguir, cabe entender que podrían seguirse los parámetros previstos para el registro retributivo del art. 28.8 ET⁶⁷.

En lo que atañe a la específica obligación de proporcionar información sobre la brecha retributiva de género, desglosada por categorías y diferenciando salario base de los complementos o variables (art. 9.1.g) puede ser además requerida por la Inspección de Trabajo y por los organismos responsables de promover la igualdad. A este punto, las empresas han de conservar los datos correspondientes a los cuatro años inmediatamente anteriores.

⁶⁷ RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, Sarai: «Brechas de género», *Documentación Laboral*, vol. 3, n.º 133, 2024, p. 38.

Cuando las diferencias salariales no vengan justificadas a la luz de criterios objetivos y neutros, en lo atinente al sexo, la mercantil debe subsanar la desviación en un plazo razonable, dando voz a la representación legal de los trabajadores y en estrecha comunicación con la Inspección de Trabajo o el organismo de fomento de la igualdad. Una cuestión queda en el aire, y es la de quién resolverá si las diferencias de retribución responden a criterios objetivos y neutros o, por el contrario, han de adoptarse correcciones. Cabe pensar en la Autoridad Laboral, como cabe pensar directamente en el orden Social de la Jurisdicción.

A la luz de los arts. 28 ET y 5.1 RD 902/2020, se puede concluir que el ordenamiento español ya cumplía lo establecido en la Directiva 2023/970 con anterioridad.

6.2.2.4 *Evaluación retributiva conjunta*

En último lugar, se quiere resaltar que el art. 10 de la Directiva dispone que las empresas con una plantilla mínima de cien trabajadores habrán de elaborar, en cooperación con la representación legal de estos, una evaluación retributiva conjunta si se dan las siguientes condiciones:

- Que la información aportada sobre las remuneraciones demuestre la existencia de una diferencia de al menos el 5 % en los niveles salariales medios de mujeres y hombres en cualquier categoría profesional.
- Que no se haya justificado tal diferencia con base en criterios objetivos y neutros.
- Que no se haya subsanado tal diferencia injustificada en los seis meses posteriores a la fecha de presentación de la información retributiva.

El contenido de la evaluación conjunta viene establecido por el art. 10.2⁶⁸. Tras la aplicación de sus medidas, si revelase diferencias retributivas injustificadas tienen que corregirse también en un plazo razonable.

⁶⁸ El cual debe incluir los siguientes extremos:

- «a) Un análisis de la proporción de mujeres y hombres en cada categoría;
- b) información sobre los niveles retributivos medios de las trabajadoras y los trabajadores y los componentes complementarios o variables para cada categoría de trabajadores;
- c) cualquier diferencia en los niveles retributivos medios de las trabajadoras y los trabajadores en cada categoría de trabajadores;

Bajando al ordenamiento español, puede identificarse la «auditoría retributiva» como figura equivalente, pues, al igual que la evaluación retributiva conjunta, constituye un instrumento de transparencia enfocado en analizar la situación salarial para, en el supuesto de encontrar diferencias no explicadas por criterios objetivos, requerir medidas de corrección⁶⁹. Es más, un análisis comparado de estos instrumentos revela que la norma española mejora lo previsto en la Directiva 2023/970 por dos motivos fundamentales: primero porque exige llevar un registro retributivo anual a todas las empresas, con independencia de su número de empleados (art. 28.2 ET y art. 5.1 RD 902/2020); y segundo porque extiende el deber de realizar auditorías retributivas a las empresas con más de cincuenta trabajadores y a aquellas que negocien un plan de igualdad de manera voluntaria⁷⁰.

Una diferencia cabe advertir, por cuanto podría requerir de algún ajuste a la hora de trasponer la Directiva: el cálculo y la cuantía de la desigualdad retributiva que exige justificación. Ambos preceptos se diferencian tanto en el porcentaje de brecha permitido como en la forma de calcularla. La norma europea dispone un 5 % de diferencia entre las retribuciones medias de hombres y mujeres, por cada categoría profesional, para activar el requisito de justificación. Lo cual contrasta con el precepto español, que eleva el porcentaje al 25 % pero sobre un parámetro distinto: la media aritmética o la mediana de las retribuciones totales de los trabajadores y trabajadoras de la empresa.

En términos generales, y a modo de cierre, se quiere resaltar la idea de que la normativa española no sólo se ajustaba a los mínimos requeridos por la Directiva 2023/970, sino que iba un paso más allá en lo que respeta al principio de transparencia salarial.

d) las razones, si las hay, de tales diferencias en los niveles retributivos medios, sobre la base de criterios objetivos y neutros con respecto al género y determinadas de forma conjunta por los representantes de los trabajadores y el empleador;

e) la proporción de trabajadoras y de trabajadores que han recibido alguna mejora de su retribución tras su reincorporación después de un permiso de maternidad o de paternidad, un permiso parental o un permiso para cuidadores, si se produjo tal mejora en la categoría profesional pertinente durante el período en que disfrutaban del permiso;

f) medidas para resolver las diferencias de retribución, si no están justificadas sobre la base de criterios objetivos y neutros con respecto al género;

g) una evaluación de la eficacia de las medidas de anteriores evaluaciones retributivas conjuntas».

⁶⁹ FUENTES RODRÍGUEZ, Francisca: «La Directiva 2023/970, por la que se refuerza el principio de igualdad de retribución...», *op. cit.*, p. 239.

⁷⁰ RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, Sarai: «Brechas de género...», *op. cit.*, p. 40.

7. CONCLUSIONES

Como se ha podido comprobar, la brecha salarial de género sigue representando un problema de primer orden que el legislador aún no ha conseguido doblegar pese a sus repetidos intentos. Los roles de género, consustanciales a la Historia de la humanidad, se perfilan como la principal piedra en el camino hacia la igualdad retributiva, y no parece que vaya a disolverse por un par de décadas de actividad legislativa. La perpetuación de los roles que asociaban (y asocian) a la mujer a las labores domésticas y de cuidados, y a los hombres a la obligación de proporcionar el sustento económico de la familia, han configurado las aún vigentes características del empleo femenino: mayor presencia en el empleo parcial (73,9 %), mayor temporalidad (73,6 %), mayor recurso a las fórmulas de conciliación (84 %), menor promoción profesional (12,1 % de mujeres en las presidencias del IBEX-35, o 19,6 % entre los Magistrados del Tribunal Supremo) y, por ende, menores salarios (20,6 % de brecha salarial; 13,3 % si se atiende a la brecha ajustada).

No está de más referir, pese a escaparse al objeto de este análisis, que tales características avocan a las mujeres a una protección de Seguridad Social más precaria (45,7 % de brecha pensional), por acabar presentando carreras cotizatorias más cortas, más interrumpidas y con bases de cotización menores. No obstante, las generaciones de mujeres más longevas, que hicieron su vida laboral en contextos más desiguales, presentan hoy una jubilación más exigua y más necesitada de complementos a mínimos (66,9 % son para mujeres) de la que tendrán mañana sus hijas y nietas. Cabe concluir esto a la luz de la evolución reciente de las brechas salarial y pensional, así como del resto de indicadores analizados aquí, en tanto que muestran un suave pero constante descenso.

Las medidas legislativas expuestas muestran una preocupación incuestionable de los poderes públicos por fomentar una mayor corresponsabilidad en las tareas de crianza y de cuidado del hogar, que lentamente parecen estar calando y consiguiendo que se abandonen los estereotipos que han cohibido profesionalmente durante siglos a las mujeres en detrimento de sus parejas. Tan lentamente que el legislador –también el europeo– hace bien en intensificar su intervención en la sociedad y en el mercado laboral, con el propósito de restañar cuanto antes las brechas de género y todas sus consecuencias ulteriores. En primer lugar porque representan un problema de justicia social acuciante, en la medida en que la inclinación del colectivo femenino hacia las tareas domésticas no es una decisión absolutamente libre sino incidida en parte por determinadas fuerzas culturales y asimétricas tradiciones. En se-

gundo lugar porque la implementación de las medidas normativas anti-brecha reporta más beneficios que costes sociales, habida cuenta de que activar el talento femenino que podría estar latente repercute al alza en la economía nacional y de que subsanar la infra-remuneración por motivos discriminatorios genera incrementos de cotización y, por ende, más dinero entrando en la caja de la Seguridad Social.

En este sentido, y por cuanto puede contribuir a lo anterior, se valora positivamente el tesón que muestra la Directiva 2023/970 en el terreno de la transparencia retributiva. La transparencia es clave para identificar las diferencias salariales discriminatorias o injustificadas. Las informaciones obtenidas por esta vía pueden incluso impeler a las empresas a atender con más prudencia la equidad de su estructuras salariales. De otro lado, por supuesto, pueden ser usadas por la persona trabajadora o sus representantes para negociar con las empresas o iniciar acciones legales contra ellas, si comprobara que su retribución no es justa o no está alineada con la de sus compañeros de categorías comparables. E incluso podría darse un efecto en cadena –dicho de otra manera, correrse la voz– que incentivara a otras mercantiles a aplicar de manera preventiva medidas encaminadas a subsanar las desviaciones retributivas que pudieran tener en su seno. A ello contribuiría sin duda incorporar a la LISOS infracciones específicas graves, para responder a los potenciales incumplimientos en que puedan incurrir las empresas en materia de transparencia salarial.

Una de las desventajas que se le achaca a esta mayor información y capacidad negociadora es que al empresariado podría preocuparle la posibilidad de que aumenten sus costes de mano de obra y ponerse a la defensiva. Al tener los empleados más información y sentirse más insatisfechos, las empresas podrían negociar con más agresividad y buscar igualar los salarios a la baja. Este sería, según algunos autores, el efecto más negativo para la clase trabajadora, pero se albergan bastantes dudas de su incidencia real en la práctica. La equiparación se dará las más de las veces al alza, por ser ese el espíritu de la norma y por aplicación del principio de condición más beneficiosa.

Pero no sólo se debe promover la igualdad retributiva, sino también la escalada de la mujer en proporciones igualitarias a los puestos más elevados de los organigramas y organismos públicos, mediante políticas de fomento como las desplegadas por Ley 2/2024. Y es que sólo cuando la sensibilidad femenina tenga una presencia notable en los puestos de responsabilidad, sólo cuando se haya abierto esa espita en el famoso techo de cristal, se podrá terminar de eliminar la brecha salarial de género y todas las que la alimentan y son alimentadas por esta.

8. BIBLIOGRAFÍA

- ABOITIZ CAZALIS, Maialen: «Impacto de la brecha salarial en la pobreza de las mujeres mayores», *Trabajo, edad y pensiones de jubilación*, Comunicaciones del XXXIV Congreso Nacional de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Mérida, 2024.
- ANGHEL, Brindusa y CONDE-RUIZ, Ignacio: «Brechas Salariales de Género ajustadas en España: 2002-2018», *Estudio sobre la Economía Española FEDEA*, 2023, n.º 6.
- ANGHEL, Brindusa; CONDE-RUIZ, Ignacio y MARRA DE ARTIÑANO, Ignacio: «Brechas salariales de género en España», *Hacienda Pública Española/Review of Public Economics*, n.º 229, 2019.
- ARENAS VIRUEZ, Margarita: «Otro avance en la igualdad retributiva entre mujeres y hombres: Análisis del Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre», *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º 156, 2021.
- CALVO GARCÍA, Manuel y PICONTO NOVALES, María Teresa: *Valoración de las medidas de conciliación de la vida familiar y personal y la vida laboral según la regulación de la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2014.
- CARD, David; CARDOSO, Ana Rute y KLINE, Patrick: «Bargaining, sorting, and the gender wage gap: quantifyin the impact of firms on the relative pay of women», *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 131, n.º 2, 2016. Disponible en: <https://www.nber.org/papers/w21403>.
- CASTAÑO COLLADO, Cecilia: «La segunda brecha digital y las mujeres jóvenes», *Qua-derns de la Mediterrània*, n.º 11, 2009.
- CCOO: *Cuidado sin brecha*, Secretaría Confederal de Comunicación de CCOO, Madrid, 2023.
- COMISIÓN EUROPEA: *Cómo combatir la brecha salarial entre hombres y mujeres en la Unión Europea*, Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2014.
- EUROSTAT: *Gender pay gap statistics*, 2025. Datos de 2023. Disponible en https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Gender_pay_gap_statistics.
- FUENTES RODRÍGUEZ, Francisca: «La Directiva 2023/970, por la que se refuerza el principio de igualdad de retribución a través de medidas de transparencia en materia retributiva y de mecanismos para su cumplimiento», *Temas Laborales*, n.º 168, 2023.
- GARRIDO LUQUE, Alicia; ÁLVARO ESTRAMIANA, José Luis y ROSAS TORRES, Ana Raquel: «Estereotipos de género, maternidad y empleo: un análisis psicológico», *Pensando Psicología*, n.º 23, 2018.
- GOLDIN, Claudia: *Career and family: Women's century-long journey toward equity*, Princetown University Press, Nueva Jersey, 2021.

- GRANT THORNTON: «Informe Women in Business 2024», *El camino hacia la equidad*, Londres, 2024.
- GRAU PINEDA, María Carmen: *La brecha de las pensiones en España*, Bomarzo, Albacete, 2021.
- INE: «Brecha salarial de género (no ajustada a las características individuales) en salario por hora, por edad y período», a 29 de abril de 2025. Disponible en: <https://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=10888>.
- «Encuesta Anual de Estructura Salarial. Año 2022 – Distribución salarial – Porcentaje de trabajadores en función de su ganancia con respecto al Salario Mínimo Interprofesional», a 3 de mayo de 2025. Disponible en: <https://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=28182>.
- «Encuesta Anual de Estructura Salarial. Año 2022 – Ganancia media anual por trabajador – Sexo y grupos principales de ocupación», a 3 de mayo de 2025. Disponible en: <https://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=28186>.
- «Mujeres en altos cargos públicos y privados», a 2 de mayo de 2025. Disponible en: https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259925595694&p=%5C&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayout&param1=PYSDetalle&param3=1259924822888.
- «Ocupados a tiempo parcial por motivo de la jornada parcial, sexo y grupo de edad», a 30 de abril de 2025. Disponible en: <https://ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=4181>.
- «Tasas de actividad, paro y empleo por provincia y sexo», a 28 de abril de 2025. Disponible en <https://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=65349>.
- INSTITUTO DE LAS MUJERES: «Mujeres en cifras – Conciliación – Excedencias, permisos y reducciones de jornada », a 1 de mayo de 2025. Disponible en; <https://www.inmujeres.gob.es/MujerCifras/Conciliacion/ExcedPermisos.htm>.
- «Mujeres en cifras – Conciliación – Usos del tiempo», datos de 2012. Disponible en: <https://www.inmujeres.gob.es/MujerCifras/Conciliacion/UsosdelTiempo.htm>.
- KLEVEN, Henrik; LANDAIS, Camille y LEITE-MARIANTE, Gabriel: «The Child Penalty Atlas», NBER Working Paper, n.º 31649, 2023. Disponible en <https://www.nber.org/papers/w31649>.
- KLEVEN, Henrik; LANDAIS, Camille y SØGAARD, Jakob Egholt: «Children and Gender Inequality», *American Economic Journal – Applied Aconomics*, vol. 11, n.º 4, 2019. Disponible en <https://www.aeaweb.org/articles?id=10.1257/app.20180010>.
- LLORENTE HERAS, Raquel y DUEÑAS FERNÁNDEZ, Diego: «Desigualdades laborales femeninas: un balance del pasado y retos del futuro», *Documentos de Trabajo*, n.º 1, 2025.
- LÓPEZ ANIORTE, María Carmen: «Hacia la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el acceso y disfrute de la pensión de jubilación», *Lan Harremanak*, n.º 43, 2020.
- MARTÍNEZ MORENO, Carolina: *Brecha salarial de género y discriminación retributiva: causas y vías para combatirla*, Bomarzo, Albacete, 2019.

- MINISTERIO DE ASUNTOS ECONÓMICOS Y TRANSFORMACIÓN DIGITAL: *Empleo tecnológico. Navegando los indicadores en España y en la Unión Europea*, Madrid, 2021. Disponible en: https://www.ontsi.es/sites/ontsi/files/2021-12/informeempleotecnologiconov2021_0.pdf.
- MINISTERIO DE CIENCIA, INNOVACIÓN Y UNIVERSIDADES: «Científica en cifras 2025», Madrid, 2025.
- MINISTERIO DE INCLUSIÓN, SEGURIDAD SOCIAL Y MIGRACIONES: «Pensiones contributivas en vigor – Por regímenes», a 4 de mayo de 2025. Disponible en https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/bd279979-09d6-4596-8f73-7e6e-9f265b9d/REG202504.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=linktext&CACHEID=ROOTWORKSPACE.Z18_2G50H38209D640QTQ57OVB2000-bd279979-09d6-4596-8f73-7e6e9f265b9d-pq54FLD.
- MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL: «EPA. 2024 Trim 4», Informe Elaborado por la Subdirección General de Estadística y Análisis Sociolaboral, publicado el 28 de enero de 2025. Principales resultados disponibles en: https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/sec_trabajo/analisis_mercado_trabajo/EPA/2024/Cuarto_trimestre/EPA-2024-T4-MITES-SGEAS.pdf.
- «Pensiones Contributivas del Sistema de Seguridad Social», *Anuario de estadísticas 2023*, a 29 de abril de 2025. Disponible en: <https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/estadisticas/anuarios/2023/PEN/PEN.pdf>.
 - «Prestaciones No Contributivas», *Anuario de estadísticas 2023*, consultado el 29 de abril de 2025. Disponible en: <https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/estadisticas/anuarios/2023/PNC/PNC.pdf>.
- MIÑARRO YANINI, Margarita: «El nuevo impulso normativo contra la brecha retributiva entre sexos», *Revista Galega de Dereito Social*, n.º 8, 2019.
- MONEREO PÉREZ, José Luis: *La brecha de género en pensiones*, Laborum, Murcia, 2025.
- MOLINA NAVARRETE, Cristóbal: «Brechas de género y sistema español de Seguridad Social: balance crítico y algunas propuestas de corrección», *iQUAL*, n.º 3, 2020.
- NIETO ROJAS, Patricia: «La reducción de la brecha salarial a través de mecanismos de transparencia. Registro retributivo y auditorías salariales», en MOLERO MARAÑÓN, M. L., *Ser mujer en el mercado de trabajo: dificultades, oportunidades y retos*, Aranzadi, Pamplona, 2021.
- PÉREZ LÓPEZ, José Iván: «El incremento del SMI y sus consecuencias laborales: protegiendo a las personas trabajadoras más vulnerables y avanzando hacia la igualdad salarial», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 12, n.º 3, 2024.
- PODER JUDICIAL: «Estructura demográfica de la Carrera Judicial», consultado el 2 de mayo de 2025. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estudios-e-Informes/Estructura-demografica-de-la-Carrera-Judicial/>.

- RAMÍREZ BANDERA, Cristina: «La situación de la mujer en el mercado laboral español: especial atención a las políticas públicas contra las brechas de género», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 12, n.º 1, 2024.
- RAMOS, José y GÓMEZ, Alicia: «¿Por qué los retos de la conciliación en tiempos de COVID-19 son todavía mayores para las mujeres?», *COVID19: IvieExpress*, 2020. Disponible en: https://www.ivie.es/wp-content/uploads/2020/06/16_Covid19_IvieExpress_Por-qu%C3%A9-los-retos-de-la-concilacion-en-tiempos.pdf.
- RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, Sarai: «Brechas de género», *Documentación Laboral*, vol. 3, n.º 133, 2024.
- RODRÍGUEZ ROMERO, Rosa María: «El principio de igualdad retributiva por razón de género tras la aprobación de la Directiva (UE) 2023/970. La evolución de la noción de retribución», *Femeris*, vol. 9, n.º 2, 2024.
- ROMERO BURILLO, Ana María: *Igualdad y retribución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- ROMERO GARCÍA-ARANDA, Carmen: «El papel del Parlamento Europeo en el apoyo de políticas de igualdad de género en el trabajo», *Revista Crítica de la Historia de las Relaciones Laborales y de la Política Social*, n.º 15, 2023.
- ROQUETA BUJ, Remedios: «La Directiva (UE) 2023/970 por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres y su transposición en España», *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, vol. 4, n.º 3, 2023.
- SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL: *Informe del mercado de trabajo de las mujeres. Estatal Datos 2017*, Catálogo general de publicaciones oficiales, Madrid, 2018.
- TORERO SOLANO DE MARTEL, Nathalie Zinzia y MARTEL CARRANZA, Christian Paolo: «Brecha salarial por género: un desafío para promover la igualdad», *Gaceta Científica*, vol. 10, n.º 3, 2024.
- WORLD BANK GROUP: *La mujer, la empresa y el Derecho*, International Bank for Reconstruction and Development-The World Bank, Washington, 2024.
- WORLD ECONOMIC FORUM: *Global Gender Gap Report 2024. Insight Report*, 2024. Disponible en: <https://www.weforum.org/publications/global-gender-gap-report-2024/>.

CAPÍTULO XX

INSTRUMENTOS DE TRANSPARENCIA RETRIBUTIVA: REGISTRO SALARIAL, AUDITORÍA RETRIBUTIVA Y VALORACIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO

M.^a JOSÉ ROMERO RODENAS

Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
UCLM

1. EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA RETRIBUTIVA

1.1 Marco normativo comunitario

El derecho a la igualdad de retribución por un mismo trabajo o por un trabajo de igual valor entre trabajadores y trabajadoras es un principio fundamental de la Unión Europea, consagrado en el art. 141.4 del Tratado de Roma de 1957¹ y con el tiempo, el requisito de garantizar la igualdad de retribución quedó plasmado en el art. 157 del Tratado de Funcionamiento de UE y en la Directiva 2006/54/CE sobre la igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de empleo y ocupación, y el art. 23 de la Carta De Derechos Fundamentales de la UE al disponer con carácter general, que las empresas han de garantizar la igualdad de retribución entre las personas trabajadoras de ambos

¹ Su efecto directo fue reconocido en la importante STJCE de 8 de abril de 1976, Asunto 43-75 Defrenne.

sexos. Posteriormente, en 2014, se aprobó una reconocida Recomendación de la Comisión Europea sobre la transparencia de retribuciones, con el objetivo de reforzar el principio de igualdad de trato retributiva y conceptualizar la brecha salarial entre hombres y mujeres como «la diferencia existente entre los salarios percibidos por los trabajadores de ambos sexos, calculada sobre la base de la diferencia media entre los ingresos brutos por hora de todos los trabajadores»².

Bien conocido es que la brecha salarial de género, trae su causa mayor en la segregación horizontal que sitúa a las mujeres en actividades profesionales de menor valoración social, en la parcialidad de sus jornadas y en las condiciones precarias de ejecución, en la segregación vertical centrada en la mayores dificultades de promoción profesional y en multitud de factores técnicos³, obviados con frecuencia, «para ofrecer los datos de brecha salarial que más convienen a la estrategia política de quien los ofrece, llevan a que la brecha salarial sea un termómetro de la discriminación muy poco comprendido»⁴. Causas en constante análisis por parte de la doctrina iuslaboralista⁵ conformando elementos complejos e interrelacionados de factores exógenos empresariales⁶ y elementos vinculados con frecuencia al contorno potestativo de la empresa. Unas estructuras salariales no transparentes junto con la normalizada desinformación de los niveles y rangos salariales de las personas trabajadoras que realizan iguales trabajos o trabajos de igual valor son las causas básicas que contribuyen a la dificultad de identificar la existencia de discriminación retributiva entre mujeres y hombres.

Pese al contenido del marco normativo referido, el principio de igualdad de retribución no se aplica ni se hace cumplir plenamente, como lo acredita el

² Cómo combatir la brecha salarial entre hombres y mujeres en la Unión Europea, Unión Europea, 2014, p. 3, consultado en <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/12106bd8-f56c-4c42-80ee-f80fd3e035d5>

³ FERNÁNDEZ PROL F.: *Participación y mujer. Libertad sindical, derechos de representación y autonomía colectiva en clave de género*, Bomarzo, Albacete, 2025, pp. 146 a 154; RODRÍGUEZ GONZÁLEZ S.: «La brecha retributiva entre hombres y mujeres: un desafío histórico y un reto presente en el derecho social de la Unión Europea», en *La Estrategia Europea para la Igualdad de Género 2020-2025. Un estudio multidisciplinar* (dir. Ramos Quintana) Bomarzo, Albacete, 2020, pp. 109-115.

⁴ LOUSADA AROCHENA J. F.: «La brecha salarial, un termómetro de la desigualdad no siempre bien comprendido», *Falamos de feminismo, periodo 2019-2020*, 2021 p. 165 consultado en: https://www.valedordopobo.gal/wp-content/uploads/2021/04/falamos_de_feminismo.pdf

⁵ MARTÍNEZ MORENO C.: *Brecha salarial de género y discriminación retributiva: causas y vías para combatirlas*, Bomarzo, Albacete, 2019, pp. 17 y ss; GOÑI SEIN J. L.: «La reducción de la brecha salarial de género a través de la transparencia y el registro salarial», en *La discriminación de la mujer en el trabajo y las nuevas medidas legales para garantizar la igualdad de trato en el empleo* (Rodríguez Sanz de Galdeano B. Dir), Aranzadi, Navarra, 2020, pp. 83 y ss.

⁶ SAEZ LARA C., «¿Es posible eliminar la brecha salarial de género?», en *Igualdad de género en el trabajo: estrategias y propuestas* (coord. Saez Lara), Laborum, Murcia, 2016, pp. 100-101.

hecho, según conclusiones de Eurostat, la brecha salarial entre mujeres y hombre en la UE sigue siendo del 13% aproximadamente.

La falta de transparencia salarial es uno de los principales obstáculos para hacer cumplir este derecho, ya que impide a las personas trabajadoras comparar su retribución, por término medio, con las de las personas del otro sexo que realizan un mismo trabajo o un trabajo de igual valor, haciendo que carezcan de información acerca de si su remuneración se ajusta al derecho a la igualdad de retribución. La falta de transparencia en esta materia crea así una zona gris que favorece la perpetuación del sesgo de género en la fijación de los salarios y como hemos señalado, su opacidad se ceba fundamentalmente en la configuración de complementos salariales variables y la imposibilidad de alcanzar el nivel retributivo en condiciones de igualdad que el resto de trabajadores, lo que no permite «distinguir» la existencia de complementos diferenciales que de otro modo podrían claramente ser constitutivos de discriminación⁷, de ahí la importancia del principio de transparencia retributiva, que exige además la información a las personas trabajadoras y los representantes legales de los sesgos de género, discriminaciones posibles de las retribuciones con el fin de adoptar las medidas y acciones que garanticen la aplicación efectiva del principio de igualdad salarial. A esta finalidad se vincula el propio Plan de Igualdad de carácter obligatorio para las empresas de más de cincuenta trabajadores⁸.

Es por todo lo anterior que en marzo de 2021 la Comisión presentó una propuesta sobre transparencia retributiva, para garantizar que mujeres y hombres reciban la misma retribución por la realización de un mismo trabajo o un trabajo de igual valor.

La propuesta legislativa se centra en dos factores fundamentales de la igualdad de retribución: por un lado, plantea medidas para garantizar la transparencia retributiva destinada a las plantillas y a las empresas, y por otro, un mejor acceso a la justicia para las víctimas de discriminación en este ámbito.

Dicha propuesta dio lugar a la Directiva 2023/970 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de mayo de 2023, por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor, a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su cumplimiento.

⁷ BALLESTER PASTOR M. A.: *La discriminación retributiva por razón de sexo. Brecha salarial y desigualdades de género en el mercado de Trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2018, pp. 25-26; APARICIO TOVAR J (dir.) *Estudios sobre el salario*, Bomarzo, Albacete 2004.

⁸ ROMERO RODENAS M. J.: *Planes de igualdad: régimen jurídico, negociación y práctica aplicada*, Bomarzo, Albacete, 2026, p. 27-28.

La citada Directiva entró en vigor a los 20 días de su publicación en el Diario Oficial de la UE, el 17 de mayo de 2023, y desde esta fecha los países disponen de hasta tres años para trasponer la Directiva, adaptando su legislación nacional para tener en cuenta el contenido de la misma.

No es nuestro objetivo realizar un estudio exhaustivo de dicha Directiva, así pues su contenido puede ser sintetizado en los siguientes extremos:

El objetivo de la normativa es reforzar la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres en los términos indicados con anterioridad. Las empresas tienen la obligación de cumplir en primer lugar el principio de transparencia retributiva y en segundo lugar el acceso a la información⁹. En relación al principio de transparencia retributiva, la normativa obligará a las empresas a informar a las personas solicitantes de empleo sobre el salario inicial o la banda retributiva de los puestos que se ofrezcan, ya sea en el anuncio de vacante o por otro medio para garantizar una negociación informada y transparente sobre la retribución. Impedir a las empresas que pregunten a los solicitantes sobre su historial retributivo. Que los anuncios de las vacantes de trabajo y las denominaciones de los puestos sean neutros con respecto al género. Y una vez ocupen el cargo, las personas trabajadoras tendrán derecho a pedir a las empresas, a través de sus representantes legales, información sobre los niveles retributivos individuales y medios, desglosados por sexo, para las categorías de personal que realice el mismo trabajo o un trabajo de igual valor, y, asimismo, los criterios utilizados para determinar la retribución, los niveles retributivos y la progresión de la carrera profesional, que deben ser objetivos y neutros con respecto al género. En relación con la obligación de información, las empresas con más de 250 personas empleadas deberán informar anualmente a la autoridad laboral pertinente sobre la brecha retributiva de género¹⁰. En el caso de las organizaciones más pequeñas, la obligación de facilitar esta información se cumplirá cada tres años; salvo para aquellas con menos de 100 personas empleadas, que no tendrán obligación de informar. Si el informe revela una diferencia retributiva superior al 5% que no pueda justificarse por criterios objetivos y neutros con respecto al género, las empresas deberán adoptar medidas y más concretamente realizar una evaluación retributiva conjunta en colaboración con la representación del personal.

⁹ ROMERO RODENAS M. J, MORARU G.: «Instrumentos pioneros para detectar posibles desigualdades en la empresa: registro salarial y auditorías retributivas en el Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre de igualdad retributiva entre mujeres y hombres», *Revista Jueces para la Democracia*, núm. 101 (2021), pp. 31-43.

¹⁰ Art. 9.2 Directiva mencionada «... A más tardar el 7 de junio de 2027 y posteriormente cada año».

La Directiva señala expresamente que las personas trabajadoras que sufran una discriminación retributiva por razón de género podrán recibir una indemnización que incluirá la recuperación íntegra de los atrasos y las primas o los pagos en especie correspondientes. Los Estados miembros establecerán un régimen de sanciones efectivas, proporcionada y disuasorias, aplicables a la infracción de los derechos y obligaciones relativos al principio de igualdad de retribución.

1.2 Marco normativo nacional

1.2.1 EL REAL DECRETO-LEY 6/2019, DE 1 DE MARZO: ANTESALA DEL REGISTRO E IGUALDAD RETRIBUTIVA

El imaginario social en cuyo seno se aprobó el RDL 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación¹¹ difiere sustancialmente del paradigma pandémico durante el cual se desarrolló reglamentariamente a través del Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres. A pesar de ser dos normas que confluyen en la consecución de la igualdad, resulta fundamental el desarrollo reglamentario para comprender el contexto en el que cada una de ellas emerge. Sobre la crisis económica y financiera y sus nefastos efectos laborales se han elucubrado diversos abordajes doctrinales sobre todas las vicisitudes afectadas del Derecho del Trabajo. El balance de las consecuencias de las reformas laborales acaecidas en 2010 y 2012 revela el detrimento que han supuesto en aras de la igualdad entre mujeres y hombres. No se trata de inventariar las repercusiones de las modificaciones legislativas orientadas a la salvaguarda del principio de estabilidad presupuestaria *ex art.* 135 CE, pero sus efectos siguen persistiendo.

Paulatino menoscabo de las condiciones materiales de existencia de la ciudadanía, devaluación salarial, debilitamiento de la negociación colectiva y extensión de los contratos temporales como forma principal de contratación son tan sólo unos cuantos vértices visibles de los atributos que han caracterizado la crisis económica¹². A pesar de que no se han conseguido revertir las

¹¹ Declarado constitucional por la STC 18/2023, de 21 de marzo, sobre la misma *Vid.* SEMPERE NAVARRO A. V.: «Sobre transparencia salarial y no discriminación», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11 (2023), consulta *online* BIB\2023\2910.

¹² BAYLOS GRAU, A., «Un nuevo modelo democrático de relaciones laborales», *Revista de Derecho Social*, n.º 70, 2015, pp. 13 y ss.

medidas de la reforma laboral de 2012, el 8 de marzo de 2019 entraba en vigor el RDL 6/2019, de 1 de marzo que, sin lugar a duda, ha supuesto un paso más hacia un horizonte más igualitario en el mundo laboral.

La edificación jurídica de los derechos fundamentales a la igualdad y a no sufrir discriminaciones por los motivos que abiertamente el constituyente ha dispuesto en el art. 14 CE ha sido objeto de avances y retrocesos siendo muy importante el debate normativo y científico¹³. Además, como ha señalado consolidada doctrina, el art. 28 ET recoge el derecho a la no discriminación salarial por razón de sexo, constituyendo «el punto de convergencia, más que de llegada, de dos procesos que, aun cuando han discurrido en paralelo, lograron abrir entre sí espacios de encuentro y de recíproca influencia. El primero afecta a la noción misma de la interdicción de tratamientos discriminatorios, por causas diversas, entre ellas el sexo; el segundo, de ámbito más restringido, se mueve en derredor de la concreción de la lucha antidiscriminatoria por razón de sexo en el terreno estrictamente retributivo»¹⁴.

La segmentación entre el trabajo remunerado y no remunerado atendiendo al sexo como criterio promovió la conformación jurídica de una realidad de ese trabajo como un orden normativo autónomo que respondió a relaciones basadas en el «hombre económico» dando lugar al aislamiento en invisibilidad de las mujeres tanto en el trabajo productivo como reproductivo¹⁵. En aras de la de igualdad salarial entre mujeres y hombres, el RDL 6/2019, de 1 de marzo introduce algunas destacadas novedades. La vocación del instrumento normativo señalado consiste en paliar la situación de desigualdad y discriminación salarial a través de la incorporación de dos medidas para fomentar la transparencia salarial: la obligación empresarial de pagar igual retribución para trabajos de igual valor (art. 28.1 ET) y la disposición normativa de la obligación empresarial de llevar un registro salarial (art. 28.2 ET).

La reforma normativa incorporada por el RD 6/2019 trata de colmar algunas lagunas de regulación respecto al contenido de los planes de igualdad sobre la materia salarial fijando el citado Real Decreto con carácter previo al Plan de Igualdad, la elaboración de un «diagnóstico negociado», cuyo «contenido mínimo» incorporará las condiciones de trabajo y las retribuciones¹⁶. No

¹³ CASAS BAAMONDE, M. E., «La igualdad de género en el Estado Constitucional», *Revista de Derecho Social*, n.º 88, 2019, p. 13.

¹⁴ VALDÉS DAL-RÉ F., Salario mínimo interprofesional e igualdad de remuneración por razón de sexo (arts. 27 y 28), *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100, p. 631. BIB\2000\620

¹⁵ CASAS BAAMONDE, M. E., «Igualdad de género y Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social», *Femeris*, vol. 4, n.º 2, 2019, pp. 5-8.

¹⁶ SÁEZ LARA, C., «Registro salarial e igualdad retributiva entre mujeres y hombres tras el RDL 6/2019: una primera aproximación», *Revista de Derecho Social y Empresa*, n.º 12, 2020, p. 5.

obstante lo anterior, el RDL 6/2019 cuenta con unos antecedentes de indudable relevancia, de los cuales aquí señalaremos la proposición de ley para la igualdad retributiva entre mujeres y hombres registrada en el Congreso el 24 de octubre de 2017, que ha planteado interesantes respuestas a la desigualdad laboral entre mujeres y hombres¹⁷.

El RDL 6/2019, de 1 de marzo aspira a «dar a la sociedad un marco jurídico que permita dar un paso más hacia la igualdad» tal y como se manifiesta en su Exposición de Motivos, pues la Ley Orgánica de Igualdad, sin dejar de ser todo un hito normativo, ha tenido resultados discretos¹⁸. El impulso normativo conferido por el mencionado RDL 6/2019 se ha traducido así en la modificación de una parte no orgánica de la LOI, ley que en su día modificó numerosos preceptos del ET con incidencia especial en los Títulos II y III del mismo. La actual versión del art. 28 ET, operada por el RDL 6/2019, trata de consolidar el contexto regulador de la igualdad de remuneración por razón de sexo¹⁹. Pero lo anterior no ha quedado exento de la crítica doctrinal que apunta a «la insistencia en utilizar como referencia las percepciones estrictamente salariales, olvidando que la igualdad retributiva entre mujeres y hombres se refiere a todo tipo de percepciones»²⁰. El art. 9.3 ET también acoge una mención a la discriminación «salarial» por razón de sexo decretando la nulidad del contrato y dando derecho a la retribución correspondiente al trabajo igual o de igual valor. Los postulados contenidos en el RDL 6/2019 no se detienen ahí extendiendo sus mandatos al derecho de los representantes de los trabajadores a recibir informes anuales sobre el registro «salarial» dispuesto en el art. 28.2 ET (art. 64.3 ET), así como a la vigilancia de la efectividad del principio de igualdad entre hombres y mujeres que recae sobre las instancias representativas en términos salariales²¹.

¹⁷ BALLESTER PASTOR, M. A., «El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol», *Femeris*, vol. 4, n.º 2, 2019, p. 23.

¹⁸ GRAU PINEDA, C., «Los enemigos que amenazan la efectividad real de los planes de igualdad», *Femeris*, vol. 5, n.º 2, 2020, p. 13.

¹⁹ RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S., *La no discriminación retributiva por causa del sexo y del género. Un derecho constitucional laboral específico*, Albacete, Bomarzo, 2020, p. 170.

²⁰ BALLESTER PASTOR, M. A., «El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol», *op. cit.*, p. 23.

²¹ RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S., *La no discriminación retributiva por causa del sexo y del género...*, *op. cit.*, pp. 170-171.

1.2.2 EL PIONERO RD 902/2020, DE 13 DE OCTUBRE, DE IGUALDAD
RETRIBUTIVA ENTRE MUJERES Y HOMBRES

El marco regulador introducido por el RDL 6/2019, de 1 de marzo ha requerido del desarrollo reglamentario constituido por el RD 902/2020, de 13 de marzo que ha concretado sus presupuestos y determinado el complejo contenido de las obligaciones en diferentes aspectos como: el concepto de trabajo de igual valor, dando certeza y seguridad jurídica acerca de su alcance y la necesidad de que sean tenidos en cuenta factores objetivos vinculados de manera estricta y necesaria con el trabajo desempeñado; la obligación del registro retributivo desarrollando, entre otros aspectos, los criterios concretos para desagregar por sexo la información retributiva de la empresa; los sistemas de clasificación profesional contenidos en los convenios colectivos y su necesaria vinculación con el registro y la transparencia retributiva a través de una correcta valoración de los puestos de trabajo, así como el derecho de las personas trabajadoras a acceder al contenido del registro.

Tal y como señala la Exposición de Motivos de Reglamento señalado es especialmente relevante, novedoso la transparencia en determinadas empresas, el desarrollo del concepto y contenido de las auditorías salariales, dando, en este punto concreto, cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 46.6 de la LOI introducido por el RD 902/2020.

Pese a que el desarrollo de las auditorías está vinculado al mandato contenido en el artículo 46.6 de la LOI se entiende que, sin perjuicio de su ubicación, tanto material como instrumentalmente, la auditoría está concebida como un elemento nuclear en la consecución del objetivo de la igualdad retributiva entre mujeres y hombres a través del principio y el refuerzo de la transparencia y así se pone de manifiesto en la Recomendación de la Comisión de 7 de marzo de 2014.

Así es preciso volver a subrayar que el RD 902/2020 de 13 de octubre, complementa la regulación contenida en el Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo.

No es baladí señalar que el acervo normativo al que nos estamos refiriendo aboga por una concepción de retribución en términos similares a la mencionada Recomendación de la Comisión Europea de 7 de marzo de 2014 que dispone que los Estados miembros deben establecer el concepto de trabajo de igual valor, lo que resulta indispensable para fortalecer la relevancia de la igual valoración y para conformar las reglas que han de ser observadas para

que esa valoración sea correcta²². Esta Recomendación de la Comisión de marzo 2014 le sirve a España 5 años después, por la vía primero del RDL 6/2019 modificar el art. 28 del ET y este nuevo marco normativo requiere un desarrollo reglamentario que ha sido el desarrollado en el RD 902/2020, 13 de octubre. Por lo tanto este nuevo marco reglamentario nace muy influenciado por la citada Recomendación de la Comisión. A mayor abundamiento, la importante Sentencia del TJUE Asunto C-624/19, de 3 de junio de 2021, subrayó que el efecto directo del artículo 157 TFUE no se limita a las situaciones en las que los trabajadores de distinto sexo comparados efectúen un «mismo trabajo», sino que también se hace extensivo a las situaciones de «trabajo de igual valor». En este contexto, el Tribunal de Justicia de la UE considera que esta interpretación resulta corroborada por el objetivo perseguido por el artículo 157 TFUE: la eliminación, para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor, de toda discriminación por razón de sexo en el conjunto de los elementos y condiciones de retribución. A este respecto, el Tribunal de Justicia de la UE señala que el principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor contemplado en el artículo 157 TFUE forma parte de los fundamentos de la Unión Europea, por lo que el principio de igualdad de retribución entre personas trabajadoras, consagrado por el Derecho de la Unión, puede invocarse directamente, tanto para un «mismo trabajo» como para un «trabajo de igual valor» en litigios entre particulares.

La trascendencia de la transparencia retributiva como artífice para la promoción de la igualdad salarial requería la consagración efectiva y el desarrollo del registro salarial en las empresas. Así, el art. 3 del Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, perfila el principio de transparencia salarial como aquel que posibilite obtener información suficiente y significativa sobre el valor que se le atribuye a esa retribución, exigiendo que la información y comunicación relativa al tratamiento de los datos sea accesible y fácil de entender con un lenguaje claro y sencillo. El precepto citado utiliza los adjetivos «suficiente y significativa» para referirse a la información, nótese que el Reglamento de Protección de Datos al referirse al uso de información utiliza los adjetivos «veraz», «real» y «leal». De forma que dicho art. 3, expresa el principio de transparencia retributiva como «...aquel que, aplicado a los diferentes aspectos que determinan la retribución de las personas trabajadoras y sobre sus diferentes elementos, permite obtener información suficiente y significativa sobre el valor que se le

²² BALLESTER PASTOR, M. A., «La discriminación retributiva por razón de sexo en la Unión Europea», *Documentación Laboral*, vol. III, n.º 115, 2018, pp. 26-27.

atribuye a dicha retribución». A su vez, el apartado 2 del citado artículo dispone que dicho principio «tiene por objeto la identificación de discriminaciones, en su caso, tanto directas como indirectas, particularmente las debidas a incorrectas valoraciones de puestos de trabajo, lo que concurre cuando desempeñado un trabajo de igual valor... se perciba una retribución inferior sin que dicha diferencia pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y sin que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios».

Igualmente, la transparencia salarial constituye un instrumento esencial para posibilitar las reclamaciones judiciales y, consiguientemente, también para inspirar en la empresa cierto interés aún preventivo, en la instauración de sistemas de retribución objetivos²³.

Atendiendo al mismo precepto, el principio de transparencia retributiva tiene por objeto identificar posibles discriminaciones directas como indirectas debido «a incorrectas valoraciones de puestos de trabajo» lo que se produce cuando desarrollando un trabajo de igual valor, se percibe una retribución inferior sin que dicha diferencia pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y sin que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios. El principio de transparencia retributiva se aplicará al menos, a través de los instrumentos como «los registros retributivos, la auditoría retributiva, el sistema de valoración de puestos de trabajo de la clasificación profesional contenida en la empresa y en el convenio colectivo que fuera de aplicación y el derecho de información de las personas trabajadoras».

El marco estatutario consagra la obligación del empresario de pagar por la prestación de un trabajo de igual valor el mismo salario, satisfecho directa o indirectamente y cualquiera que sea la naturaleza de la misma, sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo, en ninguno de los elementos o condiciones de aquella (art. 28.1 ET), con la fijación de un sistema de clasificación profesional y valoración de los puestos de trabajo respetando el principio de igual retribución ante trabajos de igual valor, al establecimiento de auditorías retributivas y la creación del registro salarial. También se establecen obligaciones para la negociación colectiva que deberán determinar un sistema de clasificación profesional y de valoración de los puestos de trabajo respetando y cumpliendo el principio de igual retribución ante trabajos de igual valor.

²³ BALLESTER PASTOR M. A.: «La discriminación retributiva por razón de sexo en la Unión Europea...», *op. cit.* p. 25

Así pues, el principio de transparencia retributiva se aplicará, fundamentalmente, a través de los instrumentos regulados en el RDL 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, conforme al desarrollo reglamentario llevado a cabo por el RD 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres, siendo tales instrumentos los siguientes:

- El registro retributivo;
- La auditoría retributiva;
- El sistema de valoración de los puestos de trabajo de la clasificación profesional contenida en la empresa y en el convenio colectivo aplicable y;
- El derecho de información de las personas trabajadoras.

2. EL REGISTRO RETRIBUTIVO

2.1 Normativa reguladora y empresas obligadas

El conjunto de derechos y obligaciones recogido en el art. 28.2 ET requiere para su mejor comprensión una necesaria delimitación atendiendo al objeto que regula cada uno de sus dos párrafos: el primero de ellos, consagra una nueva obligación empresarial, a saber con un interés particular, el deber de llevar un registro empresarial, mientras el segundo, confiere a las personas trabajadoras el derecho a acceder al registro salarial a través de la representación legal de las personas trabajadoras en la empresa. Como consecuencia de lo anterior, el tenor literal del art. 64.3 ET también ha visto alterados sus términos ya que suma como nuevo contenido el derecho de información de los representantes de los trabajadores en materia de igualdad, el acceso al «registro incluido en el art. 28.2»²⁴.

Sin ningún resquicio de duda, el art. 28.2 ET consagra un nuevo mandato en materia salarial, dotado de cierta imperatividad ya que la obligación de las empresas en materia salarial supone contar con un registro que refleje los valores medios de los salarios, complementos salariales y las percepciones extrasalariales de sus trabajadores y trabajadoras. Los referidos va-

²⁴ GARCÍA CAMPÁ, S., «El registro salarial o retributivo», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n.º 455, 2021, p. 89. GARCÍA CAMPÁ, S.: «El registro retributivo», en *Manual legal de igualdad en la empresa* (dir. García Campá), Aranzadi, Navarra, 2024, pp. 457 y ss.

lores han de ser, además, desagregados por sexo y distribuidos por grupos profesionales, categorías profesionales o puestos de trabajo iguales o de igual valor. A la vista del tenor literal del art. 28.2 ET y del art. 5 del Real Decreto 902/2020, podríamos delimitar el registro salarial como un instrumento de fiscalización de las percepciones salariales, instrumento que no sólo ha de limitar su control al salario, sino que ha de extender su verificación a cualquier complemento y percepciones extrasalariales con el principal propósito de suprimir las discriminaciones salariales entre mujeres y hombres que desembocan en las muy extendidas brechas salariales de género. Para facilitar la detección de las posibles discriminaciones salariales, el marco normativo conforme a lo dispuesto en el art. 5.1 del RD 902/2020, impone a la empresa la obligación de elaborar el registro retributivo, a todas las empresas con independencia de su tamaño, resultando intrascendente la forma jurídica que adopten, siendo el único requisito exigible el de que tengan trabajadores y trabajadoras por cuenta ajena a su cargo. Cuando se trate de ETTs o empresas contratistas, la obligación de registro vendrá impuesta con relación a todas las personas trabajadoras que contraten, aunque presten servicios en dependencias de otras empresas. Ello permite comprobar si realmente existe una brecha salarial entre trabajadores y trabajadoras en la empresa ²⁵.

Si la empresa cuenta con varios centros de trabajo, incluso dedicados a distintas actividades y con convenios colectivos de aplicación diferentes, el registro habrá de venir referido a la empresa en su conjunto, sin perjuicio de que pueda decidir la realización, además, de un registro retributivo para cada centro de trabajo. Con relación al personal laboral de las Administraciones públicas la Disposición adicional 4.^a del citado RD establece que a dicho personal «le resultará de aplicación lo previsto en el presente reglamento, de acuerdo con las peculiaridades establecidas en su legislación específica», de forma que parece ser necesario un nuevo desarrollo normativo para dicho personal, si bien habrá de quedar circunscrito a las Administraciones públicas a que hace referencia el art. 2.1 EBEP, por lo que tratándose de entidades públicas empresariales, sociedades de capital público, fundaciones, consorcios, etc. les será de aplicación las previsiones en el RD 902/2020.

²⁵ BLÁZQUEZ AGUDO E.: «Una aproximación a la igualdad de género en el mercado laboral», *Especialista en gestión de políticas de igualdad* (dir. Blázquez Agudo, Sáinz de Baranda Andújar, Nieto Rojas), Aranzadi, Pamplona, 2019, pp. 272-273.

2.2 Ámbito de aplicación

La norma reglamentaria es aplicable a las relaciones laborales reguladas en el ET, por lo que estando incluidas dentro de su ámbito tanto las relaciones laborales ordinarias como las de carácter especial a que se refiere el art. 2 ET. Por otra parte, el registro vendrá referido a la totalidad de la plantilla incluido el personal directivo y los altos cargos (art. 5.1 RD 902/2020) y con independencia de la modalidad de contrato suscrito.

La obligación de contar con el registro se produce al margen de cuál sea la composición de la plantilla²⁶, de manera que tal obligación persiste aunque se trate de empresas integradas exclusivamente por mujeres o por hombres²⁷. Se incluye a todas las modalidades de contratación laboral, y como ha señalado alguna sentencia de juzgado de lo social, sin tomar en consideración el momento de su incorporación en la empresa²⁸. Como ha señalado la doctrina iuslaboralista, si la empresa le es de aplicación diferentes convenios colectivos, con diferentes retribuciones de las personas trabajadoras de la empresa que difieren en función del centro de trabajo o unidad productiva, «dichas variables deberán ser tomadas en consideración a la hora de desglosar los valores retributivos»²⁹.

La inclusión de toda la plantilla significa que las personas trabajadoras que hayan causado baja a lo largo del año se incluyen en el mismo, ya que se deben recoger las retribuciones de todo el personal que haya integrado la plantilla durante el año natural.

2.3 Plazo para su elaboración

Las empresas tienen esta obligación desde el 8 de marzo de 2019, fecha de entrada en vigor del RDL 6 /2019, que introduce la figura del registro retributivo en el art. 28 ET. Al publicarse el RD 902/2020, se estableció un plazo para adaptar su contenido a las previsiones de la norma reglamentaria, plazo que concluyó el 14 de abril de 2021, lo que significa que a partir de esta última fecha todas las empresas deben de contar con un registro retributivo adaptado al RD 902/2020. Final del formulario.

²⁶ ROQUETA BUJ R.: *La igualdad retributiva entre mujeres y hombres: registros y auditorías salariales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 52. *Vid.* STS 21 de noviembre de 2024, rec. 218/2023.

²⁷ SAN de 23 de febrero de 2023, rec. 355/2022.

²⁸ SJS núm. 2 de Vigo de 15 de julio de 2022, rec. 293/2022.

²⁹ ROQUETA BUJ R.: *La igualdad retributiva entre mujeres y hombres: registros y auditorías salariales...*, *op. cit.*, p. 53.

2.4 Participación de la representación legal del personal en la elaboración del registro

La representación legal de las personas trabajadoras debe ser consultada con una antelación de al menos 10 días, con carácter previo a su confección. Igualmente y con la misma antelación deberá llevarse a cabo dicha consulta cuando el registro sea modificado (art. 6 RD 902/2020), de forma que no existe un derecho de negociación propiamente dicho, sino simplemente un derecho de consulta³⁰.

2.5 Contenido del registro retributivo

Conforme a lo dispuesto en el art. 28.2 ET el registro contendrá «los valores medios de los salarios, los complementos salariales y las percepciones extrasalariales de su plantilla, desagregados por sexo y distribuidos por grupos profesionales, categorías profesionales o puestos de trabajo iguales o de igual valor...», lo que reitera el art. 5.2 de la norma reglamentaria, puntualizando que solo accede al registro «la media aritmética y la mediana de lo realmente percibido...».

Así pues en el registro no aparece la retribución bruta de cada persona trabajadora, ya que, entre otras cuestiones se trata de una magnitud cuyo conocimiento estaría amparado por la normativa sobre protección de datos; de modo que en el registro lo que se incluye es la media aritmética y la mediana que por los conceptos de salario, complementos salariales y percepciones extrasalariales, percibe un determinado grupo de personas trabajadoras encuadradas en un mismo nivel, categoría o grupo profesional.

Los valores medios y medianos han de venir desglosados en función de «... los salarios, los complementos salariales y las percepciones extrasalariales» debiendo llevarse a cabo el desglose «en cada grupo profesional, categoría profesional, nivel, puesto o cualquier otro sistema de clasificación aplicable», con la particularidad de que deberá especificarse de forma diferenciada cada percepción, sin que quepa por tanto acumular todos los complementos salariales o extrasalariales satisfechos³¹. Así lo ha señalado la

³⁰ En el mismo sentido, GARCÍA CAMPÁ, S.: «El registro retributivo», en *Manual legal de igualdad en la empresa...*, op. cit., p. 470.

³¹ El registro debe venir referido a todos y cada uno de los conceptos percibidos por la plantilla (antigüedad, cualquier tipo de plus de turnicidad, asistencia, nocturnidad, incentivos, participación en beneficios, etc.) con inclusión de las partidas extrasalariales transporte, dietas, suplidos, alojamiento, cualquier tipo de indemnización, etc. Los conceptos retributivos a que venimos haciendo referencia deberán acceder al registro desglosados por sexo, ya que uno de sus objetivos es el de posibilitar la comparación de las retribuciones percibidas por las personas trabajadoras de cada sexo que realizan un trabajo de igual

Sala de lo Social del TS ³² al manifestar que en el registro salarial del art. 28.2 ET no es obligado incluir datos que identifiquen la retribución individualizada del trabajador sino «valores medios» y «desagregados por sexo» para conocer si estos valores revelan desigualdad. No hay razones que, desde la finalidad de la igualdad retributiva, hagan necesario que conste adicionalmente datos que permitan identificar la retribución individualizada; asimismo, esta obligación de registro es autónoma del plan de igualdad y de la auditoría retributiva. A mayor abundamiento el TS señala que para tratar los datos personales de la persona cuyo salario individual se identifica, debe existir una clara base legal pues las normas obligan a incluir en el registro los valores medios salariales y no los individuales, el principio de minimización de datos aconseja que se alegue sobre la pertinencia y necesidad de llegar a conocer datos que permitan identificar la retribución individualizada de una persona. La ausencia de concreción en los casos en los que hay muy pocos trabajadores del mismo sexo no quiebra el art. 28 ET ³³.

2.6 Singularidades del registro retributivo en las empresas con auditoría retributiva

En estos casos, el registro presenta las particularidades a que se refiere el art. 6 del RD 902/2020 y, en concreto, las siguientes exigencias:

En primer lugar, «El registro deberá reflejar, además, las medias aritméticas y las medianas de las agrupaciones de los trabajos de igual valor en la empresa, conforme a los resultados de la valoración de puestos de trabajo ... aunque pertenezcan a diferentes apartados de la clasificación profesional, desglosados por sexo y desagregados conforme a lo establecido...». Su finalidad es detectar las diferencias salariales entre mujeres y hombres que realizan un trabajo de igual valor, aunque pertenezcan a niveles, grupos, o categorías profesionales diferentes. Así pues, procederá la agrupación de los trabajos que

valor, aunque pertenezcan a distintos grupos, niveles o categorías. Vid STS 145/1991 de 1 de julio «... es el trabajo mismo y no su denominación el factor esencial para la comparación a efectos de no discriminación por sexo en materia salarial, siendo la categoría profesional un elemento secundario cuando se constata esta esencial identidad en la prestación laboral de los trabajadores afectados y de aquellos con quienes se comparan...». En parecidos términos STC 286/1994, de 27 de octubre y STSJ Canarias (Las Palmas) de 19 de diciembre de 2014, rec. 428/2014 y 25 de febrero de 2014, rec. 1304/2013.

³² SSTS 21 de noviembre de 2024, rec. 218/2023 y 15 de enero de 2025, rec. 136/2023.

³³ COLLADO GARCÍA L., ROMERO RODENAS M. J., TRILLO PÁRRAGA F., *El salario y la cotización a la Seguridad Social*, 3.º ed, Bomarzo, Albacete, 2024, pp. 52 y ss.

teniendo una denominación distinta y aunque respondan a trabajos diferentes, se trate de tareas equivalentes en la valoración de puestos de trabajo.

En segundo lugar, «El registro deberá incluir la justificación a que se refiere el artículo 28.3 ET, cuando la media aritmética o la mediana de las retribuciones totales en la empresa de las personas trabajadoras de un sexo sea superior a las del otro en, al menos, un veinticinco por ciento». En este sentido ha de partirse del contenido del art. 28.3 ET, conforme al cual si «...cuando el promedio de las retribuciones a los trabajadores de un sexo sea superior a los del otro en un veinticinco por ciento o más, tomando el conjunto de la masa salarial o la media de las percepciones satisfechas, el empresario deberá incluir en el Registro salarial una justificación de que dicha diferencia responde a motivos no relacionados con el sexo de las personas trabajadoras».

En estos casos es evidente que cuando las diferencias retributivas obedecen a una situación de discriminación directa³⁴ en materia salarial por razón de sexo, no cabe justificación alguna al respecto, quedando limitada dicha justificación a los casos de discriminación indirecta por razón de sexo³⁵.

³⁴ Sin ánimo de exhaustividad. *Vid.* supuestos de discriminación directa en materia salarial por razón de sexo: STSJ Madrid de 27 de octubre de 2023, rec. 665/2023. Se considera que constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo y la maternidad; STSJ Galicia de 30 de junio de 2022, rec. 2722/2022. Se aprecia discriminación salarial por el hecho de que los varones reciban complementos salariales superiores a las mujeres (limpiadoras); STSJ Extremadura de 6 de abril de 2021, rec. 133/2021, 23 de octubre de 2020, rec. 241/2020 y 28 de noviembre 2019, rec. 524/2019. Abono del plus de peligrosidad al personal masculino y no a las mujeres, realizando todos el mismo trabajo: STSJ Madrid 21 de mayo de 2021, rec. 150/2021. Constituye discriminación directa la decisión de la empresa de no aumentar el salario de la trabajadora hasta la misma cantidad que perciben sus compañeros de la misma categoría; STSJ Navarra 21 de enero de 2021, rec. 2/2021. Complemento salarial percibido por las mujeres en cuantía inferior a los hombres, realizando idénticas funciones y con igual valor. Carácter discriminatorio; STSJ Canarias/Tenerife 20 de enero de 2020, rec. 882/2019. Abono a una investigadora de una retribución sensiblemente inferior a la percibida por dos investigadores varones, realizando el mismo trabajo: STSJ Andalucía/Granada de 14 de noviembre de 2019, rec. 964/2019 y 11 de octubre de 2018, rec. 1119/2018. Complemento específico de distinta cuantía, menor para el colectivo de limpiadoras, integrado exclusivamente por mujeres, frente a los operarios peones, cuyo grupo lo componen solo varones; STSJ Asturias 20 de noviembre de 2018, rec. 2243/2018. Existencia de notorias diferencias retributivas entre mujeres y hombres, en perjuicio de estas últimas realizando idénticas funciones; STSJ Andalucía/Málaga 14 de febrero de 2018, rec. 2089/2017. Abono de incentivos a la única mujer responsable de departamento, en cuantía sensiblemente inferior a la que perciben el resto de responsables de departamento, todos ellos varones.

³⁵ Sin ánimo de exhaustividad, *Vid.* supuestos de discriminación indirecta en materia salarial por razón de sexo: STC 286/1994, de 27 de octubre. Discriminación retributiva de las mujeres que trabajan en el departamento de envase, empaquetado y acabado al percibir un salario base inferior al de los hombres del departamento de producción, pese a tratarse de trabajos de igual valor; STS, cont.-advta., de 16 de junio de 2021, rec. 7387/2019. Derecho a la percepción del complemento específico en la situación de baja por embarazo de riesgo; STS de 3 de diciembre de 2019, rec. 141/2018. Un pacto colectivo en el que se establece una retribución variable que penaliza a quienes disfrutan permisos vinculados a la conciliación, supone una discriminación indirecta por razón de sexo; STS 23 de junio de 2021, rec. 161/2019. Resulta discriminatorio la no inclusión de determinados pluses en el abono de ciertos permisos que afectan mayoritariamente a mujeres; STS 16 de julio de 2019, rec. 69/2018. Resulta dis-

2.7 Duración y vigencia del registro retributivo

El art. 5.4 RD 902/2020 dispone que el periodo temporal de referencia será, con carácter general, de un año, sin perjuicio de las modificaciones necesarias en caso de alteración sustancial de cualquiera de los elementos que lo integran, lo cual implica que deba actualizarse al menos anualmente, debiéndose elaborarse por años vencidos al objeto de incorporar el conjunto de las retribuciones satisfechas durante dicho año natural.

2.8 Obligaciones formales

La norma reglamentaria no contiene ningún modelo de registro cuyas indicaciones haya de seguir la empresa, limitándose a señalar que la información que procede incorporar al mismo ha de ser la suficiente para el cumplimiento de los fines previstos sobre transparencia retributiva. No obstante el art. 5.5 RD 902/2020, dispone que el «documento en el que conste el registro podrá tener el formato establecido en las páginas web del Ministerio de Trabajo y Economía Social y en el Ministerio de Igualdad», asimismo la disposición fina 3.^a faculta a ambos ministerios para el «desarrollo normativo y de aplicación de este Real Decreto». En cumplimiento de la normativa invocada se ha procedido a elaborar, en colaboración con los agentes sociales, una herramienta de registro retributivo que incorpora un modelo voluntario de registro, con el objeto de facilitar a las empresas su cumplimentación³⁶.

criminatoria por razón de sexo la práctica empresarial de no computar como horas trabajadas, determinados permisos que mayoritariamente utilizan mujeres, y ello a efectos del cobro de una retribución variable; STS 24 de enero de 2017, rec. 1902/2015. Existe discriminación por razón de sexo en la disminución retributiva sufrida por una médica residente durante el periodo de adaptación del puesto de trabajo por embarazo y derivada de la no realización de guardias médicas; STS 10 de enero de 2017, rec. 283/2015. Práctica empresarial consistente en computar como ausencias para pago de incentivos determinados permisos y suspensiones que mayoritariamente son disfrutados por mujeres; SAN 27 de abril de 2020, proc. 261/2019. Se aprecia discriminación por razón de sexo en el sistema de incentivos al no computar como tiempo trabajado el correspondiente a determinados permisos y suspensiones que afectan mayoritariamente a mujeres; SSTSJ Galicia 15 de mayo de 2020, rec. 318/2020 y 28 de diciembre de 2019, rec. 2985/2018. Médica residente a la que no se abona el promedio de guardias durante los periodos de baja por embarazo y maternidad; STSJ Andalucía/Granada 14 de noviembre de 2019, rec. 964/2019. Abono del complemento específico en distinta cuantía a profesionales que realizan un trabajo de igual valor, siendo menor el complemento para los colectivos feminizados; STSJ País Vasco 30 de abril de 2019, rec. 638/2019 la coexistencia de dos categorías distintas en el mismo nivel salarial, con distintos salarios, siendo una práctica aparentemente neutra, constituye una discriminación indirecta por razón de sexo, ya que la categoría menos favorecida está integrada mayoritariamente por mujeres y la otra totalmente por hombres.

³⁶ Vid. Guía de uso de Herramientas Registro Retributivo (Instituto de las Mujeres, Dirección General de Trabajo, 2021. Consulta en: https://www.igualdadnlaempresa.es/asesoramiento/herramientas-igualdad/docs/Guia_Uso_Herramienta_Registro_Retributivo.pdf

3. AUDITORÍA RETRIBUTIVA

3.1 Concepto y objetivos de la auditoría retributiva

El art. 46.2.e) de la Ley Orgánica 3/2027, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, conforme al cual el diagnóstico de situación, de negociación inexcusable para la elaboración de un plan de igualdad, ha de contener las «condiciones de trabajo, incluida la auditoría salarial entre mujeres y hombres» y los arts. 7 y 8 RD 902/2020, que desarrollan reglamentariamente las previsiones de la Ley Orgánica, citada.

Nos encontramos ante un procedimiento de recopilación y análisis de documentación que permite comprobar el sistema retributivo implantado en una empresa y tiene como objetivo detectar la existencia de diferencias retributivas injustificadas entre mujeres y hombres, facilitando, asimismo, la puesta en marcha de planes de actuación para alcanzar los objetivos propuestos en materia de igualdad salarial. Cabe recordar el art. 7.1 párrafo 2.º del RD 902/2020 al señalar los objetivos de la auditoría salarial como: «... obtener la información necesaria para comprobar si el sistema retributivo de la empresa, de manera transversal y completa, cumple con la aplicación efectiva del principio de igualdad entre mujeres y hombres en materia de retribución». Deberá permitir definir las necesidades para evitar, corregir y prevenir los obstáculos y dificultades existentes o que pudieran producirse en aras a garantizar la igualdad retributiva, y asegurar la transparencia y el seguimiento de dicho sistema retributivo».

3.2 Empresas obligadas y plazo para su elaboración

Dado que la auditoría salarial integra el contenido mínimo del diagnóstico de situación de un Plan de Igualdad, y que dicha auditoría ha de formar parte del Plan (art. 8.2.d) del RD 901/2020, resultará que habrán de elaborar la misma todas las empresas que estén obligadas a tener un Plan de Igualdad y en concreto las que cuenten con una plantilla superior a cincuenta personas trabajadoras (art. 45.2 LOI)³⁷.

³⁷ *In extenso*, ROMERO RODENAS M. J.: *Planes de igualdad: régimen jurídico...*, op. cit. pp. 28 y ss.

3.3 Contenido y fases de la auditoría retributiva

A tenor de lo dispuesto en el art. 8.1 del RD 902/2020 la auditoría retributiva supone las siguientes obligaciones para la empresa:

En primer lugar, la realización del diagnóstico salarial. Y en segundo lugar, el establecimiento de un plan de actuación para la corrección de las desigualdades retributivas detectadas.

A su vez, el diagnóstico de situación retributiva de la empresa requiere de la evaluación de los puestos de trabajo, en el caso de que tal evaluación no se hubiera realizado con anterioridad y de la indicación de otros factores desencadenantes de las diferencias retributivas.

Con relación a la evaluación de los puestos de trabajo es probable que la empresa ya disponga de la misma, pero de no ser así la auditoría retributiva le impone la obligación de evaluar los puestos de trabajo y el sistema de promoción interna (art. 8.1.a), párrafo 1.º del RD 902/2020, debiendo seguir para ello el procedimiento de valoración de puestos de trabajo a que se hace referencia en el apartado siguiente. Además de la valoración de puestos de trabajo y del sistema retributivo se procederá al análisis de otros factores que pudieran contribuir a la existencia de desigualdades salariales o de las dificultades para la promoción profesional, y todo ello con la finalidad de adoptar las medidas correctoras necesarias para cumplir con los objetivos propuestos en materia de igualdad salarial.

Las cinco fases por las que habrá de discurrir la auditoría retributiva son las siguientes: en primer lugar, determinar los factores que integran el contenido esencial de la relación laboral que han de ser objeto de análisis (retribuciones de todo tipo, requisitos educativos y profesionales para el acceso al puesto de trabajo, factores relacionados con el desempeño, distribución del personal, etc.). En segundo lugar, llevar a cabo la valoración de los puestos de trabajo en función de los factores previamente establecidos. En tercer lugar, comprobar si la valoración de factores refleja la existencia de prácticas discriminatorias en cuanto a la retribución de trabajos de igual valor. En cuarto lugar, diseño de un plan de actuación para corregir las posibles desigualdades detectadas, el cual debe de contener «objetivos, actuaciones concretas, cronograma y persona o personas responsables de su implantación y seguimiento» [art. 8.1.b) RD 902/2020]. Y en quinto lugar, la implantación de las medidas propuestas, con inclusión de un sistema de seguimiento acerca de su puesta en práctica.

3.4 Participación de la representación legal o sindical en el proceso de elaboración

La auditoría retributiva forma parte integrante del diagnóstico de situación del Plan de Igualdad y habida cuenta de que tal diagnóstico tiene carácter negociado, la consecuencia no puede ser otra que la de concluir con el carácter también negociado de la auditoría retributiva entre la empresa y la representación unitaria o sindical según proceda.

3.5 Vigencia de la auditoría retributiva

Tendrá la vigencia del plan de igualdad del que forma parte, salvo que se determine otra inferior en el mismo (art. 7.2 RD 902/2020)³⁸.

4. VALORACIÓN DE LOS PUESTOS DE TRABAJO

4.1 Marco normativo y concepto de valoración de puestos de trabajo

La Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio, relativa al principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, impone a los Estados miembros la obligación de garantizar la correcta valoración de los puestos de trabajo. Y el RD 902/2020, citado, particularmente, las siguientes disposiciones: Art. 3.4 que incluye la valoración de los puestos de trabajo dentro de los instrumentos de transparencia retributiva; Art. 4.4 criterios a tener en cuenta para una correcta valoración de los puestos de trabajo; Art. 8.1.a) 1.º objeto de la valoración de los puestos de trabajo; Art. 9 valoración de los puestos de trabajo en los convenios colectivos; DF 1.ª procedimiento de valoración. Y Art. 64.5.f) ET sobre el derecho a emitir informe con carácter previo a la valoración de los puestos de trabajo.

Conceptualmente la valoración de puestos de trabajo es una técnica de gestión de recursos humanos que consiste en determinar el valor relativo de los

³⁸ Conforme a lo dispuesto en el art. 9.1 RD 902/2020 «el periodo de vigencia y duración de los Planes de Igualdad, que será determinado en su caso, por las partes negociadoras, no podrá ser superior a cuatro años». Sin perjuicio de ello el Plan de Igualdad habrá de revisarse cuando concurra alguna de las circunstancias previstas en el art. 9.2 de la tan citada norma reglamentaria, lo que igualmente supondrá la obligación de revisión de la auditoría retributiva.

puestos de trabajo de una empresa, independientemente de la persona que ocupa el puesto en un determinado momento.

4.2 Objetivos

La valoración de puestos de trabajo tiene «por objeto realizar una estimación global de todos los factores que concurren o pueden concurrir en un puesto de trabajo, teniendo en cuenta su incidencia y permitiendo la asignación de una puntuación o valor numérico al mismo. Es más, los factores de valoración deben ser considerados de manera objetiva y deben estar vinculados de manera necesaria y estricta con el desarrollo de la actividad laboral», tal y como señala el art. 8.1.a) 1.º párrafo 2.º RD 902/2020, citado. Así, es objeto de valoración el puesto de trabajo y no las aptitudes, condiciones o rendimiento de la persona que lo ocupa en un momento determinado.

Es así, como la adecuada valoración posibilita la consecución de los objetivos específicos como: permitir de forma objetiva la fijación del salario que proceda atribuir a cada puesto de trabajo; establecer las tareas que son propias del puesto valorado; determinar las exigencias formativas y el nivel de conocimientos que exige el desempeño del puesto; posibilitar el establecimiento de grupos, categorías o niveles de clasificación profesional adaptados a la realidad de cada empresa; permitir un conocimiento más exacto acerca de los puestos de trabajo de igual valor y contribuir a facilitar una más adecuada valoración de los riesgos laborales³⁹.

4.3 Criterios de valoración

La correcta valoración de los puestos de trabajo requiere tomar en consideración determinados criterios a los que hace referencia el art. 4.4 del RD 902/2020, citado y, en concreto: la adecuación, que implica que los factores relevantes de la valoración han de estar relacionados con la actividad desarrollada y la formación necesaria; la totalidad, en el sentido de tener en cuenta

³⁹ Una inadecuada valoración de los puestos de trabajo puede ser causa de desigualdades salariales y de discriminaciones retributivas derivadas del hecho de otorgar un tratamiento diferente a trabajos de igual valor. Y también puede ser el origen determinante de la brecha salarial de género. En este sentido, la STC 145/1991 de 1 de julio, ya se planteó un supuesto de incorrecta valoración de los puestos de trabajo en un convenio colectivo, a partir de la hipervaloración de una categoría mayoritariamente ocupada por hombres (peones), frente a la ocupada por mujeres (limpiadoras), pese a tratarse de trabajos de igual valor.

todas las condiciones que singularizan el puesto de trabajo, al objeto de constatar si concurren igual valor; y la objetividad, que supone la existencia de mecanismos claros que identifiquen los factores tenidos en cuenta para la fijación de la retribución, desechando valoraciones sociales que reflejan estereotipos de género.

4.4 Procedimiento de valoración de los puestos de trabajo

Con relación al procedimiento, la DF 1.^a del RD 902/2020, dispone que en el plazo de seis meses desde su entrada en vigor (14 de abril de 2021) se aprobará un procedimiento de valoración, pudiendo las empresas acogerse a cualquier otro sistema que mejor se ajuste a sus necesidades.

En la práctica existen dos sistemas básicos de valoración de puestos de trabajo comúnmente aceptados: 1) el procedimiento cuantitativo o global, que analiza la importancia de cada puesto en el organigrama de la empresa, pero no su contenido concreto y 2) el procedimiento cualitativo que examina los distintos factores que confluyen en un puesto de trabajo, otorgando una puntuación a cada factor y posibilitando finalmente en base a la puntuación total obtenida, establecer cuáles son los puestos de trabajo de igual valor. La OIT ha considerado como más adecuado el sistema de puntos por factor, que pertenece al sistema cualitativo o analítico ⁴⁰.

En cualquier caso una correcta valoración de los puestos de trabajo impone tomar en consideración los factores a que hace referencia el art. 4.2 RD 902/2020, siendo estos los siguientes: naturaleza de las funciones del puesto, entendiendo por tal naturaleza el contenido esencial de la relación laboral; condiciones educativas que se correspondan con las cualificaciones regladas y que guarden relación con el desarrollo de la actividad; condiciones profesionales y de formación exigibles para acreditar la cualificación de la persona trabajadora, incluyendo la experiencia o la formación no reglada que tenga relación con la actividad a desarrollar; y otras condiciones laborales que sean relevantes para el desarrollo de la actividad, tales como la penosidad, dificultad, las posturas forzadas, los movimientos repetitivos, la destreza, la minuciosidad, el aislamiento, el nivel de responsabilidad, entre otros (art. 4.3 RD 902/2020).

⁴⁰ GARCÍA GIL M. B.: «Valoración de puestos de trabajo con perspectiva de género» *Femeris*, vol. 6, n.º. 2 (2021), p. 74.

4.5 Fases del proceso de valoración y sujetos implicados

Sin perjuicio de lo que pueda establecerse en el procedimiento a que hace referencia la DF 1.^a del RD 902/2020, cualquier sistema de valoración de puestos de trabajo deberá constar de las siguientes fases: fijación de objetivos; constitución de un comité de valoración, en el que resulta recomendable la participación de la representación de la plantilla; definición del método a utilizar para llevar a cabo la valoración (cuantitativo, cualitativo o mixto); información a la plantilla y establecimiento de cauces de participación; Análisis y descripción de los puestos de trabajo; Valoración final de cada puesto.

En cuanto a los sujetos implicados en la valoración de puestos de trabajo, el ordenamiento jurídico no impone su negociación, sin perjuicio de la conveniencia de establecer cauces de participación de la plantilla. Solamente está prevista la emisión de informe con carácter previo, en los términos del art. 64.5.f) ET, cuya omisión puede ser sancionada como falta laboral grave en los términos de los arts. 5 y 7 de la LISOS.

4.6 Valoración de los puestos de trabajo en la negociación colectiva

Conforme a lo dispuesto en el art. 22.3 ET, en la definición de los grupos profesionales se garantizará la ausencia de discriminación, directa o indirecta, entre mujeres y hombres; dando cumplimiento al principio de igualdad retributiva por la realización de un trabajo de igual valor, en los términos del art. 28.1 ET. De forma que partiendo de las anteriores exigencias legales, con evidente anclaje constitucional, el art. 9 del RD 902/2020 «...las mesas negociadoras de los convenios colectivos deberán asegurarse de que los factores y condiciones concurrentes en cada uno de los grupos y niveles profesionales respetan los criterios de adecuación, totalidad y objetividad, y el principio de igual retribución para puestos de igual valor ...». Así pues, las partes negociadoras de un convenio colectivo vienen obligadas a comprobar que la definición de grupos profesionales se ajusta a los criterios que garantizan la ausencia de cualquier tipo de discriminación por razón de sexo, por la realización de trabajos de igual valor.

Con independencia de lo anterior, debemos de destacar que también la negociación colectiva tiene un papel relevante en la eliminación de la discriminación retributiva por razón de sexo, suprimiendo cualquier sesgo de gé-

nero en la regulación de cualquier partida retributiva de carácter salarial o extrasalarial.

4.7 Valoración de puestos de trabajo en la empresa

Con anterioridad hemos señalado que las empresas que llevan a cabo una auditoría salarial deben de evaluar los puestos de trabajo teniendo en cuenta lo establecido en el art. 4 del RD 902/2020, tanto con relación al sistema retributivo, como al de promoción profesional (art. 8.1.1.a). 1.º RD 902/2020), valoración que habrá de ajustarse a las previsiones analizadas anteriormente.

4.8 Perspectiva de género en la valoración de puestos de trabajo

La DA 1.ª del RD 902/2020, referida a la participación institucional, mandata al Instituto de las Mujeres y para la Igualdad de Oportunidades para que, en colaboración con las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, lleve a acabo actuaciones de información y sensibilización, dirigidas a las personas negociadoras de los convenios colectivos, planes de igualdad y acuerdos colectivos, que contribuyan a eliminar los sesgos de género y a la integración de la perspectiva de género en las empresas.

En línea con lo anterior y en relación con la integración de la importante perspectiva de género en la valoración de puestos de trabajo⁴¹, las actuaciones a llevar a cabo serán, entre otras, las siguientes: garantizar la ausencia de discriminación en materia de clasificación profesional; aplicar criterios objetivos y neutrales en la valoración de puestos de trabajo; utilizar el sistema de valoración en función de la puntuación otorgada a cada factor que esté presente en el puesto de trabajo, teniendo en cuenta los distintos grados o niveles de intensidad; Incluir en la valoración las capacidades que generalmente se asocian a las mujeres; baremar de manera equilibrada los distintos factores evitando la atribución de mayor puntuación a aquellos factores que se asocian mayoritariamente a los hombres; describir con igual precisión y de forma exhaustiva todos los puestos de trabajo, evitando dudas en la interpretación de los distintos factores.

⁴¹ GARCÍA GIL M. B.: «Valoración de puestos de trabajo con perspectiva de género»..., *op. cit.*, pp. 61-83

5. DERECHOS DE INFORMACIÓN DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS EN MATERIA DE TRANSPARENCIA RETRIBUTIVA

El ordenamiento jurídico contempla, de manera un tanto asistemática, la regulación de los derechos de información y participación en materia de transparencia retributiva, diferenciando el ejercicio de tales derechos en función de cada medida de transparencia y, asimismo, de quien ejerza los derechos de información y participación.

5.1 Registro retributivo

La representación legal de la plantilla ha de ser consultada, al menos con 10 días de antelación, a la confección del registro retributivo (art. 5.6 RD 902/2020) y el hecho de no hacerlo, será constitutivo de infracción laboral grave, conforme a lo establecido en los arts. 5 y 7 de la LISOS.

En cuanto al derecho de acceso al registro, el punto de partida viene constituido por el art. 28.2 ET, conforme al cual «las personas trabajadoras tienen derecho a acceder, a través de la representación legal de los trabajadores en la empresa, al registro salarial de su empresa», artículo que ha sido objeto de desarrollo en el art. 5.3 RD 902/2020, que diferencia la información a suministrar en función de que la empresa cuente o no con representación legal del personal.

De esta forma, cuando exista representación legal del personal el acceso al registro se facilitará a las personas trabajadoras a través de la citada representación, teniendo derecho aquellas a conocer el contenido íntegro del registro, de modo que la información debe facilitarse a dicha representación y venir referida a la totalidad del contenido.

Cuando el acceso al registro se solicite por una persona trabajadora, en una empresa en la que no exista representación legal, «...la información a facilitar se limitará a las diferencias porcentuales que existieran en las retribuciones promediadas de hombres y mujeres, que también deberán estar desagregadas en atención a la naturaleza de la retribución y el sistema de clasificación aplicable». En este caso, ante la indeterminación normativa, surge la duda acerca de precisar si dicha información ha de venir referida al puesto de trabajo de la persona solicitante y a la de otros puestos de igual valor con los que pretenda la comparación, o si la información pueda abarcar otros puestos dife-

renciados, pareciendo más razonable entender que la norma reglamentaria debe de ser interpretada en el sentido primeramente indicado.

5.2 Auditoría retributiva

El art. 47 LOI establece que «se garantiza el acceso de la representación legal de los trabajadores y trabajadoras o, en su defecto, de los propios trabajadores y trabajadoras, a la información sobre el contenido de los Planes de igualdad y la consecución de sus objetivos. Lo previsto anteriormente se entenderá sin perjuicio del seguimiento de la evolución de los acuerdos sobre Planes de Igualdad por parte de las comisiones paritarias de los convenios colectivos a las que éstos atribuyan estas competencias».

De forma que como la auditoría retributiva forma parte del diagnóstico de situación y este, a su vez, se integra obligatoriamente en el Plan de Igualdad, habrá de entenderse que existe un derecho de información tanto para la representación legal como para las personas trabajadoras individualmente consideradas, aunque sobre este particular no existe previsión reglamentaria acerca de la forma y condiciones para el ejercicio del derecho.

5.3 Valoración de puestos de trabajo

La desigualdad entre trabajadores y trabajadoras y su repercusión materializada en la brecha salarial exige una perspectiva de análisis específica vinculada a la valoración de puestos de trabajo. En este sentido, el ordenamiento jurídico prevé la participación de la representación unitaria mediante la emisión del informe previo, conforme a lo dispuesto en el art. 63.5.f) ET, conforme al cual dicha representación tendrá derecho a emitir informe, con carácter previo a la ejecución por parte de la empresa de las decisiones adoptadas por este, en cuestiones tales como la valoración de puestos de trabajo.

No obstante, el convenio colectivo aplicable puede regular un sistema de valoración de puestos para establecer los mecanismos de participación de la representación del personal y de la plantilla, garantizando en todo caso la previsión contenida en el ET.

A mayor abundamiento, si la empresa no solicitará a la representación unitaria el informe previo a la valoración de los puestos de trabajo, tal actuación podría constituir infracción en materia laboral conforme a lo previsto en los arts. 5.1 y 7.7 LISOS.

6. BIBLIOGRAFÍA

- APARICIO TOVAR J (dir.) *Estudios sobre el salario*, Bomarzo, Albacete 2004.
- BALLESTER PASTOR M. A: *La discriminación retributiva por razón de sexo. Brecha salarial y desigualdades de género en el mercado de Trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2018.
- «La discriminación retributiva por razón de sexo en la Unión Europea», *Revista Documentación Laboral* núm. 115 (2018).
 - «El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol», *Femeris*, vol. 4, n.º 2, 2019.
 - «La discriminación retributiva por razón de sexo en la Unión Europea», *Documentación Laboral*, vol. III, n.º 115, 2018.
- BAYLOS GRAU, A., «Un nuevo modelo democrático de relaciones laborales», *Revista de Derecho Social*, n.º 70, 2015.
- BLÁZQUEZ AGUDO E.: «Una aproximación a la igualdad de género en el mercado laboral», *Especialista en gestión de políticas de igualdad* (dir. Blázquez Agudo, Sáinz de Baranda Andújar, Nieto Rojas», Aranzadi, Pamplona, 2019.
- CASAS BAAMONDE, M. E., «La igualdad de género en el Estado Constitucional», *Revista de Derecho Social*, n.º 88, 2019.
- «Igualdad de género y Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social», *Femeris*, vol. 4, n.º 2, 2019.
- COLLADO GARCÍA L., ROMERO RODENAS M. J., TRILLO PÁRRAGA F., *El salario y la cotización a la Seguridad Social*, 3.º ed, Bomarzo, Albacete, 2024.
- FERNÁNDEZ PROL F.: *Participación y mujer. Libertad sindical, derechos de representación y autonomía colectiva en clave de género*, Bomarzo, Albacete, 2025.
- GARCÍA CAMPÁ, S., «El registro salarial o retributivo», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n.º 455, 2021.
- «El registro retributivo», en *Manual legal de igualdad en la empresa* (dir. García Campá), Aranzadi, Navarra, 2024.
- GARCÍA GIL M. B.: «Valoración de puestos de trabajo con perspectiva de género», *Femeris*, vol. 6, n.º 2 (2021).
- GOÑI SEIN J. L.: «La reducción de la brecha salarial de género a través de la transparencia y el registro salarial», en *La discriminación de la mujer en el trabajo y las nuevas medidas legales para garantizar la igualdad de trato en el empleo* (Rodríguez Sanz de Galdeano B. dir.), Aranzadi, Navarra, 2020.
- GRAU PINEDA, C., «Los enemigos que amenazan la efectividad real de los planes de igualdad», *Femeris*, vol. 5, n.º 2, 2020.
- LOUSADA AROCHENA J. F.: «La brecha salarial, un termómetro de la desigualdad no siempre bien comprendido», *Falamos de feminismo, periodo 2019-2020*, 2021 p. 165, consultado en: https://www.valedordopobo.gal/wp-content/uploads/2021/04/falamos_de_feminismo.pdf

- MARTÍNEZ MORENO C.: *Brecha salarial de género y discriminación retributiva: causas y vías para combatirlas*, Bomarzo, Albacete, 2019.
- RODRÍGUEZ GONZÁLEZ S.: «La brecha retributiva entre hombres y mujeres: un desafío histórico y un reto presente en el derecho social de la Unión Europea», en *La Estrategia Europea para la Igualdad de Género 2020-2025. Un estudio multidisciplinar* (dir. Ramos Quintana), Bomarzo, Albacete, 2020.
- *La no discriminación retributiva por causa del sexo y del género. Un derecho constitucional laboral específico*, Albacete, Bomarzo, 2020.
- ROMERO RODENAS M. J.: *Planes de igualdad: régimen jurídico, negociación y práctica aplicada*, Bomarzo, Albacete, 2026.
- ROMERO RODENAS M. J, MORARU G.: «Instrumentos pioneros para detectar posibles desigualdades en la empresa: registro salarial y auditorías retributivas en el Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre de igualdad retributiva entre mujeres y hombres», *Revista Jueces para la Democracia*, núm. 101 (2021).
- ROQUETA BUJ R.: *La igualdad retributiva entre mujeres y hombres: registros y auditorías salariales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- SAEZ LARA C., «¿Es posible eliminar la brecha salarial de género?, en Igualdad de género en el trabajo: estrategias y propuestas (coord. Saez Lara), Laborum, Murcia, 2016.
- «Registro salarial e igualdad retributiva entre mujeres y hombres tras el RDL 6/2019: una primera aproximación», *Revista de Derecho Social y Empresa*, núm. 12, 2020.
- SEMPERE NAVARRO A. V.: «Sobre transparencia salarial y no discriminación», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11 (2023), BIB\2023\2910.
- VALDÉS DAL-RÉ F.: Salario mínimo interprofesional e igualdad de remuneración por razón de sexo (arts. 27 y 28), *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100, BIB\2000\620

CAPÍTULO XXI

DESIGUALDAD ESTRUCTURAL Y RETRIBUCIÓN DIFERENCIADA: UN ANÁLISIS CRÍTICO DE LA DOBLE ESCALA SALARIAL

DJAMIL TONY KAHALE CARRILLO

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Politécnica de Cartagena

1. INTRODUCCIÓN

El principio de igualdad en las relaciones laborales constituye uno de los pilares fundamentales del Derecho del Trabajo ¹, reconocido tanto en la Constitución Española (CE) ², en el artículo 14; como en el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET) ³, en el artículo 17. Empero, la realidad del mercado de trabajo ha evidenciado múltiples formas de segmentación que, aunque formalmente neutras, generan desigualdades retributivas. Una de las expresiones más complejas de esta segmentación es la denominada doble escala salarial, como más adelante se definirá, es una práctica consistente en re-

¹ La publicación es parte de la ayuda PID2023-147932OB-I00: Herramientas para el ejercicio de los derechos laborales de mujeres en riesgo de exclusión, financiado por MCIU/AEI/10.13039/501100011033 y por el FSE.

² BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

³ BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015.

tribuir de forma diferente a las personas trabajadoras que realizan funciones sustancialmente equivalentes, en atención a factores como la fecha de incorporación o la vinculación contractual.

Hay que destacar que la doble escala salarial plantea un conflicto de gran relevancia jurídica y práctica. Por un lado, el respeto a la autonomía colectiva y a la libertad de empresa. Por otro, la necesaria garantía del principio de igualdad y no discriminación en el ámbito retributivo⁴. Este tipo de estructuras salariales, aunque a veces utilizadas con fines organizativos o de contención de costes, ha sido objeto de una creciente fiscalización por parte de la jurisprudencia; especialmente cuando afectan a derechos fundamentales o reproducen desigualdades estructurales, como más adelante se abordará.

Este estudio tiene como objeto analizar el fenómeno de la doble escala salarial desde una perspectiva jurídico-laboral, examinando su naturaleza, su encaje en el ordenamiento vigente, su tratamiento jurisprudencial y su impacto en la práctica empresarial. Asimismo, se pretende ofrecer una visión crítica sobre su legitimidad y proponer alternativas normativas y negociadoras que permitan armonizar flexibilidad empresarial e igualdad efectiva.

La metodología empleada combina el análisis normativo, jurisprudencial y doctrinal, con especial atención a las resoluciones del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional; así como a los debates surgidos en la negociación colectiva. Con ello se busca contribuir al debate académico y práctico sobre un fenómeno que, pese a su extensión, requiere una revisión crítica en clave de justicia social y coherencia con los principios estructurales del Derecho del Trabajo.

2. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DE LA DOBLE ESCALA SALARIAL

La doble escala salarial no es una nueva figura en el ordenamiento laboral español, aunque ha adquirido diferentes formas y significados a lo largo de las últimas décadas. Su aparición se vincula de manera especial a contextos de crisis económica, procesos de reconversión industrial, reformas laborales y estrategias empresariales orientadas a la contención de costes salariales.

⁴ Vid. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., «La aplicación práctica del principio de igualdad. Algunos pronunciamientos recientes», en AA. VV. (De la Villa Gil), *Los principios del Derecho del Trabajo*, Madrid: Centro de Estudios Financieros, 2003.

Durante los años ochenta y noventa, en el marco de la transición económica y la integración europea, muchas empresas adoptaron esquemas diferenciadores entre plantillas antiguas y nuevas, con la finalidad de garantizar la viabilidad económica sin alterar las condiciones laborales de las personas trabajadoras ya consolidadas. En este periodo, se proliferaron cláusulas que establecían para las nuevas incorporaciones escalas salariales inferiores, diferenciadas por niveles de acceso, tiempo trabajado o tipo contractual; usualmente aceptadas en la negociación colectiva como solución de compromiso.

Con la Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social⁵, se reforzó la descentralización de la negociación colectiva y se dio mayor protagonismo a los convenios de empresa. Este proceso facilitó la introducción de mecanismos como la doble escala, especialmente en sectores con baja sindicación o negociación fragmentada.

El proceso se intensificó con las reformas laborales del Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo⁶ y Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes

⁵ BOE núm. 122, de 23 de mayo de 1994.

⁶ BOE núm. 147, de 17 de junio de 2010. Antes de la promulgación del Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, la Ley 27/2009, de 30 de diciembre, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas (BOE núm. 315, de 31 de diciembre de 2009), ya se hacía eco en reconocer que España «está sufriendo los efectos de la actual crisis económica, los cuales están siendo especialmente significativos en el mercado de trabajo, como lo pone de manifiesto el importante aumento del desempleo y la gran destrucción de empleo que se ha producido durante el último año y, de manera muy especial, en los últimos meses». De igual manera, la Ley 26/2009, de 23 diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010, reconoce la situación al señalar que desde finales de 2008 «la economía española atraviesa una situación de recesión que se inscribe en un contexto de crisis económica generalizada a nivel mundial». El fin de la norma, aunque ha llegado de forma tardía, pero necesaria, es «recuperar la senda de la creación de empleo y reducir el desempleo», en vista que existen fallas en el modelo laboral español que no permite que se siga creciendo y se creen más puestos de trabajo. Para cualquier país la legislación laboral es clave para un progreso económico y social sostenido, en el que las políticas de igualdad juegan un papel muy importante como elementos de desarrollo y crecimiento económico, por las que se deben potenciar como lo hace la normativa en cuestión para tratar de corregir los desequilibrios habidos durante este tiempo. Las modificaciones legales que aquel instrumento aborda se inscribe en la Estrategia de Economía Sostenible que contiene veinte grandes reformas, entre la que se destaca, entre otras, el aumento del empleo estable y la reducción de la temporalidad, mediante la adopción de medidas para avanzar en el proceso de incorporación de la mujer al mercado de trabajo y conseguir la igualdad real en materia salarial, con el fin de que se llegue a una tasa de empleo femenina del 65% y sin diferencia salarial para el 2020. *Vid.* KAHALÉ CARRILLO, D., «Igualdad y no discriminación», en AA. VV. (dir. Sempere Navarro, A.), *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*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010.

para la reforma del mercado laboral⁷, que ampliaron las facultades empresariales para modificar condiciones laborales y priorizar convenios de empresa sobre los sectoriales. Por lo que estas reformas permitieron introducir mayores diferencias salariales internas, generando entornos más propicios para sistemas de retribución dual.

En los últimos años, sin embargo, se ha producido un mayor control judicial de esta práctica.

En especial cuando se constata que atenta contra el principio de igualdad o cuando la diferenciación no tiene justificación objetiva y razonable. A todo lo anterior se le adiciona una creciente preocupación por su efecto sobre la cohesión de las plantillas, la productividad y la equidad interna.

La jurisprudencia ha jugado un papel muy importante, dado que ha ido delimitando; por una parte, cuándo estas escalas pueden considerarse lícitas –por ejemplo, si responden a un criterio objetivo, como una mejora no consolidable–. Por otra, cuándo constituyen una vulneración del artículo 14 de la CE y del artículo del 28 ET. En este sentido, el desarrollo histórico de la doble escala refleja la tensión constante entre la flexibilidad organizativa y la garantía de igualdad retributiva.

La doble escala salarial se define, por tanto, como la práctica empresarial o pactada en convenio colectivo por la cual se establece una diferenciación retributiva entre personas trabajadoras que desempeñan funciones equivalentes o sustancialmente similares, en atención a circunstancias no directamente relacionadas con el desempeño efectivo del trabajo; como la fecha de ingreso, el tipo de contrato o la pertenencia a una determinada categoría de acceso.

Dicho de otra manera, de los resultados de la negociación colectiva debatida, quede recogido en el convenio colectivo negociado un diferente tratamiento salarial para las personas trabajadoras de su ámbito de aplicación. Empero, el Diccionario panhispánico del español jurídico la define como el diverso tratamiento que reciben los trabajadores de nuevo ingreso respecto a los antiguos⁸.

Hay que destacar que esta figura no se encuentra expresamente regulada en el ordenamiento jurídico español, pero ha sido objeto de constante atención doctrinal y jurisprudencial por sus implicaciones en relación con

⁷ BOE núm. 36, de 11 de febrero de 2012. *Vid.* KAHALE CARRILLO, D., «Las políticas públicas para promover la igualdad entre mujeres y hombres a la luz de la Ley 3/2012 de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral», en AA. VV., *Crisis y cambio: propuestas desde la Sociología*, vol. I, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2014, pp. 1038-1046.

⁸ <https://dpej.rae.es/lema/doble-escala-salarial>

el principio de igualdad retributiva. En su modalidad más clásica, la doble escala implica que las personas trabajadoras de nueva incorporación perciben un salario inferior al de sus personas compañeras que realizan las mismas tareas, pero accedieron con anterioridad a la plantilla. Esta diferenciación suele consolidarse mediante cláusulas en convenios colectivos o decisiones empresariales unilaterales.

Las características principales de la figura en estudio que se destacan son las siguientes:

a) Disparidad retributiva entre personas trabajadoras de igual función: La doble escala se caracteriza por establecer retribuciones diferentes para trabajos de igual valor, contraviniendo potencialmente lo dispuesto en el artículo 28 del ET⁹.

b) Fundamento no productivo o funcional: La causa de la diferencia no radica en una mayor productividad, responsabilidad, formación o antigüedad reconocida en términos objetivos, sino en criterios como la fecha de contratación o cambios normativos.

c) Carácter estructural y prolongado en el tiempo: No suele tratarse de una diferencia puntual, sino de una política salarial permanente que consolida desigualdades internas en la propia organización.

d) Normalización vía negociación colectiva o decisiones empresariales: Aunque puede nacer de una decisión unilateral de la persona empleadora, en muchos casos se institucionaliza mediante pactos colectivos, lo que genera tensiones entre la autonomía de la negociación colectiva y el respeto a la igualdad.

⁹ Art. 28 del ET: «1. El empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución, satisfecha directa o indirectamente, y cualquiera que sea la naturaleza de la misma, salarial o extrasalarial, sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo en ninguno de los elementos o condiciones de aquella.

Un trabajo tendrá igual valor que otro cuando la naturaleza de las funciones o tareas efectivamente encomendadas, las condiciones educativas, profesionales o de formación exigidas para su ejercicio, los factores estrictamente relacionados con su desempeño y las condiciones laborales en las que dichas actividades se llevan a cabo en realidad sean equivalentes.

2. El empresario está obligado a llevar un registro con los valores medios de los salarios, los complementos salariales y las percepciones extrasalariales de su plantilla, desagregados por sexo y distribuidos por grupos profesionales, categorías profesionales o puestos de trabajo iguales o de igual valor.

Las personas trabajadoras tienen derecho a acceder, a través de la representación legal de los trabajadores en la empresa, al registro salarial de su empresa.

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

e) Impacto social y organizativo: Afecta a la cohesión de la plantilla, genera conflictos internos, y contribuye a la precarización de las nuevas contrataciones, especialmente en sectores con alta rotación o temporalidad.

En términos jurídicos, la doble escala salarial puede constituir una forma de discriminación indirecta, en tanto que una medida aparentemente neutra genera efectos desproporcionadamente perjudiciales para un grupo de personas trabajadoras, muchas veces coincidente con jóvenes, mujeres o personas contratadas en modalidades menos estables. Bajo este contexto, se aplica la definición de discriminación indirecta señalada en apartado 1 b) del artículo 6 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación¹⁰, al indicar que aquella se produce cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros ocasiona o puede ocasionar a una o varias personas una desventaja particular con respecto a otras por razón de las causas previstas en dicha norma¹¹.

No hay que olvidar que en términos similares la discriminación indirecta ha sido definida, a su vez, en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres¹², en su segundo apartado del artículo 6 considera discriminación indirecta por razón de sexo «la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados».

El «concepto de discriminación indirecta por razón de sexo ha sido elaborado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas con ocasión del enjuiciamiento de determinados supuestos de trabajo a tiempo parcial a la luz de la prohibición de discriminación por razón de sexo del art. 119 del Tratado de la Comunidad Económica Europea (actual art. 141 del Tratado de la Comunidad Europea) y las Directivas comunitarias de desa-

¹⁰ BOE núm. 167, de 13 de julio de 2022.

¹¹ Especialmente: «Se reconoce el derecho de toda persona a la igualdad de trato y no discriminación con independencia de su nacionalidad, de si son menores o mayores de edad o de si disfrutan o no de residencia legal. Nadie podrá ser discriminado por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social». *Vid.* KAHALE CARRILLO, D., «El derecho a la igualdad de trato y la no discriminación: definición y tipos de discriminación», AA. VV. (dir. Kahale Carrillo, D.), *Una mirada laboralista de la igualdad de trato y la no discriminación*, Laborum, Murcia, 2023, pp. 11-29.

¹² BOE núm. 71, de 23 de marzo de 2007.

rollo. Puede resumirse en una fórmula reiterada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en múltiples de sus fallos (entre otras muchas, SSTJCE de 27 de junio de 1990, asunto Kowalska; de 7 de febrero de 1991, asunto Nimz; de 4 de junio de 1992, asunto Bötél; o de 9 de febrero de 1999, asunto Seymour-Smith y Laura Pérez), a saber, que «es jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia que el Derecho comunitario se opone a la aplicación de una medida nacional que, aunque esté formulada de manera neutra, perjudique a un porcentaje muy superior de mujeres que de hombres, a menos que la medida controvertida esté justificada por factores objetivos ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo»¹³.

3. LA DOBLE ESCALA SALARIAL Y EL PRINCIPIO DE IGUALDAD

La implantación de una doble escala salarial debe analizarse a la luz del principio de igualdad y no discriminación, consagrado en el artículo 14 de la CE y desarrollado específicamente en el ámbito laboral a través de los artículos 17 y 28 del ET. Este principio impide que se establezcan diferencias de trato injustificadas entre personas trabajadoras que se encuentran en situaciones equiparables, salvo que existan razones objetivas y proporcionadas que las justifiquen.

El artículo 28 del ET establece expresamente que «el empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución, sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo o por cualquier otra condición personal o social». Aunque la norma hace énfasis en la igualdad retributiva entre mujeres y hombres, su alcance se extiende a toda diferencia salarial que no esté debidamente justificada.

La jurisprudencia ha entendido que la mera diferencia de fecha de incorporación, tipo de contrato o entrada en vigor de un nuevo convenio no son, por sí solos, criterios válidos para establecer retribuciones diferentes cuando las funciones son sustancialmente equivalentes. En este sentido, el Tribunal Constitucional¹⁴ sostiene que una distinción salarial basada únicamente en la temporalidad no resulta acorde con el principio de igualdad, si no responde a una justificación objetiva y razonable¹⁵.

¹³ STC 253/2004.

¹⁴ STC 119/2002, de 20 de mayo de 2002. Recurso de amparo 5116/98. BOE núm. 146, de 19 de junio de 2002.

¹⁵ La conclusión de la sentencia «no puede ser otra que la inexistencia de la vulneración que se denuncia, atendiendo a la ordenación que dicho convenio colectivo efectúa del sistema de clasificación

Asimismo, el Tribunal Supremo, en múltiples pronunciamientos, ha consolidado la doctrina según la cual la diferencia de trato salarial solo es admisible si existe una causa objetiva, ajena a cualquier voluntad discriminatoria y razonablemente proporcionada en relación con el objetivo perseguido. En caso contrario, la doble escala puede calificarse como una forma de discriminación indirecta, prohibida por el ordenamiento jurídico.

Este análisis cobra especial relevancia desde la perspectiva de género, dado que muchas veces las nuevas incorporaciones –afectadas por escalas salariales inferiores– recaen de forma mayoritaria en colectivos como el de mujeres jóvenes, contratadas bajo modalidades temporales o parciales, lo que puede traducirse en una brecha salarial indirecta. Ello obliga a aplicar mecanismos de evaluación de puestos de trabajo con enfoque de igualdad y a evitar estructuras salariales que perpetúen desigualdades estructurales.

En conclusión, la doble escala salarial entra en una zona de riesgo jurídico cuando no responde a criterios objetivos, verificables y vinculados al valor real del trabajo. Su compatibilidad con el principio de igualdad dependerá de su fundamentación, proporcionalidad y ausencia de impacto discriminatorio. En el siguiente apartado se analizará la doctrina jurisprudencial más relevante sobre este punto.

4. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La doctrina jurisprudencial ha sido clave en la delimitación de los márgenes de licitud de la doble escala salarial en el ordenamiento jurídico español.

profesional y de la estructura retributiva que rige en la empresa. En efecto, esa ordenación se caracteriza en general, en todas sus categorías profesionales, por el establecimiento de diferentes niveles retributivos en el interior de cada categoría, pese a la posible identidad de funciones, a los que se accede progresivamente por el mero transcurso del tiempo. De esa manera, la ordenación jurídica de la categoría de especialistas en el convenio (con sucesivos niveles retributivos), así como la constitución de un nivel de ingreso en su tercera categoría, a diferencia de lo que ocurre en las demás, manifiestan un criterio graduado y paulatino en función del tiempo de servicios que se inspira en la promoción profesional y económica del conjunto de los trabajadores de la empresa, no sólo de los especialistas, existiendo niveles salariales de ingreso en todos los casos [en general, la letra a) de cada categoría]. No cabe aceptar, por tanto, que la consideración de la fecha de ingreso en los especialistas como factor relevante para la determinación de efectos retributivos tenga en el convenio una finalidad selectiva o de discriminación de los trabajadores incluidos en esa categoría y nivel en el momento de la contratación. Tal conclusión negativa se desprende tanto del sistema de progresión temporal que preside los sucesivos niveles salariales de la categoría de especialistas, como del sistema igualmente progresivo y temporal que rige el resto de la clasificación profesional regulada en el convenio colectivo, que se inspira en reglas automáticas de promoción. La retribución en función del tiempo de permanencia en la empresa, en definitiva, representa el principio que informa todas las categorías profesionales».

Tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo han analizado casos en los que se planteaba la existencia de un trato salarial diferenciado entre personas trabajadoras que desarrollaban funciones equivalentes, aportando criterios interpretativos esenciales para evaluar la compatibilidad de esta práctica con el principio de igualdad retributiva.

El Alto Tribunal ha manifestado que la igualdad retributiva no cabe en sentido absoluto, cuando el margen a que por acuerdo privado o por decisión del empresario unilateral en el ejercicio de los poderes de organización de la empresa, pueda libremente disponer la retribución de la persona trabajadora imputando los mínimos legales o convencionales; ninguna diferencia salarial podrá tener un significado discriminatorio por incidir en alguna de las causas prohibidas en la CE o ET¹⁶.

A nivel de jurisprudencia constitucional, a la hora de abordar la problemática de la denominada doble escala salarial en relación con el principio constitucional de igualdad, en el mencionado artículo 14 de la CE, ha indicado que¹⁷: «Una de las cuestiones que puede causar la eventual vulneración del principio de igualdad dentro del ámbito de la negociación colectiva es la que

¹⁶ Si «bien la igualdad de trato no cabe en dicho ámbito en sentido absoluto, pues la eficacia en el mismo del principio de autonomía de la voluntad, deja margen a que por acuerdo privado o por decisión del empresario unilateral en el ejercicio de los poderes de organización de la empresa, pueda libremente disponer la retribución del trabajador imputando los mínimos legales o convencionales, en la medida que la diferencia salarial no tenga un significado discriminatorio por incidir en alguna de las causas prohibidas en la Constitución o ET»... Tras lo que concluye rotundamente que, pese a ello, no puede incurrir el Convenio Colectivo en el establecimiento de diferencias en el trato de los trabajadores, «a menos que tales diferencias sean razonables, objetivas, equitativas y proporcionadas, estando el convenio colectivo facultado para establecer determinadas diferencias en función de las particulares circunstancias concurrentes en cada caso, sin que cuando se trata de la retribución del trabajo quepan las generalizaciones, de manera que el principio general a tener en cuenta es el de igual retribución a trabajo de igual valor, como ordena el art. 28 del ET, y en principio está desprovista de toda fundamentación razonable la inclusión en el convenio colectivo de diferencias salariales en atención únicamente a la fecha de la contratación». STS de 21 de octubre de 2014. Rec. 308/2013.

¹⁷ Una «de las cuestiones que puede causar la eventual vulneración del principio de igualdad dentro del ámbito de la negociación colectiva es la que tiene que ver con el desarrollo normativo de las retribuciones de los trabajadores, que figuren en el convenio colectivo suscrito entre la entidad empresarial y los sindicatos representantes de aquéllos. Al respecto, este Tribunal ha declarado en su STC 119/2002, de 20 de mayo, FJ 6 que «el sistema normal de fijación del salario y, en general, del contenido de la relación laboral, corresponde a la autonomía de los trabajadores y empresarios mediante el ejercicio del derecho a la negociación colectiva que proclama el art. 37.1 CE. Mas, un Estado social y democrático de Derecho, que propugna entre los valores superiores de su ordenamiento jurídico la justicia y la igualdad (art. 1.1 CE), y en el que se encomienda a todos los Poderes públicos el promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas (art. 9.2 CE), ha de complementar aquel sistema de determinación del salario asegurando los valores de justicia e igualdad que den efectividad al también mandato constitucional contenido en el art. 35.1 CE». STC 112/2017, de 16 de octubre de 2017. Cfr. TODOLÍ SIGNES, A., «Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 112/2017, de 16 de octubre [BOE n.º 256, 24-X-2017]», *Ars Iuris Salmanticensis: AIS: Revista Europea e Iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, vol. 6, núm. 1, 2018, pp. 345-347.

tiene que ver con el desarrollo normativo de las retribuciones de los trabajadores, que figuren en el convenio colectivo suscrito entre la entidad empresarial y los sindicatos representantes de aquéllos. Al respecto, este Tribunal ha declarado (...) que «el sistema normal de fijación del salario y, en general, del contenido de la relación laboral, corresponde a la autonomía de los trabajadores y empresarios mediante el ejercicio del derecho a la negociación colectiva que proclama el art. 37.1 CE. Mas, un Estado social y democrático de Derecho, que propugna entre los valores superiores de su ordenamiento jurídico la justicia y la igualdad (art. 1.1 CE), y en el que se encomienda a todos los Poderes públicos el promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas (art. 9.2 CE), ha de complementar aquel sistema de determinación del salario asegurando los valores de justicia e igualdad que den efectividad al también mandato constitucional contenido en el art. 35.1 CE»¹⁸. Además, continúa diciendo la precitada Sentencia que «el principio de igualdad implica la eliminación en el conjunto de los factores y condiciones retributivos, para un mismo trabajo o para un trabajo al que se le atribuye igual valor, de cualquier discriminación basada en las circunstancias personales o sociales, que mencionadas concretamente unas... y aludidas otras en la genérica fórmula con la que se cierra el art. 14, son susceptibles de generar situaciones de discriminación». Bajo este contexto, «podría, aun sin ser estrictamente discriminatoria, resultar constitucionalmente reprochable en la medida en que fuera por completo irracional, arbitraria o directamente maliciosa o vejatoria»¹⁹.

Por consiguiente, en el seno de la negociación colectiva quede recogido en el convenio correspondiente un diferente tratamiento salarial para las personas trabajadoras de su ámbito de aplicación, tal circunstancia puede generar una desigualdad de trato entre aquellas personas, que resulte peyorativa para unos respecto de otras. Se estará en presencia, de la doble escala salarial, cuya introducción puede reportar un trato diferenciado y desigual, si no atiende a una justificación objetiva y razonable, y si la diferencia retributiva no es proporcional al tipo de actividad laboral desempeñada por unos o por otros dentro del ámbito de cobertura del convenio²⁰.

¹⁸ STC 119/2002, de 20 de mayo de 2002. Cfr. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., «Convenio colectivo y dobles escalas salariales», *Temas Laborales*, núm. 69, 2003, pp. 161-169.

¹⁹ «Una decisión empresarial adoptada en el ejercicio de la autonomía de la voluntad podría, aun sin ser estrictamente discriminatoria, resultar constitucionalmente reprochable en la medida en que fuera por completo irracional, arbitraria o directamente maliciosa o vejatoria [...]». STC 36/2011. Cfr. SEPÚLVEDA GÓMEZ, M., «Doble escala salarial por decisión unilateral de la empresa con efectos colectivos», *Temas Laborales*, núm. 111, 2011, pp. 181-193.

²⁰ STS de 29 de octubre de 2019. Rec. núm. 740/2019.

Bajo este contexto, el Alto Tribunal ha señalado que no es suficiente con argumentar que la nueva estructura salarial implantada en su momento por la empresa es igual para todas las personas trabajadoras –aunque respetando para los ya pertenecientes a la empresa en ese momento las percepciones de la regulación anterior–, puesto que se ha de justificar debidamente que es jurídicamente posible hacerlo de esa manera ²¹.

A nivel judicial, a su vez, se discute el establecimiento de un diferente sistema de cómputo de la antigüedad en función del momento de ingreso en la empresa ²². En este sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que el régimen salarial que se fije en convenio colectivo no debe tratar desigualmente a todas las personas trabajadoras a los que se les debe aplicar ²³.

Concretamente, «(...) la distinta fecha de ingreso en la empresa, por sí sola, no puede justificar un modo diferente de valoración de la antigüedad en el convenio de un grupo de trabajadores respecto del otro, puesto que su lógica descansa en un trato peyorativo a quien accede más tarde al empleo, haciendo de peor condición artificiosamente a quienes ya lo son por las dificultades existentes en la incorporación al mercado de trabajo y por la menor capacidad de negociación con la que cuentan en el momento de la contratación, con lo que la diversidad de las condiciones laborales que de ello se deriva enmascara una infravaloración de su condición y de su trabajo» (...), que «tras la desregulación que llevó a cabo la Ley 11/1994, de 19 de mayo, del que hasta entonces era un derecho a la promoción económica de carácter necesario, que ha pasado a ser dispositivo para las partes negociadoras, pueden incluso respetarse tan sólo los derechos ya causados bajo el convenio anterior o en curso de adquisición en el tramo temporal correspondiente por los antiguos trabajadores art. 25.2 del vigente texto refundido del estatuto de los trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre) ²⁴. Sin embargo nada excusa la necesidad de que en el nuevo convenio, y a partir de su entrada en vigor, se fije una estructura salarial que trate por igual a todos los trabajadores a los que ha de aplicarse (sin perjuicio de que se respeten las percepciones consolidadas); pues lo que es reprochable desde la perspectiva del derecho a la

²¹ STS de 18 de marzo de 2019. Rec. núm. 224/2019.

²² Vid. SEMPERE NAVARRO, A., «Legitimidad de las dobles escalas salariales en función de la antigüedad o fecha de ingreso a la empresa», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, vol. III, 1997, p. 1.

²³ No «ofrece otro soporte visible que una minusvaloración de un grupo segregado y peor tratado, lo que no tiene acomodo en la Constitución a la luz del principio de igualdad (art. 14 CE), ni tampoco en la perspectiva social que impone esa connotación de nuestro Estado de Derecho en conexión con la igualdad efectiva de los individuos y los grupos en que se integra (art. 9.2 CE)». STC de 4 de marzo de 2004, Rec. núm. 27/2004.

²⁴ STC 27/2004, de 4 de marzo de 2004.

igualdad es que se establezca una valoración de la antigüedad para el futuro de modo distinto para dos colectivos de trabajadores, y que se haga exclusivamente en función de la fecha de su ingreso en la empresa». A lo expuesto han de agregarse otras dos consideraciones: «De una parte, para que la diferencia salarial fundada en el concepto de antigüedad pueda ser conforme al principio de igualdad es necesario que, en el seno del convenio, se introduzca algún tipo de compromiso empresarial que conlleve una contraprestación a los afectados que pueda hacer potencialmente compatible la medida con el art. 14 CE»; y, de otro lado, que «con base en pautas de compensación o reequilibrio, determinen el establecimiento de la diferencia de modo transitorio, asegurando su desaparición progresiva».

A este respecto, el Alto Tribunal dispone que la «jurisprudencia de esta Sala sobre la doble escala salarial, se sintetiza (...)»²⁵, que: «deberemos atenernos a la uniforme doctrina de esta sala que ha venido a vetar la posibilidad de que el convenio colectivo establezca diferencias retributivas entre los trabajadores por la sola y única circunstancia de su fecha de ingreso en la empresa, declarando por este motivo la nulidad de las dobles escalas salariales que puedan establecerse en función exclusiva de esa particularidad, cuando no tienen una justificación objetiva y razonable que salve esa diferencia de trato que en otro caso resultaría contraria al principio de igualdad que consagra el art. 14 CE»²⁶.

De igual manera, ha dispuesto, por una parte, que «(...) la distinta fecha de ingreso en la empresa, por sí sola, no puede justificar un modo diferente de valoración de la antigüedad en el convenio de un grupo de trabajadores respecto del otro, puesto que su lógica descansa en un trato peyorativo a quien accede más tarde al empleo, haciendo de peor condición artificiosamente a quienes ya lo son por las dificultades existentes en la incorporación al mercado de trabajo y por la menor capacidad de negociación con la que

²⁵ SSTs de 17 de junio de 2010 (Rec. núm. 148/2009), 18 de junio de 2010 (Rec. núm. 152/2009), 14 de febrero de 2017 (Rec. núm. 43/2016), 9 de marzo de 2017 (Rec. núm. 135/2016) y 28 de noviembre de 2018 (Rec. núm. 193/2015). STS de 14 de febrero de 2017, afirma que «(...) no nos encontramos ante un supuesto de doble escala salarial con aplicación de un único convenio, ni en una aplicación discriminatoria entre los trabajadores «antiguos» y los «nuevos». Los trabajadores gozan de una condición más beneficiosa respetada por la empresa, frente a los nuevos contratados bajo diferente convenio colectivo que suprimió tal condición, en cumplimiento del pacto de empresa suscrito entre la empresa y la representación legal de los trabajadores, con un conjunto de condiciones en materia salarial, jornada, descansos, licencias, protección social, protección contra el despido, etc., reconocidas a título individual a los trabajadores fijos y temporales del ente empresarial Canal Isabel II, aplicable como consecuencia de la sucesión empresarial (...) las circunstancias concurrentes entre los distintos grupos de trabajadores, excluye el trato desigual y la discriminación, al estar justificado el no abono del plus reclamado a los trabajadores de nuevo ingreso (...)».

²⁶ STS de 1 de octubre de 2019. Rec. núm. 3071/2018.

cuentan en el momento de la contratación, con lo que la diversidad de las condiciones laborales que de ello se deriva enmascara una infravaloración de su condición y de su trabajo»²⁷.

Por otra, «(...) tras la desregulación que llevó a cabo la Ley 11/1994, de 19 de mayo, del que hasta entonces era un derecho a la promoción económica de carácter necesario, que ha pasado a ser dispositivo para las partes negociadoras, pueden incluso respetarse tan sólo los derechos ya causados bajo el convenio anterior o en curso de adquisición en el tramo temporal correspondiente por los antiguos trabajadores (art. 25.2 del vigente texto refundido del estatuto de los trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre). Sin embargo nada excusa la necesidad de que en el nuevo convenio, y a partir de su entrada en vigor, se fije una estructura salarial que trate por igual a todos los trabajadores a los que ha de aplicarse (sin perjuicio de que se respeten las percepciones consolidadas); pues lo que es reprochable desde la perspectiva del derecho a la igualdad es que se establezca una valoración de la antigüedad para el futuro de modo distinto para dos colectivos de trabajadores, y que se haga exclusivamente en función de la fecha de su ingreso en la empresa».

El Alto Tribunal ha reconocido la existencia de una doble escala salarial que supone un tratamiento desigual de las personas trabajadoras, debido a su fecha de ingreso en la empresa, carente de una justificación objetiva y razonable. Al disponer que «(...) no puede incurrir el Convenio Colectivo en el establecimiento de diferencias en el trato de los trabajadores, «a menos que tales diferencias sean razonables, objetivas, equitativas y proporcionadas, estando el convenio colectivo facultado para establecer determinadas diferencias en función de las particulares circunstancias concurrentes en cada caso, sin que cuando se trata de la retribución del trabajo quepan las generalizaciones, de manera que el principio general a tener en cuenta es el de igual retribución a trabajo de igual valor, como ordena el art. 28 del ET, y en principio está desprovista de toda fundamentación razonable la inclusión en el convenio colectivo de diferencias salariales en atención únicamente a la fecha de la contratación»; no concurriendo en el presente caso los presupuestos para que la

²⁷ La «distinta fecha de ingreso en la empresa, por sí sola, no puede justificar un modo diferente de valoración de la antigüedad en el convenio de un grupo de trabajadores respecto del otro, puesto que su lógica descansa en un trato peyorativo a quien accede más tarde al empleo, haciendo de peor condición artificiosamente a quienes ya lo son por las dificultades existentes en la incorporación al mercado de trabajo y por la menor capacidad de negociación con la que cuentan en el momento de la contratación, con lo que la diversidad de las condiciones laborales que de ello se deriva enmascara una infravaloración de su condición y de su trabajo». STC de 4 de marzo de 2004. Rec. núm. 27/2004.

diferencia salarial de trato fundada en el concepto de antigüedad pueda ser conforme al principio de igualdad»²⁸.

Se reconoce la doble escala salarial en el mantenimiento de derechos adquiridos para las personas trabajadoras en activo a una determinada fecha de un complemento de antigüedad que sirve para incrementar otros derechos (complemento de incapacidad temporal, aportación a planes de pensiones, etc.), siempre que en «consecuencia, de toda la jurisprudencia (constitucional y ordinaria) transcrita se deduce que no basta con argumentar que la nueva estructura salarial implantada en su momento por la empresa es igual para todos sus trabajadores aunque respetando para los ya en la empresa en ese momento las percepciones de la regulación anterior, sino que pudiendo ser ello, en sí mismo, discriminatorio en cuanto suponga mantener sin causa una inferioridad retributiva en ese punto para los nuevos no cerrada (es decir, no conservar de manera estática el complemento de antigüedad, como derecho adquirido de los trabajadores ingresados antes de 1995, sino atribuirle un carácter dinámico y sometido a posteriores actualizaciones de futuro, que tiene como consecuencia el establecimiento de una cuantía distinta para dos colectivos de trabajadores por el incremento de los complementos de pago precitados de prestaciones de seguridad social, plan de pensiones, paga *cash flow*), se ha de justificar debidamente que es jurídicamente posible hacerlo así y el régimen de contrapartidas que anulen ese efecto desigual, lo que, según ya se ha dicho, no consta demostrado, atentando y afectando ello al principio y derecho de igualdad declarado en el art 14 de la Constitución Española»²⁹.

Asimismo, se ha reconocido cuando en un nuevo convenio colectivo, sobre mantenimiento de la «compensación festivos suprimidos» para quienes lo han disfrutado hasta el 31 de diciembre de 2015 sin extenderlo para el resto de los trabajadores no constituye una doble escala salarial³⁰. Por ello, se ha manifestado que «(...) el ámbito de las relaciones privadas en el que el convenio colectivo se incardina, los derechos fundamentales, y entre ellos el de igualdad, han de aplicarse matizadamente, haciéndolos compatibles con otros valores que tienen su origen en el principio de la autonomía de la voluntad con independencia de que el Convenio Colectivo, como fuente reguladora de la relación laboral, según el art. 3 del E. T, tiene que someterse y ajustarse a los dictados de la Constitución, de la Ley y de los reglamentos, respetando en todo caso los principios y los derechos constitucionales», para el TS, el Convenio

²⁸ STS de 13 de octubre de 2021. Rec. núm. 1006/2021.

²⁹ STS de 18 de marzo de 2019, Rec. núm. 224/2019 y STS de 5 de marzo de 2019, Rec. núm. 169/2019.

³⁰ STS de 18 de diciembre de 2020. Rec. núm. 1131/2020.

Colectivo no puede incurrir en el establecimiento de diferencias en el trato de los trabajadores, «a menos que tales diferencias sean razonables, objetivas, equitativas y proporcionadas, estando el convenio colectivo facultado para establecer determinadas diferencias en función de las particulares circunstancias concurrentes en cada caso, sin que cuando se trata de la retribución del trabajo quepan las generalizaciones, de manera que el principio general a tener en cuenta es el de igual retribución a trabajo de igual valor, como ordena el art. 28 del ET, y en principio está desprovista de toda fundamentación razonable la inclusión en el convenio colectivo de diferencias salariales en atención únicamente a la fecha de la contratación»³¹.

Como ya se ha indicado, la doble escala salarial es contraria al principio de igualdad y a la obligación empresarial de pagar la misma retribución por trabajos de igual valor, salvo que existan justificaciones objetivas, razonables, equitativas y proporcionadas³². Con referencia a un acuerdo que desarrolla un convenio colectivo, se justifican las diferencias retributivas en base a que la diferencia obedece a la reestructuración de la plantilla y la introducción de un nuevo sistema de clasificación profesional, cuyas normas de adaptación solo pueden afectar a los trabajadores antiguos³³.

Empero, en el supuesto de un acuerdo que no tenía naturaleza estatutaria, se concluye que en «la sentencia recurrida el precepto es anulado por considerarlo una doble escala salarial carente de justificación objetiva y razonable. De tal cláusula pactada se desprende que los trabajadores contratados después de la entrada en vigor del IV Acuerdo percibirán una retribución inferior a la ordinaria durante los primeros tres años» y que «Todo el peso de la razonabilidad de la diferencia retributiva se pone en la distinta formación que se supone a los trabajadores de nuevo ingreso. Sin embargo, no hay ni en el texto del convenio, ni en las alegaciones y prueba de las partes, elementos que permitan conocer cómo se realiza tal formación ni cual pueda ser el alcance de las obligaciones formativas que las empresas hayan de asumir y, sobre todo, no se ofrecen elementos para valorar la proporcionalidad entre la labor formativa –o la incidencia de una presumida falta de formación– y la rebaja de un 40% del salario»³⁴.

³¹ STS de 11 de julio de 2016, Rec. núm. 193/2015; STS de 2 de febrero de 2021, Rec. núm. 137/2021; y, STS 21 de octubre de 2014, Rec. 308/2013.

³² STS de 24 de junio de 2019, Rec. núm. 484/2019. *Vid.* CASAS BAAMONDE, M., «Ilegalidad de las dobles escalas salariales basadas en un factor diferencial meramente temporal y derecho a la igualdad retributiva. Tiempo de contratación y edad, inexistencia de discriminación por edad», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 5, 2019.

³³ STS de 11 de octubre 2011, Rec. núm. 46/2010.

³⁴ STS de 11 de noviembre de 2010, Rec. núm. 153/2009.

Con relación a la justificación de la diferencia retributiva, «hemos aceptado que pueda estar constituida por la garantía de los derechos adquiridos para los trabajadores que, de acuerdo con el régimen convencional aplicable con anterioridad, tuvieran reconocidos o en curso de reconocimiento los correspondientes conceptos. Sin embargo, esa garantía de los derechos adquiridos no se concibe de forma dinámica, como mantenimiento de un régimen jurídico que puede determinar la aplicación en el tiempo de cantidades variables o actualizadas, sino de forma estática; lo que implica que tiene que limitarse a conservar los derechos ya reconocidos a los trabajadores en el momento en que se produce el cambio normativo, sin que se establezcan «dos regímenes de antigüedad diferentes y abiertos al futuro»³⁵.

Por ejemplo, el Alto Tribunal ha admitido que a quienes ingresaron antes se les reconozca «un complemento único y no compensable por la cantidad hasta entonces cobrada y que, a partir de ese día, cobrasen igual plus de antigüedad que los de nuevo ingreso, pero lo que no es aceptable es que, a partir de determinada fecha, unos generen un plus de antigüedad por cuantía muy superior al que generan otros trabajando el mismo número de años». Y añade que «es rechazable una cláusula de diferenciación que no se limita a conservar una determinada cuantía retributiva ya percibida, sino que instaura, sin que –se insiste– conste justificación, un cuadro doble de complemento de antigüedad con elementos de cálculo dinámicos en cada uno de sus componentes, destinados por tanto a perpetuar diferencias retributivas por el mero hecho de la fecha de ingreso en la empresa»; concluyendo, respecto al supuesto enjuiciado, que «(...) la cláusula del art. 16 del convenio no se limita a mantener una diferencia retributiva entre uno y otro colectivo que pudiera pretender compensar aquel compromiso de estabilidad en el empleo, abaratando el coste salarial de los nuevos contratados, sino que ahonda, indefinidamente y con proyección de futuro, en la brecha salarial por la vía de reconocer a uno de dichos colectivos un sistema que va a ir incrementando la condición retributiva en cuestión»³⁶.

Caso relevante es el reconocimiento de la existencia de doble escala salarial, en el supuesto de que no se trataba de un complemento con una cuantía estable y consolidada, sino que el complemento que solo percibe un grupo de personas trabajadoras se revalorizaba de manera anual; en el que se iba incrementando en caso de ascensos de nivel, y con repercusión tanto en la cuantía salarial como a los efectos de prestaciones y mejoras de la acción protectora de la Seguridad Social pactadas en los convenios colectivos, sin que por parte de

³⁵ STS de 9 de marzo de 2017, Rec. núm. 135/2016.

³⁶ STS de 10 noviembre 2010, Rec. núm. 140/2009.

la persona empleadora se aporten ni siquiera indicios para intentar una justificación objetiva y razonable de la diferencia de trato de unos u otros trabajadores en atención a la fecha de ingreso en la empresa.

Por lo que «(...) esa garantía de los derechos adquiridos no se concibe de forma dinámica, como mantenimiento de un régimen jurídico que puede determinar la aplicación en el tiempo de cantidades variables o actualizadas, sino que de forma estática, que tiene que limitarse a conservar los derechos ya reconocidos a los trabajadores en el momento en que se produce el cambio normativo, sin que se establezcan "dos regímenes de antigüedad diferentes y abiertos al futuro" y que "... no puede incurrir el Convenio Colectivo en el establecimiento de diferencias en el trato de los trabajadores, a menos que tales diferencias sean razonables, objetivas, equitativas y proporcionadas, estando el convenio colectivo facultado para establecer determinadas diferencias en función de las particulares circunstancias concurrentes en cada caso, sin que cuando se trata de la retribución del trabajo quepan las generalizaciones, de manera que el principio general a tener en cuenta es el de igual retribución a trabajo de igual valor, como ordena el art. 28 del ET, y en principio está desprovista de toda fundamentación razonable la inclusión en el convenio colectivo de diferencias salariales en atención únicamente a la fecha de la contratación"». Concluyendo que «En consecuencia, partiendo tanto de la jurisprudencia constitucional expuesta, —que exige "De una parte, para que la diferencia salarial fundada en el concepto de antigüedad pueda ser conforme al principio de igualdad es necesario que, en el seno del convenio, se introduzca algún tipo de compromiso empresarial que conlleve una «contraprestación a los afectados que pueda hacer potencialmente compatible la medida con el art. 14 CE"»; y, de otro lado, que «con base en pautas de compensación o reequilibrio, determinen el establecimiento de la diferencia de modo transitorio, asegurando su desaparición progresiva»—, como de la jurisprudencia referida de esta Sala de casación —que señala «no puede incurrir el Convenio Colectivo en el establecimiento de diferencias en el trato de los trabajadores, "a menos que tales diferencias sean razonables, objetivas, equitativas y proporcionadas, estando el convenio colectivo facultado para establecer determinadas diferencias en función de las particulares circunstancias concurrentes en cada caso, sin que cuando se trata de la retribución del trabajo quepan las generalizaciones, de manera que el principio general a tener en cuenta es el de igual retribución a trabajo de igual valor, como ordena el art. 28 del ET, y en principio está desprovista de toda fundamentación razonable la inclusión en el convenio colectivo de diferencias salariales en atención únicamente a la fecha de la contratación—; no concurriendo en el presente caso los presupuestos para que la diferencia salarial de trato fundada en el con-

cepto de antigüedad pueda ser conforme al principio de igualdad, procede... desestimar el recurso de casación unificador interpuesto por la empresa (...)»³⁷.

Finalmente, se indica que partiendo de la doctrina constitucional y la del Alto Tribunal, se concluye que no puede incurrir el convenio colectivo aplicable en el establecimiento de diferencias en el trato de las personas trabajadoras, a menos que sean razonables, objetivas, equitativas y proporcionadas, estando el convenio facultado para establecer determinadas diferencias en función de las particulares circunstancias concurrentes en cada caso; sin que cuando se trata de la retribución del trabajo quepan las generalizaciones, de manera que el principio general a tener en cuenta es el de igual retribución a trabajo de igual valor, y en principio está desprovista de toda fundamentación razonable la inclusión de diferencias salariales en atención únicamente a la fecha de la contratación. No concurriendo, en este caso, los presupuestos para que la diferencia salarial de trato fundada en el concepto de antigüedad pueda ser conforme al principio de igualdad, procede confirmar la sentencia que entendió que existía una desigualdad de trato en la cuantía del complemento personal en razón a la fecha de ingreso en la empresa, carente de una justificación objetiva y razonable³⁸.

5. NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y DOBLE ESCALA SALARIAL

La negociación colectiva ocupa un lugar central en el diseño del sistema retributivo en el Derecho del Trabajo español. Mediante los convenios colectivos, los sujetos legitimados pueden establecer condiciones de trabajo –incluidas las salariales– dentro del marco legal. Sin embargo, la introducción de dobles escalas salariales a través de convenios plantea tensiones significativas entre la autonomía colectiva (art. 37 CE y art. 82 ET) y el principio de igualdad (arts. 14 CE y 28 ET).

En la práctica, algunas cláusulas de convenios colectivos han institucionalizado sistemas retributivos diferenciados en función de la fecha de ingreso, aplicando a las nuevas contrataciones tablas salariales inferiores o congelando derechos económicos a parte de la plantilla. Estas cláusulas suelen justificarse

³⁷ STS de 5 de marzo de 2019, Rec. núm. 1468/2018. *Vid.* LACOMBA PÉREZ, F., «Doble escala salarial y consolidación de derechos adquiridos», *Iuslabor*, núm. 1, 2019.

³⁸ STS de 13 de octubre de 2021, Rec. núm. 4607/2018.

como medidas de transición o contención de costes, especialmente en situaciones de crisis o reestructuración empresarial³⁹.

Empero, la existencia de pacto colectivo no convierte automáticamente en lícita una doble escala salarial⁴⁰. La jurisprudencia ha sido clara al respecto, al indicar que la negociación colectiva no puede amparar prácticas discriminatorias, por lo que el orden judicial puede declarar la nulidad de aquellas cláusulas que vulneren derechos fundamentales o principios estructurales del ordenamiento laboral⁴¹.

El papel de los sindicatos es especialmente relevante en este contexto. En algunos casos, han aceptado dobles escalas como mal menor frente a despidos o cierres empresariales. En otros, han impugnado judicialmente estas prácticas por entender que comprometen la igualdad interna y afectan negativamente a la solidaridad intergeneracional dentro de las empresas. La tensión entre sostenibilidad empresarial y cohesión de la plantilla es, por consiguiente, un dilema recurrente en la negociación colectiva.

A raíz de la reforma laboral de 2012, que dio prioridad aplicativa al convenio de empresa sobre el sectorial, aumentó la frecuencia de pactos con escalas diferenciadas, lo que provocó un mayor grado de litigiosidad y de intervención judicial. Ello ha llevado a que muchas mesas negociadoras opten hoy por cláusulas de equiparación progresiva o sistemas de absorción y compensación que tiendan a la convergencia retributiva con el tiempo, como solución transitoria menos conflictiva.

En conclusión, aunque la autonomía colectiva permite configurar regímenes salariales diversos, sus límites están definidos por la legalidad, la razonabilidad y el respeto a los derechos fundamentales. La negociación colectiva

³⁹ Vid. LUELMO MILLÁN, M., «La doble escala salarial en la negociación colectiva», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 5, 2005, p. 7.

⁴⁰ Bajo este contexto, la jurisprudencia menor ha señalado que la «superior retribución de los trabajadores que ingresaron en la empresa con anterioridad a abril de 1995 no deriva de una decisión unilateral del empresario sino de la existencia de unos pactos para mejorar la remuneración salarial prevista en el convenio, y que como tales pactos deben ser considerados fruto de la negociación colectiva de igual naturaleza jurídica a estos efectos que lo acordado en convenio colectivo. Siendo por supuesto irrelevante que no se encuentren recogidos por escrito, pues lo cierto es que se vienen aplicando de forma inmemorial y con carácter general y colectivo para el conjunto de los trabajadores sin consideración alguna a sus concretas circunstancias personales, o particularidades del puesto de trabajo, lo que impide otorgar a esta situación la calificación de condición más beneficiosa «ad personam» a favor de todos y cada uno de los trabajadores afectados por la supuesta decisión unilateral del empresario que a modo de pura liberalidad reconociera una retribución superior a la del convenio». STSJ Cataluña, 16 de abril de 1998.

⁴¹ SALA FRANCO, T., «El tratamiento jurisprudencial de la desigualdad retributiva (la denominada «doble escala salarial») establecida en la negociación colectiva sobre la base del momento en que la persona trabajadora entra a trabajar en la empresa», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 457, 2021, pp. 165-177.

debe operar, por tanto, como herramienta de equidad, y no como mecanismo legitimador de desigualdades internas injustificadas.

6. CONCLUSIONES: PROPUESTAS Y ALTERNATIVAS

La figura de la doble escala salarial, aunque no prohibida de forma expresa en el ordenamiento jurídico español, plantea serios interrogantes desde la perspectiva de los principios de igualdad y no discriminación que estructuran el Derecho del Trabajo. Su utilización, en apariencia neutra y a menudo justificada en términos de viabilidad empresarial o reorganización productiva, ha demostrado tener efectos profundamente desestabilizadores tanto a nivel normativo como organizativo y social.

En primer lugar, se ha constatado que estas prácticas generan una fractura interna en las plantillas, al consolidar situaciones de desigualdad retributiva entre personas trabajadoras que realizan funciones equivalentes. Esta desigualdad no solo mina el principio de justicia retributiva, sino que también deteriora la cohesión, la motivación y el compromiso de los equipos de trabajo.

En definitiva, abordar la doble escala salarial requiere una respuesta multidimensional desde la óptica jurídica y organizativa, hasta la cultural. Las propuestas que se indicarán en las próximas líneas apuntan a transformar la lógica empresarial que justifica estas prácticas, promoviendo una cultura laboral, en el que la equidad y la cohesión sean ejes esenciales del modelo productivo.

En segundo lugar, la jurisprudencia constitucional y ordinaria ha venido reiterando que la mera existencia de una cláusula negociada o de una política empresarial no basta para justificar diferencias salariales entre empleados que se encuentran en condiciones sustancialmente equiparables. Para que dicha diferenciación sea lícita, debe existir una razón objetiva, razonable, proporcional y ajena a todo propósito discriminatorio. De lo contrario, se situaría en el terreno de la discriminación indirecta, especialmente lesiva para colectivos vulnerables como mujeres, jóvenes o personas trabajadoras temporales.

En tercer lugar, la negociación colectiva, lejos de ser una garantía automática de legalidad, está también sujeta al principio de legalidad y al respeto a los derechos fundamentales. La autonomía colectiva no puede servir como excusa para consolidar estructuras salariales que perpetúen desigualdades, sino que debe orientarse a promover condiciones de trabajo equitativas, inclusivas y sostenibles.

Por lo que resulta necesario avanzar hacia fórmulas que compatibilicen la flexibilidad empresarial con el respeto a la igualdad retributiva, como pueden ser los sistemas de equiparación progresiva, cláusulas de revisión periódica o mecanismos de transparencia retributiva. El Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres (RD 902/2020)⁴², por ejemplo, constituye un avance en esa dirección; puesto que tiene por objeto establecer un conjunto de medidas específicas para hacer efectivo el derecho a la igualdad de trato y a la no discriminación entre mujeres y hombres en materia retributiva, desarrollando los mecanismos para identificar y corregir la discriminación en este ámbito y luchar contra la misma, promoviendo las condiciones necesarias y removiendo los obstáculos existentes⁴³, de conformidad con lo establecido en los artículos 9.2 y 14 de la Carta Magna y de acuerdo con lo establecido en el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE⁴⁴, y la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales⁴⁵.

Finalmente, el presente estudio ha puesto de relieve la necesidad de reforzar el control institucional y judicial sobre las estructuras salariales diferenciadas, así como de impulsar una cultura organizativa y normativa basada en la equidad interna, la justicia social y el respeto a los derechos laborales fundamentales. La doble escala salarial, más allá de sus justificaciones formales, sigue representando un desafío relevante para el Derecho del Trabajo contemporáneo, y exige una respuesta coherente con los valores constitucionales de igualdad, dignidad y cohesión social.

Frente a los efectos desiguales que genera la doble escala salarial, resulta imprescindible explorar propuestas normativas, jurisprudenciales y negociadoras que garanticen un equilibrio entre flexibilidad organizativa y protección del principio de igualdad retributiva. La erradicación de estas prácticas no pue-

⁴² BOE núm. 272, de 14 de octubre de 2020.

⁴³ Como señala su Exposición de Motivos, la norma avanza «en el cumplimiento de la meta 8.5 de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, es decir, lograr el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todas las mujeres y los hombres, incluidas las personas jóvenes y las personas con discapacidad, así como la igualdad de remuneración por trabajo de igual valor, así como en el de la meta 5.1 cuyo objetivo es poner fin a todas las formas de discriminación contra todas las mujeres y las niñas en todo el mundo».

⁴⁴ DOUE núm. 119, de 4 de mayo de 2016.

⁴⁵ BOE núm. 294, de 6 de diciembre de 2018.

de depender únicamente del control judicial, sino que debe partir de una prevención estructural, tanto en la legislación como en la práctica negociadora:

a) Reforzar los controles de legalidad sobre la negociación colectiva: Una de las vías más eficaces sería establecer un control reforzado por parte de la autoridad laboral sobre aquellas cláusulas convencionales que introduzcan diferencias salariales entre persona trabajadoras de igual función. Este control podría ir acompañado de una evaluación técnica que determine si la diferenciación responde a criterios objetivos, verificables y compatibles con la igualdad.

b) Implantación de cláusulas de equiparación progresiva: En contextos donde se hayan instaurado dobles escalas, una vía razonable consiste en acordar mecanismos de convergencia salarial gradual, que permitan la armonización retributiva en plazos razonables. Estas cláusulas ya han sido utilizadas en algunos convenios con resultado favorable para la cohesión interna y la paz social.

c) Promoción de evaluaciones de puestos con perspectiva de igualdad: A fin de evitar discriminaciones encubiertas, debe promoverse el uso de sistemas de valoración objetiva de puestos de trabajo, conforme al artículo 28 del ET. Esta herramienta permite determinar cuándo dos trabajos son de igual valor y facilita la detección de diferencias salariales no justificadas.

d) Formación de los actores negociadores en igualdad y no discriminación: Sindicatos y representantes empresariales deben recibir formación específica sobre el impacto de las escalas salariales diferenciadas, especialmente desde una perspectiva de género, edad y tipo de contrato. Asimismo, que participen mujeres en las mesas negociadoras. Solo así podrán incorporar estos principios de manera transversal en la negociación colectiva.

e) Reforma legislativa para limitar o prohibir escalas salariales discriminatorias: Una posible reforma del Estatuto de los Trabajadores podría introducir una prohibición expresa de las escalas salariales basadas en criterios arbitrarios como la fecha de ingreso, sin perjuicio de la posibilidad de establecer retribuciones distintas por criterios funcionales, de rendimiento o cualificación contrastada.

f) Incentivos a empresas que adopten estructuras salariales equitativas: El legislador podría diseñar mecanismos de reconocimiento o incentivos fiscales para aquellas empresas que implementen estructuras salariales internas basadas en el principio de igualdad y eliminen dobles escalas. Este enfoque premiaría la buena práctica y fomentaría la autorregulación.

g) Mayor visibilidad estadística y transparencia retributiva: El desarrollo efectivo del registro retributivo y la auditoría salarial en las empresas obligadas podría contribuir a detectar estructuras duales injustificadas. La transparencia retributiva no sólo es un instrumento para la igualdad de género, sino también una herramienta contra las segmentaciones salariales arbitrarias.

h) El plan de igualdad es una herramienta eficaz para evitar la doble escala salarial: Para ello, en el diagnóstico se debe tener en cuenta el sistema retributivo en función de la valoración de puestos de trabajo no sexista. Asimismo, se debe suprimir los niveles salariales basados en la edad⁴⁶, así como las dobles escalas salariales y salarios de entrada que tengan carácter permanente. Se debe revisar, por una parte, las condiciones para la percepción de complementos, prestaciones y ayudas sociales a fin de detectar y suprimir aquellas desigualdades motivadas por la modalidad contractual o fecha de entrada en la empresa. Por otra, las denominaciones del puesto de trabajo y grupos profesionales, así como las descripciones de funciones y tareas a fin de evitar un determinismo sexual en las mismas. Finalmente, incrementar la transparencia en los sistemas retributivos y la participación de la representación legal de las personas trabajadoras en la realización de estos.

i) Aplicar principio de transparencia retributiva: Con el propósito de garantizar la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación en materia retributiva entre mujeres y hombres, se debe aplicar, en la medida de lo posible, lo dispuesto en el RD 902/2020, por lo que las empresas y los convenios colectivos deberán integrar y aplicar el principio de transparencia retributiva; entendido como aquel que, aplicado a los diferentes aspectos que determinan la retribución de las personas trabajadoras y sobre sus diferentes elementos, permite obtener información suficiente y significativa sobre el valor que se le atribuye a dicha retribución⁴⁷.

Aquel principio tiene por objeto identificar las discriminaciones, en su caso, tanto directas como indirectas, particularmente las debidas a incorrectas valoraciones de puestos de trabajo, lo que concurre cuando desempeñado un trabajo de igual valor se perciba una retribución inferior sin que dicha diferen-

⁴⁶ Vid. LÓPEZ CUMBRE, L., Doble escala salarial: no supone discriminación por razón de edad, *Revista De Jurisprudencia Laboral*, núm. 1, 2019.

⁴⁷ Cfr. ARENAS VIRUEZ, M., «Otro avance en la igualdad retributiva entre mujeres y hombres: Análisis del Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre», *Temas Laborales*, núm. 156, 2021, pp. 11-49.

cia pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y sin que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios⁴⁸.

Hay que destacar que los estudios señalan que invertir poco en la mujer limita el crecimiento económico, y frena cualquier avance en la lucha contra la pobreza⁴⁹. Los países con mayor igualdad de género suelen tener tasas de pobreza más bajas. Asimismo, indican que existen pruebas concluyentes que asocian el aumento en la productividad y los ingresos de la mujer con menos pobreza en el hogar, al igual que existen numerosos ejemplos de los beneficios que trae la participación de la mujer en la fuerza laboral para ellas mismas, la industria y la economía en general. Por consiguiente, el camino hacia la igualdad en la diversidad no se encuentra libre de negaciones y durezas, dado que comporta una modificación de los roles tradicionales, que ocasionan nuevas dificultades, que no todas las personas están dispuestas a tolerar, ni esforzarse en superar. Por ello, es importante evitar que se produzcan la doble escala salarial.

7. BIBLIOGRAFÍA

- ARENAS VIRUEZ, M., «Otro avance en la igualdad retributiva entre mujeres y hombres: Análisis del Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre», *Temas Laborales*, núm. 156, 2021.
- CASAS BAAMONDE, M., Ilegalidad de las dobles escalas salariales basadas en un factor diferencial meramente temporal y derecho a la igualdad retributiva. Tiempo de contratación y edad, inexistencia de discriminación por edad, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 5, 2019.
- ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., «Convenio colectivo y dobles escalas salariales», *Temas Laborales*, núm. 69, 2003.
- GARCÍA CAMPÁ, S., «El registro salarial o retributivo». *CEF. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 455, 2021.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., «La aplicación práctica del principio de igualdad. Algunos pronunciamientos recientes», en AA. VV. (De la Villa Gil), *Los principios del Derecho del Trabajo*, Madrid: Centro de Estudios Financieros, 2003.

⁴⁸ GARCÍA CAMPÁ, S., «El registro salarial o retributivo». *CEF. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 455, 2021, p. 111.

⁴⁹ Resolución de la Organización Internacional del Trabajo: «Para recuperarse de la crisis: Un pacto mundial para el empleo», e Informe del Grupo del Banco Mundial.

- KAHALE CARRILLO, D., «El derecho a la igualdad de trato y la no discriminación: definición y tipos de discriminación», AA. VV. (dir. Kahale Carrillo, D.), *Una mirada laboralista de la igualdad de trato y la no discriminación*, Laborum, Murcia, 2023.
- «Igualdad y no discriminación», en AA. VV. (dir. Sempere Navarro, A.), *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*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010.
- «Las políticas públicas para promover la igualdad entre mujeres y hombres a la luz de la Ley 3/2012 de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral», en AA. VV., *Crisis y cambio: propuestas desde la Sociología*, vol. I, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2014.
- LACOMBA PÉREZ, F., «Doble escala salarial y consolidación de derechos adquiridos», *Iuslabor*, núm. 1, 2019.
- LÓPEZ CUMBRE, L., «Doble escala salarial: no supone discriminación por razón de edad», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 1, 2019.
- LUELMO MILLÁN, M., «La doble escala salarial en la negociación colectiva», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 5, 2005.
- SALA FRANCO, T., «El tratamiento jurisprudencial de la desigualdad retributiva (la denominada «doble escala salarial») establecida en la negociación colectiva sobre la base del momento en que la persona trabajadora entra a trabajar en la empresa», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 457, 2021.
- SEMPERE NAVARRO, A., «Legitimidad de las dobles escalas salariales en función de la antigüedad o fecha de ingreso a la empresa», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, vol. III, 1997.
- SEPÚLVEDA GÓMEZ, M., «Doble escala salarial por decisión unilateral de la empresa con efectos colectivos», *Temas Laborales*, núm. 111, 2011.
- TODOLÍ SIGNES, A., «Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 112/2017, de 16 de octubre [BOE n.º 256, 24-X-2017]», *Ars Iuris Salmanticensis: AIS: Revista Europea e Iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, vol. 6, núm. 1, 2018.

PARTE CUARTA
Protección del salario

CAPÍTULO XXII

GARANTÍAS CLÁSICAS EN EL PAGO DE LA REMUNERACIÓN (LUGAR, TIEMPO, MODO, PRESCRIPCIÓN, RESOLUCIÓN)

ANTONIO V. SEMPERE NAVARRO
Catedrático de Universidad
Magistrado del Tribunal Supremo

El Ordenamiento jurídico establece una serie de medidas de diversa naturaleza para garantizar que la retribución sea efectivamente percibida y conservada por el trabajador. En esta actitud del legislador se refleja el carácter tutelar que tradicionalmente se asigna al Derecho del Trabajo: el crédito salarial es objeto de protección en la medida en que la subsistencia de quien trabaja y su familia pende de su abono¹.

El contenido del presente capítulo se nutre, en esencia, de lo previsto por los artículos 29, 50 y 59 del Estatuto de los Trabajadores. Salvo una modificación que afecta a la resolución contractual por anomalías retributivas (derivada de la LO 1/2025), se trata de preceptos que no han sufrido cambios desde que se promulgara el texto refundido de 2015 y que incluso coinciden casi por completo con el tenor del articulado albergado por la versión primigenia (Ley 8/1980, de 10 de marzo). De ahí la calificación («clásicas») con que se acompaña al sustantivo («garantías») de la rúbrica.

¹ Por todos, A. MONTÓYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, 46.ª edición, Tecnos, Madrid 2025, pp. 415 ss.

El sustantivo, por cierto, sí que aparece en el título del artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores («Garantías del salario») aunque en él se contiene sólo una clase de ellas (las relativas a procesos de ejecución), que son objeto de atención específica en otro apartado de esta obra. Ahora atendemos a instituciones más apegadas a la estricta relación contractual, por cuanto afectan de modo principal al comportamiento que haya de tener el empleador frente a su trabajador, al tiempo que prácticamente circunscritas al salario en metálico. Preceptos civiles y mercantiles han de traerse asimismo a colación para completar lo que el Estatuto de los Trabajadores dice; pero la norma laboral ha de prevalecer siempre que sea contraria (de manera directa o indirecta) a las previsiones generales del Derecho de obligaciones, puesto que existe precisamente para evitar el juego de las reglas comunes.

1. EL TIEMPO EN EL PAGO DEL SALARIO

El artículo 29.1 ET comienza disponiendo que «La liquidación y el pago del salario se harán puntual y documentalmente en la fecha y lugar convenidos o conforme a los usos y costumbres. El periodo de tiempo a que se refiere el abono de las retribuciones periódicas y regulares no podrá exceder de un mes». Es el momento de revisar su alcance.

1.1 Idea básica

La principalidad de la remuneración, respecto del contrato de trabajo, no deriva sólo de su condición de presupuesto esencial (art. 1.1 ET), sino que también puede afirmarse desde la vertiente de los derechos de quien presta su actividad personal (art. 4.2.f ET), por lo que es lógico que el legislador se preocupe de establecer algo tan obvio como que la liquidación y el pago del salario se harán puntual y documentalmente en la fecha y lugar convenidos o conforme a los usos y costumbres. Acerca de aspectos temporales, locativos y documentales del pago del salario se instrumentan diversas reglas mínimas, dentro de las cuales se actuará a tenor de los términos convenidos o conforme a los usos y costumbres, lo que no viene sino a repetir lo dicho por el art. 3 ET aunque con la significativa (por cuanto que se presume frecuente la ausencia de previsión expresa) referencia a la norma consuetudinaria y la aparente desaparición de la intervención estatal.

Entroncando con el mencionado artículo 1.1 ET, sobre existencia de una relación laboral, está el criterio jurisprudencial conforme al cual el actor tiene la carga de la prueba de los hechos constitutivos de su pretensión y el demandado la de los impeditivos o extintivos de la misma; el reclamante viene obligado a demostrar la prestación de los servicios cuyo pago reclama y, en consecuencia, el devengo del salario correspondiente, de modo que al demandado incumbe la carga de probar dicho pago². Son varias las consideraciones que avalan esta apreciación³:

- El art. 29 ET dispone que la liquidación y el pago del salario se documentará mediante la entrega al trabajador de un recibo individual y justificativo del mismo.

- La empresa cuenta con los registros y asientos contables que acreditan el pago del salario, así como de los documentos que pueden evidenciar la existencia de transferencias dinerarias a las cuentas del trabajador. Dispone por lo tanto de todas las facilidades probatorias para demostrar el pago de las sumas reclamadas.

- Por el contrario, no puede exigirse al trabajador la prueba de un hecho negativo, cuál sería el de la no percepción del salario reclamado.

- Incluso en el hipotético supuesto de que el pago se hubiere realizado en metálico, la empresa puede aportar el preceptivo recibo de cobro firmado por el trabajador que ha de obrar en su poder.

- Podría especularse sobre la ilícita posibilidad de que la empresa hubiere abonado el salario en dinero negro y de forma oculta. Pero, al margen de otras responsabilidades, esa irregular circunstancia tampoco la eximiría en ningún caso de la carga de probar el pago, por los medios que fuere.

1.2 La liquidación y el pago del salario

La regulación tradicional se ha centrado en el modo de calcular las cuantías debidas al trabajador y de hacerle saber el resultado de tal «liquidación», operación compleja no desde el punto de vista matemático, sino desde el jurídico. Cada apunte contable es el resultado de un razonamiento acerca de múltiples y complejas cuestiones, por más que actualmente los programas informáticos para cálculos salariales puedan dar otra impresión. La cantidad

² Emblemáticas al respecto son las SSTS 2 marzo 1992 [ECLI: ES: TS:1992:173] y 12 julio 1994 [recud. 4192/1992].

³ Véase, por ejemplo, STS 474/2023 de 4 julio (recud. 3304/2020).

resultante es la que ha de ser objeto de «pago», es decir, de abono o cancelación por parte del empleador por cuya cuenta se prestaron los servicios⁴.

El líquido a percibir es el resultante de sustraer a la cantidad bruta correspondiente (salario base más complementos salariales) las deducciones correspondientes a la tributación fiscal del trabajador y a la parte de la cotización a la Seguridad Social (cuota obrera) que debe detraer el empleador del salario bruto. Por otra parte, deben deducirse las cantidades que no corresponda abonar por vicisitudes varias (ausencias no retribuidas, devoluciones de préstamos, anticipos o compensaciones sobre cantidades percibidas a cuenta, embargos, cuota sindical domiciliada, consumos en la propia empresa, etc.)⁵.

La letra de la previsión legal se ciñe al establecimiento de obligaciones sobre tiempo del pago «del salario», dejando fuera las prestaciones extrasalariales; sin embargo, en algunos casos la norma sobreentiende que esas remuneraciones van a beneficiarse de similar nivel de protección, como sucede en el caso de la documentación escrita; mejor hubiese sido que la Ley hablase de retribución o remuneración (como hace ahora el art. 28 ET) para evitar cualquier duda. Como tampoco cabe desconocer el uso de un término («salario») que posee un preciso significado jurídico (el brindado por el propio artículo 26 ET), hay examinar cada supuesto con detenimiento y advertir que la jurisprudencia viene buscando amparo en diversas previsiones genéricas para no llegar a resultados irrazonables.

1.3 Momento del pago del salario

Constituye derecho de quien trabaja el cobro «puntual» [art. 4.2.f ET], por lo que de igual modo ha de ser el pago realizado por la empresa. Con clara intención dispone la Ley que «el período de tiempo a que se refiere el

⁴ La obligación de abonar el salario pactado, obviamente, recae en la empresa del trabajador. Sin embargo, la legislación laboral establece determinados supuestos de extensión de esta responsabilidad con el fin de proteger los derechos económicos de los trabajadores en caso de impago por parte de quien está primeramente obligado: contratas y subcontratas de la propia actividad (art. 42 ET), cesión ilegal de trabajadores (art. 43 ET), grupos de empresas, subrogaciones empresariales (art. 44) y empresas usuarias de los servicios prestados por trabajadores contratados por empresas de trabajo temporal (art. 16.3 Ley 14/1994).

⁵ Cuando el salario no conste expresamente en el contrato o no pueda conocerse en atención a la normativa estatal o convencional aplicable, recae sobre el empresario la obligación de informar por escrito al trabajador de la cuantía del salario base inicial y de los complementos salariales así como de la periodicidad de su pago. Este deber de información también se impone cuando se modifique la cuantía o la estructura del salario, con independencia de que tal modificación resulte o no adecuada. Véase el artículo 8.5 ET, así como el RD 1659/1998, de 24 de julio.

abono de las retribuciones periódicas y regulares no podrá exceder de un mes». De este modo, la periodicidad en el abono de «retribuciones periódicas y regulares» ha de ser mensual o inferior (luego cabe el cobro por horas, días, semanas, quincenas, etc.); por descontado, no se quiere prohibir el abono de retribuciones periódicas y regulares supramensuales (por ejemplo, las pagas extras a que alude el art. 31 ET) sino exigir que, como máximo, se cobre todos los meses una cuantía prefijada mínima (en general el salario base y buena parte de los complementos)⁶. Fácilmente se comprende que la necesidad de percibir ingresos todos los meses hay que conectarla con la función sustentadora que posee el salario.

La «fecha convenida» para el pago remite a una doble concreción: la del intervalo (cada vez más frecuente el mensual) y la del momento exacto (el último día del mes, el último viernes, el primer laborable del siguiente mes, etc.) en que se materialice.

La puntualidad de que se habla hay que concordarla con el principio de posremuneración: sólo se abona salario respecto de actividad ya efectivamente desempeñada; primero se trabaja y luego se cobra, aunque realmente el derecho a hacerlo se va devengando a medida que se desarrolla la prestación laboral. Del mismo modo, y en sentido contrario, el salario ya devengado por el trabajador debe ser abonado en el lugar y la fecha convenidos; su cobro no puede quedar condicionado a ninguna circunstancia o situación que acontezca después de su devengo y, por tanto, no puede condicionarse a la permanencia del trabajador en la empresa en el momento del pago del complemento⁷.

Corolario de la importancia atribuida a este aspecto es que los retrasos reiterados en el pago del salario debido constituyan infracción administrativa muy grave (art. 8.1 LISOS), puedan dar lugar a la extinción causal del contrato por parte del trabajador [art. 50.1.b ET] y comporten una específica indemnización (art. 29.3 ET)⁸.

⁶ Como el art. 29.1 ET establece que el abono del salario ha de ser regular y periódico, sin que pueda excederse de una mensualidad, por lo que su liquidación procederá (salvo que se pacte un plazo inferior) al finalizar el mes (normalmente el mes natural). Teniendo en cuenta que no todas las percepciones salariales son fijas, las variables podrán abonarse con una periodicidad superior al mes, anualmente (plus de productividad, comisiones), o incluso a los 25 años de servicios, por ejemplificar.

⁷ Importante doctrina para supuestos de retribución variable (incentivos); la compendia STS 125/2020 de 11 febrero (recud. 3624/2017).

⁸ La relevancia que el ordenamiento jurídico otorga al pago de las retribuciones aparece paladinamente cuando el artículo 2.4.4.º de la Ley Concursal (2020) configura los hechos que legitiman a un acreedor para solicitar la declaración de concurso y se refiere al «incumplimiento generalizado de obligaciones [...] de pago de salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades».

Desde luego, el empleador no tiene la facultad unilateral de modular o condicionar el cumplimiento de la obligación de abono puntual del salario, ni la reiteración de la insatisfacción de la obligación puede resultar en una modificación de la misma. Una cosa es que la acción de reclamación hubiera podido estar sometida a una eventual prescripción y otra distinta deducir de ella un consentimiento tácito de los trabajadores respecto al percibo de sus salarios con constantes retrasos⁹.

1.4 Anticipos salariales

Antes de que, conforme a lo expuesto, proceda el pago de salarios cabe que el trabajador solicite el adelanto de lo ya devengado. «El trabajador y, con su autorización, sus representantes legales, tendrán derecho a percibir, sin que llegue el día señalado para el pago, anticipos a cuenta del trabajo ya realizado» (art. 29.1. II ET). Si se observa con atención el precepto, queda claro que el principio de posremuneración no quiebra aquí: lo que el segundo párrafo admite es un cobro antes de que llegue la fecha señalada al efecto, pero no un verdadero adelanto de salarios sobre trabajo futuro; sólo de forma impropia puede entenderse que se está ante un anticipo.

La imprecisión de los términos legales inclina a pensar que esta posibilidad de alterar la fecha prevista para el cobro no está supeditada a demostración de causa concreta pero sí a los límites genéricos de todo facultad: abuso de derecho, ejercicio de buena fe, etc.; alguna decisión judicial sostiene lo contrario, amparándose en que estamos ante la quiebra del principio general sobre tiempo del pago. Diversas razones (tenor del art. 31 ET, finalidad conmemorativa de ciertas pagas, necesidad de que haya transcurrido el período referencial para su cálculo, evitación de complejidades contables, etc.) conducen a que, salvo pacto en contrario, la posibilidad de anticipo sólo abarque a las percepciones de vencimiento mensual (o inferior) y no a las de devengo supramensual¹⁰; la solución debiera ser otra cuando tales retribuciones hubiesen sido prorrateadas a lo largo del año.

⁹ Por eso, la facultad de optar por la tutela que regula el art. 50.1 b) ET no se halla sometida a ninguna otra condición de la reclamación previa del cumplimiento de la obligación de pago del salario (STS 10 junio 2009, recud. 2461/2008).

¹⁰ STS 6 mayo 1994 [rec. 237/1993]: la Ley solo ampara «el mero cobro anticipado, respecto de la fecha periódica correspondiente, de salarios ya devengados», pero sin abarcar las pagas extras salvo pacto en contrario.

Lo que resulta indiscutible, claro, es que la empresa tiene derecho a que tales anticipos le sean reembolsados¹¹. Asimismo, en los anticipos deberán realizarse los correspondientes descuentos de la cuota obrera de Seguridad Social en el momento de su abono¹².

Los verdaderos anticipos no son objeto de regulación en el Estatuto, lo que ha llevado en ocasiones a que se les identifique como préstamos ordinarios¹³, lo que arrastraría numerosos inconvenientes acerca de las consecuencias de ello. La ausencia de previsiones sobre el particular parecería conducir a que si se produce el verdadero anticipo sobre salarios futuros se considere «legalmente irrecuperable» (art. 12.3 Conv. OIT núm. 117), lo que parece excesivo; desde luego, no hay problema alguno cuando se instrumenta a través de la negociación colectiva y en ella se prevé la forma y condiciones de reintegro¹⁴.

Distinta –y rara en la práctica– es la figura del anticipo satisfecho al trabajador «para inducirle a aceptar un empleo» (art. 12. Conv. OIT núm. 117); mediante Decreto 3084/1974, de 11 octubre, se limita la cuantía entregada a tres mensualidades de salario base (art. 1.º) y se regulan las condiciones de su reintegro (art. 2.º). La citada norma reglamentaria limita la devolución a un sexto del salario base mensual, declarando irrecuperables los anticipos que excedan de aquella cuantía, de modo que se trata de anticipos sin intereses dinerarios.

Asimismo diverso es el préstamo con garantía de salarios que también contempla el Conv. OIT núm. 117, no existiendo desarrollo normativo en nuestro ordenamiento estatal y sí en algunos convenios, especialmente de empresas financieras¹⁵.

2. INTERÉS POR MORA

«El interés por mora en el pago del salario será el 10 por 100 de lo adeudado» reza, lacónico, el artículo 29.3 ET.

¹¹ STS de 4 noviembre 1989 [ECLI: ES: TS:1989:6045]: cuando estamos ante anticipos del salario, no a cuenta del trabajo ya realizado (art. 29.1 ET), sino de anticipos de salarios futuros, posibilidad que admite el Decreto de 11 de octubre de 1974 y que en todo caso entra dentro de la autonomía de la voluntad de ambas partes, resulta «siendo obvio el derecho de la empresa a que les sean reembolsados tales anticipos».

¹² STS 7 julio 1999 [rec. 89/1999], centrada en que la naturaleza salarial de los anticipos es indiscutible.

¹³ En este sentido, SSTS de 10 febrero 1990 (ECLI: ES: TS:1990:17102) y 12 febrero 1990 (ECLI: ES: TS:1990:17109) resaltan que se trata, pues, de verdaderos préstamos que concede la empresa a sus empleados, que habrán de sujetarse a lo estipulado en el pacto de préstamo o en las normas sectoriales aplicables.

¹⁴ Cfr. STS 5 de junio de 1995 [rec. 170/1994].

¹⁵ SAN 12/2002 de 12 febrero 2002 [proc. 167/2001]: en este caso el trabajador no paga, sino que deja de percibir, mensualmente, una parte, fijada de común acuerdo, del valor de un trabajo, que no percibirá en su total cuantía, hasta que el importe del anticipo no sea compensado con el importe retenido del trabajo prestado.

2.1 Significado general

Descartando el juego de otros criterios (interés legal del dinero, apreciación de perjuicios en cada caso, etc.) la Ley impone un interés porcentual, de carácter anual y por tanto de repercusión proporcionada al tiempo de retraso transcurrido; por descontado, el presupuesto elemental es que se adeude alguna cantidad, pues en caso contrario resulta inaplicable. La cuantía que deba satisfacerse no es siempre la del diez por cien, sino la resultante de aplicar el mismo (10% anual) al tiempo real de demora, lo que es coherente con el concepto de indemnización de daños y perjuicios. A su vez, el importe que haya de satisfacerse como penalización por mora tiene carácter indemnizatorio y no puede beneficiarse de las garantías aplicables al salario en sentido estricto.

Tema distinto es el cuándo comienza y cuándo termina el tiempo a tomar en cuenta (como de retraso); seguramente ha de operarse sobre el período que discurre desde la fecha del devengo hasta –en su caso– la de la sentencia de instancia. Lo más lógico es entender que los intereses moratorios del art. 29.3 ET empiezan a correr, no desde la fecha del acto de conciliación, sino desde el devengo del concepto salarial reclamado¹⁶.

Interesa advertir que el precepto también se aplica a los casos en que el retraso sea imputable a la Administración pública como empleadora, sin que a ello se oponga la Ley General Presupuestaria¹⁷.

2.2 Cantidades sobre las que opera

Se trata de una penalización referida a los retrasos en el pago de «salario», no de otras especies retributivas, como pueden ser las mejoras voluntarias y que tiende a indemnizar los perjuicios ocasionados al acreedor. A partir del concepto de salario que ofrece el art. 26 ET, la jurisprudencia ha limitado el

¹⁶ La discusión al respecto pareció finalizar tras la STS de 9 febrero 1990 [rec. 159/1986], resolviendo recurso en interés de ley: «La determinación ha de hacerse en función del cómputo anual del interés y, en todo caso, en proporción al tiempo de demora; éste se inicia en la fecha del devengo y ha de computarse (a los efectos de la litis) hasta la fecha de la sentencia de instancia».

¹⁷ La SSTS 17 abril 1995 [recud. 1339/1994) y las en ella citadas así lo clarificaron. Razonan que «si la Administración abandona el derecho preeminente que tiene en su actuar administrativo, para adentrarse en la esfera laboral, acogándose así a las singularidades y peculiaridades del derecho social, debe estar sometida a iguales condiciones que los particulares».

alcance del recargo por mora a la materia salarial, estrictamente, con exclusión de las partidas extrasalariales¹⁸.

La penalización contemplada en el artículo 29.3 ET sólo es aplicable a las deudas de naturaleza salarial, no a indemnizaciones u otras extrasalariales¹⁹. Así se deduce de la propia terminología utilizada y del hecho que se halle introducida tal previsión dentro de un precepto destinado a la liquidación y pago del salario. Por eso, cuando se trata del retraso en el pago de una indemnización por la extinción del contrato de trabajo (claramente concepto extrasalarial) huelgan otros razonamientos para entender que lo previsto específicamente para salarios resulta inaplicable, aunque se trata de la indemnización pactada en el contrato de trabajo para el caso de desistimiento unilateral del mismo por parte del empresario²⁰.

2.3 Distinción de otras figuras y consecuencias

En modo alguno cabe la confusión con los intereses de que se ocupa el art. 576 LEC, conforme al cual «desde que fuera dictada en primera instancia, toda sentencia o resolución que condene al pago de una cantidad de dinero líquida determinará, a favor del acreedor, el devengo de un interés anual»²¹; por tal razón (autonomía de la previsión laboral), ni la Ley General Presupuestaria ni el resto de normas sobre Administraciones Públicas han de conducir a excepcionar la aplicación del art. 29.3 ET cuando el empleador moroso posea naturaleza pública²².

¹⁸ La STS 1 abril 1996 (recud. 3201/1995) concluye que no devenga intereses la cantidad que solicitaron los demandantes, correspondiente a dietas por destacamento por demora sufrida en la operatividad de traslado obtenido en concurso.

La STS 28 septiembre 1989 [ECLI: ES: TS:1989:12708] concluyó que el retraso en que incurrió la empresa empleadora en el pago de las indemnizaciones debidas, correspondientes a la extinción de los respectivos contratos de trabajo, manifiesta mora en el cumplimiento de dicha obligación, de la que deben derivar las consecuencias indemnizatorias que anuda a dicho incumplimiento los arts. 1.101 y 1.108 del C. C.

¹⁹ Así lo sostiene STS 15 noviembre 2005 (recud. 1197/2004) respecto de reclamación indemnizatoria a la que se allana la empresa.

²⁰ Ello, naturalmente, al margen de que proceda, en su caso, el pago de intereses al amparo de lo previsto en los arts. 1100 y ss. del Código Civil o del art. 576 LEC.

²¹ El art. 576.1 LEC prescribe que se devenga un interés anual igual al del interés legal del dinero incrementado en dos puntos o el que corresponda por pacto de las partes o por disposición especial de la ley.

Por su lado el art. 576.3 LEC dispone que la previsión de referencia se aplica a todo tipo de resoluciones judiciales de cualquier orden jurisdiccional que contengan condena al pago de cantidad líquida, salvo las especialidades legalmente previstas para las Haciendas Públicas.

²² Además de las sentencias citadas más arriba, cf. STS 17 abril 1995 (recud. 1199/1994). Advierte que debe evitarse la confusión entre interés por mora imputable al empleador por el artículo 29.3 ET (referente a la liquidación y pago de salarios) y el artículo 45 de la Ley General Presupuestaria (aplicable

Conviene advertir que a partir del momento en que una empresa queda dentro del ámbito aplicativo de la Ley Concursal, el devengo de intereses de los créditos salariales ya no se rige por la norma del ET sino que se sujeta al interés legal del dinero²³.

2.4 Carácter anual

Como explica la jurisprudencia, el concepto de «interés», que utiliza el ET no es jurídicamente equiparable al de pena, multa o recargo, sino al de compensación indemnizatoria por la mora en el pago (véase artículo 1108, en relación con el artículo 1101, ambos del Código Civil). Consecuentemente con ello, su determinación habrá de hacerse en proporción al tiempo de demora: a) ello es coherente con el concepto expresado de indemnización de perjuicios causados al acreedor, que acrecen en la medida en que aumenta la mora; y b) respecto del deudor la solución es equitativa, pues otra conclusión supondría primar a quien más se retrasa en el cumplimiento de sus obligaciones²⁴.

Tales razonamientos se asientan sobre un claro fundamento legal, que justifica el cómputo anual del interés del diez por ciento pese al silencio del artículo 29 sobre el particular, al ser aplicable el artículo 1108 del Código Civil en virtud de lo dispuesto por el artículo 4.3 del mismo Cuerpo Legal²⁵.

Por eso la determinación del interés del art. 29.3 del ET «ha de hacerse en función del cómputo anual del interés y, en todo caso, en proporción al tiempo de demora»²⁶.

Respecto del día inicial, estos intereses moratorios sustantivos se generan a favor del deudor desde que la obligación debió cumplirse y no lo fue, debiendo evitar su confusión con los derivados de reclamaciones judiciales²⁷.

cuando fijado por sentencia firme la cantidad adeudada, el trabajador trate de hacerla efectiva frente a la hacienda pública) en cuyo caso regirán aquellas normas presupuestarias y no el artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

²³ Art. 152.2 Ley Concursal: los créditos salariales «devengarán intereses conforme al interés legal del dinero».

²⁴ Por todas, STS 9 febrero 1990.

²⁵ Véase las SSTs de 3 octubre 2001 (recud. 3168/2000) y 30 abril 2002 (recud. 1890/2001).

²⁶ En tal sentido SSTs 746/2018, de 11 julio (recud. 916/2017); 16/2019, de 10 enero (recud. 925/2017) y 1186/2023 de 19 diciembre (rec. 300/2021).

²⁷ En tal sentido, SSTs 579/2023, de 21 septiembre (recud. 4195/2020); 766/2023, de 25 octubre (recud. 3881/2020); y 768/2023 de 25 octubre (recud. 389/2021).

2.5 Carácter objetivo

Tesis subjetiva inicial: Pese a la contundencia del precepto, para que entre en juego la regla penalizadora vino exigiéndose que el empresario hubiera incurrido en dolo o culpa; esa nota subjetiva se configuraba como verdadero presupuesto para que proceda el abono de daños y perjuicios por el retraso en el cumplimiento de la obligación²⁸; la mora no es el mero retraso en el pago, sino un retraso culpable, se decía. El criterio contrastaba, en principio, con el sentado a propósito del art. 50.1.b ET, conforme al cual la falta de pago o los retrasos continuados en el abono del salario pactado legitimaban la extinción causal del contrato, aún sin específica culpabilidad empresarial²⁹. De todos modos, habitualmente se entendía que la culpabilidad del empresario concurría con el simple hecho de que la deuda insatisfecha fuere claramente exigible y estuviere acotada; por el contrario, si la cuantía «principal» debida fuese problemática y controvertida, no procede la aplicación de las consecuencias propias de la mora.

Doctrina actual: Por todo lo anterior, no extrañó demasiado que la jurisprudencia haya pasado a sostener que el interés por mora posee naturaleza indemnizatoria, procediendo su abono en todo caso si la pretensión del trabajador es estimada³⁰. Si se pretende conceder al acreedor a quien se debe una cantidad una protección judicial completa de sus derechos, no basta con entregar aquello que, en su día, se le adeudaba, sino también lo que, en el momento en que se le entrega..., porque si las cosas, incluso fungibles y dinerarias, son susceptibles de producir frutos –léase frutos civiles o intereses– no parece justo que los produzcan en favor de quien debió entregarlas ya con anterioridad a su verdadero dueño, es decir, al acreedor³¹.

Los intereses por mora tienen, principalmente, un carácter indemnizatorio, más que sancionador, lo que conlleva la condena a su pago en todo caso, para resarcir al acreedor por los daños y perjuicios que le ha causado la demo-

²⁸ STS 23 abril 1992 (ECLI: ES: TS:1992:339).

En STS 6 noviembre 2006 (recud. 1990/2005) puede verse la síntesis de una vasta jurisprudencia conforme a la cual «cuando lo reclamado como principal es problemático y controvertido, queda excluida la mora en que podrían encontrar causa dichos intereses». Afirmación esta última que, como es lógico, debe entenderse referida a una oposición empresarial razonablemente fundada, no a la mera negativa a abonar unos salarios no discutidos, o controvertidos sin base legal suficiente, a la que se alude en la sentencia recurrida.

²⁹ Por todas, SSTS 24 marzo 1992 [recud. 413/1991] y 25 enero 1999 [recud. 4275/1977].

³⁰ STS de 29 junio 2012 (recud. 3739/2011).

³¹ Se invoca jurisprudencia civil para la que «la comprobación empírica de que los... criterios tradicionales dejaban la aplicación de la sanción en manos del propio deudor, al que le bastaba con negar la deuda o discutir la cantidad reclamada para hacerla indeterminada».

ra. Por tanto, conforme a los artículos 1101 y 1108 del Código Civil, deben reparar los daños y perjuicios causados quienes incurren en mora en el cumplimiento de sus obligaciones pecuniarias, reparación que se extiende al lucro cesante para lograr la completa indemnidad, lo que obliga a que toda deuda de suma o cantidad lleve anudada la condena al pago de intereses³².

Conclusión: A partir de la STS 14 junio 2014 (rcud. 1315/2013)³³ la jurisprudencia sostiene, ya con claridad, que, tratándose de créditos estrictamente salariales, han de ser compensados con el interés referido en el art. 29.3 ET, se presente o no «comprensible» la oposición de la empresa a la deuda. Los argumentos que la avalan se condensan así³⁴:

– El primitivo Estatuto de los Trabajadores fue promulgado, con el mismo texto que el vigente a fecha de hoy, los datos oficiales proclamaron una inflación considerablemente más alta [15,592 para 1979; y 15,213 % para 1980], aunque el interés legal del dinero fuese en las mismas fechas bastante menor [4%], lo que excluye que en el ánimo del legislador pudiera haber influido aquella intención «sancionadora», sino más bien ofrecer una cierta seguridad jurídica y una compensación por demora que superase la civil.

– Tratándose de concretas deudas salariales la solución ofrecida por el legislador –ex art. 29.3 ET– ha de operar también de forma objetiva, sin tener en cuenta ni la posible razonabilidad de la oposición empresarial a su pago, ni que en los concretos periodos económicos esa cifra –diez por ciento– sea superior o inferior a la inflación.

– Y ello es así tanto porque el mandato legal se expresa de forma imperativa y sin condicionamiento alguno cuanto por el importante elemento interpretativo que significan los trabajos parlamentarios previos «para desentrañar el alcance y sentido de las normas» [SSTC 108/1986, de 29/Julio, FJ 13; 109/1998, de 29/Mayo, FJ 2; 15/2000, de 20/Enero, FJ 7; y 90/2009, de 20/Abril, FJ 6], en los que claramente se pone de manifiesto –en este sentido, la Enmienda 21, de CD– la intención de mejorar para los trabajadores el régimen civil común de la mora en el incumplimiento de las obligaciones, que contemplaba un interés legal más bajo que la inflación y que además se aplicaba con todas las limitaciones que ofrecía la interpretación

³² Esta doctrina es congruente con la solución adoptada por la Sala Primera del TS que viene atenuando el principio «*in liquidis non fit mora*» y estableciendo la condena al pago de intereses, incluso cuando se condena al abono de menos de lo pedido.

³³ Doctrina firme y consolidada, como ponen de relieve las SSTS 14 noviembre 2014 (rcud 2977/2013) y 21 enero 2015 (recud. 304/2013), entre otras.

³⁴ STS 246/2023 de 29 marzo (recud. 3266/2020).

tradicional de la regla «in illiquidis»; y muy probablemente se hizo así por atender a los valores en juego –la relevancia vital que el salario tiene para el trabajador– y por considerar que no sólo era aconsejable ofrecer seguridad jurídica, sino de alguna manera limitar controversias que pudieran comprometer el sustento del empleado».

2.6 **Carácter pacífico de la deuda**

Tesis pacífica inicial: Del mismo modo, la jurisprudencia vino sosteniendo que el recargo por mora sólo procede cuando la realidad y cuantía de los salarios dejados de percibir consten de un modo pacífico e incontrovertido, esto es, cuando se trate de cantidades exigibles, vencidas y líquidas, sin que la procedencia o improcedencia de un abono se discuta por los litigantes: pues «cuando lo reclamado como principal es problemático y controvertido, queda excluida la mora en que podrían encontrar causa dichos intereses» [así, con muchos precedentes³⁵. Conforme a esta anterior jurisprudencia, el recargo por mora sólo procede cuando la realidad y cuantía de los salarios dejados de percibir consten de un modo pacífico e incontrovertido, es decir, cuando se trate de una cantidad exigible, vencida y líquida, sin que la procedencia o improcedencia de su abono se discuta por los contratantes³⁶. Así, cuando lo reclamado como principal es problemático y controvertido, queda excluida la mora en que podrían encontrar causa dichos intereses, claro está, siempre que estemos ante una oposición empresarial razonablemente fundada, no ante la mera negativa a abonar unos salarios no discutidos, o controvertidos sin base legal suficiente.

Tesis objetivista actual: Como se ha visto, el precepto configura la mora salarial como objetiva y automática, mientras que la jurisprudencia se empeñaba en anudar a su nacimiento un requisito subjetivo de culpabilidad, finalmente abandonado. De ese proceso argumental había quedado la idea de que la mora solo surge si el retraso en el pago afecta a cantidades líquidas, determi-

³⁵ Entre otras, SSTS 14 febrero (recud. 1545/1993); 1 abril 1996 (recud. 3201/1995); 15 junio 1999 (recud. 1938/98); 7 mayo 2004 (recud. 717/2003); 15 marzo 2005 (recud. 4460/2003) o 17 noviembre 2005 (recud. 290/2005).

³⁶ En suma, el recargo por mora requiere que la realidad y cuantía de lo dejado de percibir conste de manera clara, pacífica e indiscutida, lo que no ocurre cuando se discute sobre si existe o no la obligación de pago o sobre su montante; las deudas sobre las que opera sólo pueden ser aquellas exigibles, vencidas, líquidas e incontrovertidas. Cf. las sentencias citadas en la nota anterior.

nadas, vencidas, exigibles y no controvertidas³⁷; pero esta exigencia ha de entenderse en términos circunstanciales y laxos³⁸.

Actualmente se insiste en que los intereses por mora tienen un carácter indemnizatorio, más que sancionador, lo que conlleva la condena a su pago en todo caso, para resarcir al acreedor por los daños y perjuicios que le ha causado la demora. Se trata de resarcir al acreedor por el lucro cesante que el incumplimiento de la obligación de pago por el deudor le ha causado. Por tanto, debe reparar los daños y perjuicios causados quienes incurren en mora en el cumplimiento de sus obligaciones pecuniarias, reparación que se extiende al lucro cesante para lograr la completa indemnidad, lo que obliga a que toda deuda de suma o cantidad lleve anudada la condena al pago de intereses³⁹.

Excepciones: De manera excepcional cabe que no surja este recargo por demora, como se comprueba examinando algunos casos.

La STS 29 abril 2013 (rcud. 2554/2012) excluyó los intereses moratorios cuando ha sido preciso seguir un «tortuoso» camino para lograr el reconocimiento del plus sujeto a conflicto colectivo.

La STS 18 junio 2013 (rcud. 2741/2012), sobre horas extraordinarias en el sector de seguridad, hace lo propio a la vista de la «enorme litigiosidad» producida en cuestión tan «esencialmente controvertida» y determinante de dos sucesivos Conflictos Colectivos.

La STS 14 noviembre 2014 (rcud. 2977/2013) subraya que esa neutralización del interés moratorio procede ante situaciones de excepcional singularidad y complejidad, de manera que más que romper con la doctrina general lo que hacen es «representar una excepción confirmatoria de la propia regla».

La STS 246/2023 de 24 marzo (recud. 3266/2020) concluye que a efectos del artículo 29.3 ET sobre mora en el pago del salario, por más que la misma surja de manera objetiva y automática, cuando la empresa se ha limitado a cumplir con los mandatos de una Ley, su ulterior declaración de inconstitucio-

³⁷ STS 6 de noviembre de 2006 (rcud. 1990/2005RJ 2006, 7829).

³⁸ Como indica STS 8 febrero 2010 (rcud. 4353/2008), los indicados criterios tradicionales dejaban la aplicación de la sanción en manos del propio deudor, al que, le bastaba con negar la deuda o discutir la cantidad reclamada para hacerla indeterminada; por el contrario, el criterio actual da mejor respuesta a la naturaleza de la obligación y al justo equilibrio de los intereses en juego, y, en definitiva, a la plenitud de la tutela judicial, tomando como pautas de razonabilidad el fundamento de la reclamación, las razones de la oposición, la conducta de la parte demandada en orden a la liquidación y pago de lo adeudado y las demás circunstancias concurrentes, por lo que la solución exige una especial contemplación de las circunstancias del caso enjuiciado.

³⁹ Haciendo un repaso a la propia evolución jurisprudencial, STS 746/2018 de 11 julio (rcud. 916/2017).

nalidad no comporta que el abono retroactivo de los salarios afectados lleve aparejado tal incremento⁴⁰.

2.7 Conclusión

Al cabo, puede afirmarse que la mora en el pago del salario reúne la doble peculiaridad de ser objetiva –lo que significa una derogación del principio general civil *nulla mora est sine culpa*– y de ser automática –lo que significa que llegado el día del pago no es precisa la interpelación del acreedor para constituir en mora al deudor (*vid.* art. 1.100 CC)⁴¹–.

Con independencia de su derecho a reclamar el débito principal juntamente con el recargo de demora, el trabajador está facultado para instar la resolución judicial del contrato, con percibo de la indemnización correspondiente a un despido improcedente, por «falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado» [art. 50.1.b) ET]. En fin, el impago del salario o los retrasos reiterados en el pago constituyen infracción administrativa muy grave (art. 8.1 LISOS).

3. LUGAR DEL PAGO SALARIAL

El lugar del pago, con independencia de que se acuda a operaciones bancarias, puede ser el de trabajo u otro que se haya convenido. El Conv. núm. 95 OIT rechaza que, salvo para quienes allí trabajan, se haga en tabernas así como, si ello «fuere necesario para prevenir abusos», en centros de distracción o similares, al tiempo que indica como preferible el pago «en el

⁴⁰ La STS 246/2023 destaca lo siguiente: 1.º) Concorre una acusada complejidad, hasta el extremo de que el Tribunal de instancia desestimó la demanda y esta Sala consideró adecuado plantear una cuestión de constitucionalidad. 2.º) Los errores procesales reseñados (registro de la demanda en el Juzgado de lo Social, remisión del Auto por esta Sala al Tribunal de instancia) han propiciado dilaciones no imputables a la empresa. 3.º) La empresa pertenece al sector público y está especialmente sujeta a los mandatos de la ley, sin que se le pudiera exigir un comportamiento diverso del que siguió. 4.º) Ni en la demanda de conflicto colectivo ni en el recurso de casación se interesó el abono del interés por mora.

⁴¹ La STS 69/2017 de 26 enero (rcud. 115/2016) compagina la configuración de la mora salarial con las exigencias del principio rogatorio y el respeto a la congruencia procesal. Por eso concluye que si el trabajador no combate la sentencia estimatoria del Juzgado que omite condena al pago de interés moratorio por pago tardío de salarios, tampoco cabe que la sentencia de suplicación lo incluya al amparo del carácter objetivo con que opera el art. 29.3 ET: «Que estemos ante un derecho del trabajador o que el mismo surja de forma automática en modo alguno significa que no sea preciso reclamarlo cuando se desconoce por quien ha de satisfacerlo».

lugar de trabajo o en un lugar próximo» (art. 13.1). Pese a la clara finalidad garantista del añejo precepto (evitar que se malgaste lo cobrado), la constatación de que por otras vías (v. gr., tarjetas de crédito, préstamos) cabe que, en los tiempos que corren, el trabajador ya haya empeñado cuanto percibe, puede propiciar alguna duda sobre si resulta adecuado mantener hoy en día su vigencia.

El artículo 29.1 ET sigue disponiendo que el lugar del pago debe ser el convenido o usual. De manera pragmática, el Acuerdo sobre cobertura de vacíos (BOE 9 junio 1997) dispuso que el pago del salario en efectivo se hiciera «en el lugar de trabajo» (art. 16.2).

En realidad, para la mayoría de supuestos el problema se diluye porque el abono de las retribuciones suele realizarse mediante transferencia a la entidad financiera indicada por el trabajador.

4. MODO DE PAGO DE LA REMUNERACIÓN DINERARIA

4.1 Regla principal

Respecto del salario en dinero se prefiere el abono en moneda de curso legal; tradicionalmente se ha prohibido el pago «con pagarés, vales, cupones o en cualquier otra forma que se considere representativa de la moneda de curso legal» (art. 3.1 Conv. núm. 95 OIT). Sin embargo, en la actualidad, por razones de seguridad y comodidad se admite el pago a través de entidades de crédito (la elegida por el empleador, si entrega un cheque; la designada por el trabajador si es a través de transferencia). «El salario, así como el pago delegado de las prestaciones de la Seguridad Social, podrá efectuarlo el empresario en moneda de curso legal o mediante talón u otra modalidad de pago similar a través de entidades de crédito, previo informe al comité de empresa o delegados de personal» (art. 29.4 ET).

4.2 Poder de dirección y medios de pago

A la vista de la dicción legal es claro que corresponde al empresario la decisión acerca de la modalidad de pago del salario, siendo posible efectuar-

lo mediante operaciones bancarias (de manera muy principal, transferencia)⁴². La norma ampara la obligación del trabajador de cooperar con esa forma de abono, sin que pueda negarse a la apertura de una cuenta corriente o a facilitar sus datos, lo que concuerda con los usos sociales hodiernos⁴³; sí excede los límites legales la exigencia patronal de que la cuenta corriente de referencia haya de residenciarse en una determinada Entidad de crédito: la determinación de la modalidad de pago corresponde al empresario⁴⁴, pero la elección de la entidad bancaria a la que debe realizarse la misma corresponde al trabajador, sin perjuicio de que lo acuerde con el empleador.

Hay que recalcar que el abono a través de tales instrumentos y procedimientos constituye posibilidad atribuida al poder de dirección del empresario⁴⁵, el cual sólo viene obligado a informar de su decisión a los representantes unitarios (ni siquiera a consultarlos o, mucho menos, acordar con ellos)⁴⁶.

Por su lado, el art. 7.1 de la Ley 7/2012, de 29 de octubre, intensificando las actuaciones de prevención y lucha contra el fraude, prohíbe el pago en efectivo de las operaciones, en las que alguna de las partes intervinientes actúe en calidad de empresario o profesional, con un importe igual o superior a 1.000 euros o su contravalor en moneda extranjera⁴⁷. No aparece exclusión alguna respecto de las deudas laborales que se abonen por parte del empleador, por lo que la previsión debe entenderse operativa y complementaria de las exigencias contenidas en el presente artículo.

⁴² La STS 29 octubre 1993 (rcud. 4088/1992) aclaró que la transferencia bancaria constituye una modalidad de pago admitido por el artículo 29.4 ET, añadiendo que la orden de transferencia y el ingreso efectivo en la cuenta del trabajador sustituyen a la firma de éste en la nómina, dado que la misma carece, ya, de sentido una vez que el empleado ha recibido el salario mediante el ingreso en su cuenta bancaria, hecho que ha de ser notificado por el Banco correspondiente.

⁴³ En este sentido, STS 5 noviembre 2001 [rcud. 4752/2000]: la apertura de cuenta corriente o cartilla de ahorros es una conducta usualmente aceptada y adoptada en la sociedad actual; no obstante se abre la puerta a la excepción cuando «se pruebe que exista una razón seria y fundada para que el trabajador pueda mantener la negativa al establecimiento de la relación bancaria controvertida».

⁴⁴ Conviene recordar que la entrega de documentos mercantiles «sólo producirá los efectos del pago cuando hubiesen sido realizados, o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado» (art. 1170 CC).

⁴⁵ La STS 538/2016 de 21 junio (rcud. 1342/2015) también admite que el cobro de una prestación social se supedite a que el acreedor facilite un número de cuenta bancaria; pero admite que hay supuestos en los que ese deber quiebre y el pago deba realizarse en metálico.

⁴⁶ Es inusual (y loable) la precisión con que en este concreto punto la Ley determina que los destinatarios de este deber informativo son los órganos de representación unitaria.

⁴⁷ Su Exposición de Motivos considera que «dicha limitación no es incompatible con la condición de moneda de curso legal de los billetes y monedas al existir otros medios legales de pago para la liquidación de deudas monetarias». Aunque la Ley no contempla precisión alguna sobre su traslación al ámbito de las relaciones laborales, tanto su finalidad cuanto la literalidad inclinan a considerarla aplicable al contrato de trabajo.

Originariamente el tope estaba en los 2.500 euros, pero desde 11 de julio de 2021 se rebajó esa cuantía como consecuencia de la Ley 11/2021, de 9 de julio.

4.3 Gestiones para el cobro

Pese a que el salario en metálico haya de pagarse «los días laborables» (art. 13.1 Conv. OIT núm. 95), no existe regla que obligue a que la empresa conceda el tiempo necesario para el cobro efectivo del cheque o de la transferencia bancaria si tal es el medio utilizado. La doctrina remite el tema a lo pactado y sin duda tiene *in mente* las posibilidades que actualmente existen de operar con entidades financieras fuera de su horario de atención al público⁴⁸.

5. DOCUMENTACIÓN DEL PAGO

5.1 La regla general

El artículo 29.1. III ET se ocupa de esta importante cuestión. «La documentación del salario se realizará mediante la entrega al trabajador de un recibo individual y justificativo del pago del mismo». El pago del salario ha de documentarse, de modo que quede constancia escrita de lo sucedido a fin de que pueda acreditarse fácilmente y de permitir que el trabajador compruebe la regularidad de los cálculos empresariales.

«El recibo de salarios se ajustará al modelo que apruebe el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, salvo que por Convenio Colectivo, o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se establezca otro modelo que contenga con la debida claridad y separación las diferentes percepciones del trabajador, así como las deducciones que legalmente procedan». El «recibo individual» de salarios o *nómina* no tiene por qué ajustarse al modelo aprobado por OM de 27 de diciembre de 1994 (BOE de 13 de enero de 1995) puesto que puede trocarse por el previsto mediante convenio colectivo o, en su defecto, acuerdo entre empresa y representantes⁴⁹. En todo caso, el documento ha de referirse a meses naturales y desglosar nítidamente las partidas retributivas y deducciones efectuadas; la constancia en el recibo de salarios de los elementos exigidos por la OM de 27 diciembre 1994 es obligatoria para las empresas⁵⁰.

⁴⁸ Nos referimos a las operaciones a través de banca electrónica, al pago con tarjetas de crédito y similares, o al uso de cajeros automáticos.

⁴⁹ La STS 22 diciembre 2011 (rec. 3/2011) entendió que la obligación (legal y reglamentaria) ha de cumplirse mediante la entrega material en soporte papel, sin que baste la puesta en conocimiento mediante soporte informático.

⁵⁰ STS 26 enero 1999 (rec. 2045/1998) no admite que el convenio pueda dejar sin efecto la obligación mediante el uso de fórmulas genéricas sobre el contenido del recibo.

En nuestra práctica habitual este documento posee una gran relevancia no sólo como medio de prueba y soporte informativo de su contenido, sino también de la propia existencia de la relación laboral, de la identidad de sus partes, de la antigüedad del trabajador, etc. En ocasiones, incluso, existe una sobrevaloración del mismo que conviene relativizar, pues el recibo por sí mismo no posee valor liberatorio de la deuda, sino que es un medio privilegiado de prueba, por cuanto hace surgir la presunción de que cuanto en él se consigna se ha abonado; pero es claro que su aceptación (firma inclusive) por el trabajador no equivale a conformidad con los cálculos realizados o las cuantías asignadas, sino meramente con el cobro que se le oferta, pudiendo en todo caso reclamar posteriormente en los términos que entienda procedentes (cfr. art. 3.5 ET)⁵¹.

5.2 Concordancia con otros deberes

Por lo demás, aunque remotamente, la previsión concuerda con la obligación patronal de informar al trabajador acerca de los elementos esenciales del contrato y sus condiciones de trabajo, conforme al art. 8.5 ET y al RD 1659/1998, así como con el deber de transparencia.

La Directiva (UE) 2023/970 persigue que los empleadores dispongan de estructuras retributivas que garanticen la igualdad de retribución por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor entre hombres y mujeres (art. 157 TFUE). Algunos aspectos de su contenido son los siguientes:

Antes de la contratación: Los solicitantes tendrán derecho a recibir del empleador potencial información sobre la retribución inicial y las disposiciones del convenio colectivo aplicable. La empresa no puede hacer preguntas sobre su historial retributivo y las ofertas de empleo deben ser neutras.

Además, hasta principios del año 2000 (cfr. Disp. Transitoria de la O. M.) fue posible seguir utilizando el modelo en su día aprobado por O. M. de 22 de noviembre de 1973.

⁵¹ Doctrina judicial consolidada viene sosteniendo que la falta del sello de la empresa en los recibos de salarios no les priva de la «condición de autenticidad para ser valorados» (STSJ Navarra 14 mayo 1997 [AS 1997, 1624]). Asimismo, la firma del recibo de salarios por el trabajador sólo acredita la percepción por el mismo de las cantidades líquidas consignadas en el mismo (STSJ Andalucía [Granada] 18 enero 1999 [AS 1999, 5018]), pero no supone su conformidad con ellas, por lo que no excluye su posibilidad de reclamar las cantidades a las que crea tener derecho (STSJ Castilla y León [Valladolid] 20 septiembre 1999 [AS 1999, 6702]).

Criterios retributivos: Las empresas deben proporcionar los criterios utilizados para determinar la retribución, los niveles y la progresión retributiva. Dichos criterios serán objetivos y neutros con respecto al género.

Individualización: Los empleadores deben facilitar información sobre el nivel retributivo individual y los niveles medios, desglosados por sexo, para las categorías de trabajadores que realicen el mismo trabajo o un trabajo de igual valor al suyo. El empleador no puede impedir a los trabajadores revelar su retribución, a efectos del principio de igualdad y, a tal efecto, los Estados deben establecer medidas para prohibir las citadas cláusulas contractuales.

Información conjunta: Las empresas deben proporcionar a la RLT información sobre brecha retributiva de género (desde diversas perspectivas); proporción por sexo de quienes reciben componentes complementarios o variables; proporción de trabajadoras y de trabajadores en cada cuartil de la banda retributiva.

Consecuencias: Los empleadores sujetos a la obligación de informar deben realizar, en cooperación con la RLT, una evaluación retributiva para detectar y subsanar las diferencias retributivas no justificadas.

5.3 Compensación de deudas

Para que la empresa pueda detraer de las nóminas lo que pagó erróneamente en concepto de indemnización por traslado, debe tratarse de una deuda no controvertida y líquida, sin necesidad de llevar a cabo interpretaciones jurídicas sobre su propia existencia, lo que no ocurre en un caso como este, lo que convierte la detracción directa o unilateral llevada a cabo por la empresa en improcedente⁵². La posibilidad de que el reembolso se efectúe por vía de compensación mediante descuento en nómina de las cantidades adeudadas en lugar de requerir demanda judicial es contemplada del siguiente modo por nuestra jurisprudencia⁵³:

– Se trata de un modo de extinción de las obligaciones entre personas recíprocamente acreedoras y deudoras, sin que sea necesario la realización efectiva de la prestación ya que cada acreedor queda satisfecho con la deuda que debe cumplir. Ambas prestaciones son homogéneas (artículo 1196 del Código) y el efecto extintivo referido evita operaciones innecesarias, sin que sea preciso reclamar aquello que habría que cumplir.

⁵² STS 25 enero 2012 (Recud. 610/2011) contiene un resumen de la jurisprudencia al respecto.

⁵³ Recientemente, STS 796/2025 de 18 septiembre (rec. 796/2025).

– La legalidad de la compensación efectuada por la empresa depende del cumplimiento de los requisitos que el art. 1195 del Código civil establece para que una deuda pueda ser compensada, todos los cuales concurren en el presente supuesto. Empresa y trabajadores están obligados y son cada uno deudor y acreedor del otro. Las deudas son cantidades de dinero en cuya cuantía no existe controversia. La empresa está legitimada para exigir la devolución de las cantidades que el trabajador percibió en exceso si son vencidas, y líquidas, además de poseer similar ontología.

5.4 Balance

En suma, el recibo debidamente firmado por el trabajador (o el abono bancario) hace prueba de que se ha percibido la cantidad correspondiente, pero no impide, por descontado, acreditar otra cosa (pago adicional o inferior). El citado Acuerdo de cobertura de vacíos (BOE 9 junio 1997) reconocía al trabajador el derecho a solicitar la presencia de un representante o compañero en el momento de la firma (art. 16.3).

Conforme a la doctrina actual, el recibo de salarios puede sustituirse lícitamente por un soporte informático si presenta suficientes garantías.

Concordando con esas importantes funciones que se asignan al recibo de salarios, el legislador ha tipificado como infracción administrativa leve la conducta consistente en «no entregar puntualmente al trabajador el recibo de salarios o no utilizar el modelo de recibo de salarios aplicable, oficial o pactado» (art. 6.2 LISOS/2000); como infracción grave aparece la de «no consignar en el recibo de salarios las cantidades realmente abonadas al trabajador» (art. 7.3 LISOS/2000).

6. FINIQUITOS LIQUIDATORIOS ⁵⁴

6.1 Significado

El documento comúnmente conocido como «finiquito», «finiquito de terminación y saldo de cuenta» o «recibo de saldo y finiquito» –entre otras denominaciones–, pese a ser una figura utilizada con profusión y desde antiguo en

⁵⁴ Extractado de la monografía coescrita con F. CAVAS MARTÍNEZ, *El recibo de saldo y finiquito*, Lefebvre, Colección Claves Prácticas n.º 3, Madrid 2014.

el tráfico jurídico-laboral⁵⁵, carece de definición legal. Expresamente aparece mencionado en los artículos 49.2 ET («firma del recibo del finiquito») y 7.4 LISOS (es infracción grave «el incumplimiento de las obligaciones establecidas en materia de tramitación de los recibos de finiquito») e implícitamente en el artículo 64.4.b) ET (que establece el derecho del comité de empresa a conocer «los documentos relativos a la terminación de la relación laboral»). Pero, más allá de estas indicaciones, referidas a aspectos formales o procedimentales del finiquito, el mismo carece de una regulación legal propia y específica, circunstancia ésta que ha propiciado una fenomenal litigiosidad en torno al mismo, fundamentalmente en orden a la determinación de su validez y alcance en la fase extintiva del contrato de trabajo⁵⁶. Y es que las escasas previsiones legales que se refieren al finiquito no precisan qué elementos lo configuran ni cuáles sean sus efectos. El finiquito constituye así un instituto jurídico construido y definido por la doctrina y, sobre todo, por la jurisprudencia, al que se viene aplicando, de modo genérico, la normativa contenida en el Código Civil relativa a los contratos⁵⁷.

6.2 Efectos

La jurisprudencia ha destacado la importancia de distinguir entre los efectos extintivos y los liquidatorios del finiquito, «al comprender el finiquito la declaración de que el contrato ha quedado extinguido por mutuo acuerdo del trabajador y empresario, así como el saldo de cuentas que es, al propio tiempo, recibo de cantidad y declaración adicional de que las partes nada se deben entre sí tras él como consecuencia del contrato»⁵⁸; también ha dicho que «es completamente normal y perfectamente lícito cancelar los efectos de una relación laboral mediante una liquidación económica definitiva, dándose por satisfecho el trabajador con la cantidad resultante, renunciando expresamente a

⁵⁵ Sobre los antecedentes del finiquito en nuestro ordenamiento laboral, *vid.* QUEREDA SABATER, J.: «El valor liberatorio del finiquito: análisis de una institución en crisis», en *Aranzadi Social*, núm. 14, 2002, BIB 2002\1915, pp. 4-6.

⁵⁶ Como ha observado CÁMARA BOTÍA, A.: «La extinción del contrato de trabajo por mutuo disenso del empresario y el trabajador», en VV. AA. (Sempere Navarro, A-V., dir., Martín Jiménez, R., coord.): *La extinción del contrato de trabajo*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 61, la inexistencia de una definición legal ha generado que el término finiquito se haya convertido en un «vaporoso concepto» en relación con la extinción del contrato de trabajo.

⁵⁷ Como recuerda GARCÍA RUBIO, A.: *El recibo de finiquito y sus garantías legales*, 2.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 13.

⁵⁸ SSTs de 11 noviembre 2010 (recud. 1163/2010) y 7 junio 2012 (recud. 3158/2011).

formular reclamaciones a la empresa sobre la cuenta efectuada, que es lo que contiene el recibo de saldo y finiquito»⁵⁹.

Los litigios que se refieren a la validez, virtualidad y alcance de un documento de baja o finiquito suscrito por el trabajador han de dirimirse a la vista de todas y cada una de las circunstancias concurrentes, hasta el punto de que «esta materia podría carecer de contenido casacional, puesto que apreciar en qué medida la voluntad del litigante puede verse afectada o disminuida en presencia de circunstancias históricamente acreditadas, sin ulterior desvirtuación, es una apreciación de hecho en la que no cabe sustituir al juzgador de instancia»⁶⁰. Pese a que la apreciación y valoración de las singulares circunstancias concurrentes, además de los precisos términos del documento en cada caso suscrito, dificulta enormemente la comparación de las soluciones judiciales en términos de contradicción, no han sido escasas las ocasiones en las que el Tribunal Supremo ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la validez y eficacia del finiquito⁶¹.

– Por regla general, debe reconocerse a los finiquitos, como expresión que son la libre voluntad de las partes, la eficacia liberatoria y extintiva definitiva que les corresponda, en función de la declaración de voluntad que incorporan. Esta voluntad puede inquirirse por actos anteriores, coetáneos o posteriores a la propia firma del documento. Por el contrario, no tienen valor resolutorio de la relación laboral aquellos finiquitos de los que no se deduzca de modo claro e inequívoco la voluntad extintiva de todas las obligaciones de la relación laboral, aunque aparezca la expresión «saldo y finiquito».

– El recibo de finiquito tiene valor liberatorio pleno, comprensivo de todas las obligaciones derivadas de la relación laboral, cuando de sus términos se deduzca con evidente claridad que tal fue la voluntad firme e inequívoca de las partes, sin reserva alguna de derechos. Aunque, ciertamente, la expresión del consentimiento, en principio, debe presumirse libre y conscientemente emitido y manifestado –por lo tanto sin vicios que lo invaliden– y recaído sobre la cosa y causa, que han de constituir el contrato, según quiere el art. 1262 Cc.

– Hay que distinguir lo que es simple constancia y conformidad con una liquidación de lo que supone aceptación de la ruptura contractual.

⁵⁹ STS de 26 junio 1980 (ECLI: ES: TS:1980:654).

⁶⁰ ATS de 13 marzo 2012.

⁶¹ La STS 1007/2017 de 14 diciembre (rcud. 2418/2015) compendia la doctrina.

– En el momento en que suele procederse a esta declaración –coincidiendo con la extinción del contrato de trabajo– existe un riesgo importante de que estos dos aspectos se confundan, especialmente cuando la iniciativa de la extinción ha correspondido al empresario.

– La ejecutividad de esta decisión, con su efecto inmediato de cese de las prestaciones básicas del contrato de trabajo, lleva a que la aceptación del pago de la liquidación de conceptos pendientes –normalmente, las partes proporcionales devengadas de conceptos de periodicidad superior a la mensual, pero también otros conceptos– coincida con el cese y pueda confundirse con la aceptación de éste.

– La aceptación de estos pagos ante una decisión extintiva empresarial no supone conformidad con esta decisión, aunque la firma del documento parta de que se ha producido esa decisión y sus efectos reales sobre el vínculo.

– En realidad, para que un finiquito suponga conformidad con la extinción del contrato, deberá incorporar una voluntad unilateral del trabajador en el sentido de resolver el vínculo, un mutuo acuerdo sobre la extinción o una transacción en la que se acepte el cese acordado por el empresario. Voluntad de (co) extinguir el contrato que debe colegirse en caso de duda aplicando las reglas hermenéuticas de los arts. 1281 y siguientes del Código Civil, pues no se trata de una fórmula «sacramental», con efectos preestablecidos y objetivados, de modo que su eficacia liberatoria se imponga en todo caso, abstracción hecha de las circunstancias y condicionamientos que intervienen en su redacción, sino que ha de estarse a la genuina intención de los contratantes. En otro caso, nos encontramos ante una simple aceptación de la liquidación de las retribuciones que el trabajador tendría derecho a percibir por la relación laboral a la que se ha puesto fin. De ahí que, como se ha dicho, la firma del finiquito no suponga automáticamente conformidad con la extinción de la relación laboral.

– Los finiquitos, sin perjuicio de su valor normalmente liberatorio –deducible, en principio, de la seguridad del tráfico jurídico e incluso de la buena fe del otro contratante– vienen sometidos como todo acto jurídico o pacto del que es emanación externa a un control judicial. Control que puede y debe recaer, fundamentalmente, sobre todos aquellos elementos esenciales del pacto previo –mutuo acuerdo, o, en su caso, transacción– en virtud del cual aflora al exterior, y es con motivo de este examen e interpretación, cuando puede ocurrir que el finiquito pierda su normal eficacia liberatoria, ya sea por defectos esenciales en la declaración de voluntad, por falta de objeto cierto que sea materia del pacto o por la expresión en él de una causa falsa (art. 1261 C. C), ya por ser contrario a una norma imperativa, al orden público o perjudicar a terceros, o porque contenga una renuncia genérica y anticipada de derechos

contraria a los artículos 3.5 ET y 3 LGSS; para evitar, en lo posible, que se produzcan tales situaciones, el trabajador cuenta con los mecanismos de garantía que instrumentan los artículos 49.1 y 64.1.6.º ET.

– En relación con la irrenunciabilidad de derechos, se ha dicho que una cosa es que los trabajadores no puedan disponer válidamente, antes o después de su adquisición, de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario o por convenio colectivo y otra la renuncia o indisponibilidad de derechos que no tengan esa naturaleza –entre los que se encuentran la renuncia al puesto de trabajo y las consecuencias económicas derivadas–. Una interpretación en sentido contrario violaría el derecho concedido al trabajador por el artículo 49.1 a) y d) ET a extinguir voluntariamente su contrato o a conciliar sus intereses económicos con el empleador, y, también infringiría la norma común de contratación establecida en el artículo 1256 del Código Civil, que únicamente sanciona con nulidad el contrato cuyo cumplimiento quede al arbitrio de una de las partes contratantes. Es más, la prohibición de renuncia de derechos no impide acuerdos transaccionales que pongan fin a los conflictos laborales. Pero –y esto es decisivo– los actos de disposición en materia laboral han de vincularse a la función preventiva del proceso propia de la transacción, sin que puedan aceptarse declaraciones genéricas de renuncia que comprendan derechos que no tienen relación con el objeto de la controversia.

Algunos convenios colectivos exigen que el finiquito se sustancie ante un delegado de personal o miembro del comité de empresa. Con carácter general, el art. 49.2 ET reconoce al trabajador el derecho a solicitar la presencia de un representante del personal en el momento de firmar el finiquito. Si el empresario se opusiera a dicha presencia, el trabajador podrá hacerlo constar en el propio documento, para facilitar un futuro pronunciamiento de la Jurisdicción ⁶².

6.3 Fijos discontinuos

La liquidación de los salarios que correspondan a quienes presten servicios en trabajos que tengan el carácter de fijos discontinuos, en los supuestos de conclusión de cada período de actividad, se llevará a cabo con sujeción a los

⁶² La STS de 21 julio 2009 (recud. 1067/2008) niega eficacia liberatoria al finiquito suscrito por trabajador con trastorno psíquico que renuncia a la mitad de la indemnización que le corresponde.

trámites y garantías establecidos en el apartado 2 del artículo 49». También se traen aquí, de manera discutible, previsiones específicas sobre los trabajadores fijos discontinuos que, a partir de las reformas introducidas por el RDL 8/1997 y consolidadas por la Ley 63/1997, recuperaron su autonomía nominal en el art. 12; tras las modificaciones del RDLey 5/2001 y de la Ley 12/2001, creemos que las previsiones sobre aspectos salariales han de aplicarse tanto al supuesto de «contrato por tiempo indefinido de fijos-discontinuos»(art. 15.8) cuanto al «contrato a tiempo parcial [...] por tiempo indefinido cuando se concierte para realizar trabajos fijos y periódicos dentro del volumen normal de actividad de la empresa» (art. 12.3).

7. RESOLUCIÓN CONTRACTUAL POR INCUMPLIMIENTO

Conforme al artículo 49.1.j) del Estatuto de los Trabajadores (ET) cabe la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, fundamentada en un incumplimiento contractual del empresario. El supuesto aparece desarrollado por el artículo 50 ET, rubricado como «Extinción por voluntad del trabajador». Su reciente modificación legislativa dota de especial utilidad el repaso de lo que venía comportando esa facultad desde la perspectiva del derecho a percibir la remuneración correspondientes, así como el contraste con la vigente ordenación.

Conviene subrayar que los incumplimientos en torno a la obligación retributiva afectan al núcleo duro, básico, esencial y definitorio de la misma esencia o naturaleza laboral del contrato, de tal modo que, teniendo el derecho del trabajador «a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia», incluso rango constitucional (artículo 35.1 CE), nuestro ordenamiento jurídico laboral le otorga la máxima protección, hasta el punto de permitir la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, con la máxima indemnización legal, en supuestos de falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado⁶³.

7.1 Planteamiento general

La persona trabajadora puede pedir al Juzgado la resolución del contrato de trabajo cuando preceda un incumplimiento patronal relevante; aunque el ET

⁶³ Reflexión al respecto en STS 12 junio 2013 (rec. 103/2012).

contempla esta posibilidad extrema, también cabe que el trabajador opte por pedir judicialmente la restauración de la situación jurídica perturbada, más la indemnización de los daños causados, de acuerdo con el art. 1.124 del Código Civil (CC) ⁶⁴.

El artículo 50 ET alude a «justas causas» de resolución, pero más adelante, en el apartado c), habla de «cualquier otro incumplimiento» lo que permite hablar de una catalogación abierta (*numerus apertus*). Al cabo, la norma suministra un par de ejemplos (su intención es decididamente no taxativa) de las «causas justas» que pueden fundamentar la extinción del contrato, así como una cláusula abierta (naturalmente, sin obligación de respetar su término final o de preavisar):

1.º El primer supuesto tipificado se refiere a las modificaciones sustanciales que introduzca el empresario en las relaciones laborales, siempre que vulneren lo previsto en el art. 41 ET y menoscaben la dignidad del trabajador (acoso, falta de ocupación, cambio de funciones, etc.).

2.º La segunda apertura legal alude a la falta o mora persistente (tal parece querer decir «retrasos continuados») en el pago del salario. Sin perjuicio de otros supuestos que por el órgano judicial puedan considerarse causa justa a estos efectos, se entenderá que hay retraso cuando se supere en quince días la fecha fijada para el abono del salario, concurriendo la causa cuando se adeuden al trabajador o la trabajadora, en el período de un año, tres mensualidades completas de salario, aún no consecutivas, o cuando concurra retraso en el pago del salario durante seis meses, aún no consecutivos. Esta es la que hemos de examinar con cierto detalle.

3.º La enunciación de los dos ejemplos da paso al principio general: el trabajador puede extinguir el contrato por «cualquier... incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del empresario», que no sea debido a fuerza mayor [art. 50.1.c) del ET]; incumplimiento que no implica necesariamente culpabilidad del empresario. Se incluye expresamente entre esos incumplimientos la negativa del empresario a reponer al trabajador en su puesto y condiciones de trabajo, cuando, habiendo decidido la movilidad geográfica o modificación sustancial de condiciones de trabajo, tal decisión fuera declarada injustificada por sentencia judicial.

⁶⁴ Conforme a sus dos primeros párrafos, «La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible».

7.2 El artículo 50.1.b ET en la Jurisprudencia

Así como el artículo 54.1 ET es claro al exigir que el incumplimiento del trabajador que, en su caso, vaya a ser invocado como causa de despido reúna las notas de gravedad y culpabilidad, cuando se afronta la regulación de las causas que legitiman la extinción causal (indemnizada en igual cuantía que el despido disciplinario improcedente, conforme a 50.2 ET) del contrato promovido por el trabajador sólo se habla de «incumplimiento grave» (art. 50.1.c ET), lo que puede acaecer *sub specie* de «falta de pago o retrasos en el abono del salario pactado» (art. 50.1.b ET).

Antes de que la reforma de 2025 intentara objetivar y precisar el alcance de esta causa extintiva, la jurisprudencia ha llevado a cabo una intensa actividad interpretativa acerca de su significado a partir de la fórmula genérica ya expuesta de falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado. Tanto porque esa dicción permanece vigente cuanto porque posee claro valor indicativo conviene recordar sus principales criterios. De hecho, venía pensándose que los retrasos en el pago del salario han de ser continuados y persistentes, no esporádicos, dejando el legislador a los tribunales la apreciación de cuán larga deba ser esa reiteración en la conducta morosa⁶⁵.

7.2.1 CARÁCTER OBJETIVO DEL INCUMPLIMIENTO

La jurisprudencia unificada proclama que no es exigible para la concurrencia de la causa de resolución del artículo 50.1.b) ET la culpabilidad en el incumplimiento del empresario. Para que prospere la causa resolutoria basada en «la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado» se exige exclusivamente el requisito de gravedad en el incumplimiento empresarial⁶⁶. La falta de pago o los retrasos continuados en el abono del salario pactado legitiman la extinción causal del contrato, aún sin culpabilidad empresarial⁶⁷, bien que para aplicar ese criterio por vía de unificación haya de darse la preceptiva identidad entre las sentencias comparadas⁶⁸.

Así pues, para determinar la gravedad del incumplimiento, debe valorarse exclusivamente si el retraso o impago es o no grave, trascendente, en relación con la obligación de pago puntual del salario, partiendo de un criterio

⁶⁵ STS de 27 enero 2015 (recud. 14/2014).

⁶⁶ Por todas, SSTs 5 de junio de 2018 (recud. 108/2017) y 5 de julio de 2022 (recud. 1048/2021).

⁶⁷ STS 61/2023 de 24 enero (recud. 437/2021) y las que en ella se citan.

⁶⁸ STS 26 junio 2008 (recud. 2196/2007).

objetivo independiente de la culpabilidad de la empresa (continuación y persistencia en el tiempo) y cuantitativo (montante de lo adeudado)⁶⁹.

De este modo, el requisito de la gravedad del comportamiento es el que modela y perfila en cada caso la concurrencia del incumplimiento empresarial, siendo accesoria la nota de culpabilidad e indiferente que la infracción patronal venga determinada por la mala situación económica de la empresa.

Una y otra vez el Tribunal Supremo ha repetido que para determinar la gravedad del incumplimiento, debe valorarse exclusivamente si el retraso o impago es o no grave o trascendente en relación con la obligación de pago puntual del salario, partiendo de un criterio objetivo independiente de la culpabilidad de la empresa (continuación y persistencia en el tiempo) y cuantitativo (montante de lo adeudado)⁷⁰.

Saliendo al paso de comprensibles objeciones patronales sobre la difícil situación de la empresa incumplidora, la jurisprudencia ha proclamado que el deber de abonar puntualmente el salario no puede desconocerse por tales razones. Si tal situación de crisis económica concurre impidiéndole cumplir con su obligación de pago puntual de salarios la norma estatutaria le posibilita el acudir a las formas de modificación de las condiciones de trabajo, suspensión o extinción; pero una situación económica adversa, ponderable a efectos de posibilitar la modificación, suspensión o extinción de los contratos de trabajo, no es aducible, sin embargo, para excluir la aplicación de la causa resolutoria ex art. 50.1.b) ET, ya que dicha situación no afecta al esencial deber de abonar puntualmente los salarios⁷¹. Dicho abiertamente: la situación de concurso de la empresa o la acreditación de sus dificultades económicas enervan la acción frente a su incumplimiento⁷².

7.2.2 ASPECTOS GENERALES Y PROCESALES

El retraso habitual y continuado en el pago del salario es justa causa para solicitar la rescisión indemnizada del contrato, sin que pueda hacerse

⁶⁹ En tal sentido, por ejemplo, pueden verse las SSTs de 24 de septiembre de 2013 (recud. 3850/2011); 2 diciembre 2013 (recud. 846/2013); 3 diciembre 2013 (recud. 141/2013) y 5 diciembre 2013 (recud. 141/2013), donde se explica el abandono del criterio culpabilista

⁷⁰ STS 5 diciembre 2013 (recud. 2071/2012) y la allí citadas.

⁷¹ Por todas, STS 25 enero 1999 (recud. 4275/1997).

⁷² SSTs 3 diciembre 2012 (recud. 612/2012); 20 mayo 2013 (recud. 1037/2012) y 3 diciembre 2013 (recud. 141/2013).

valer en contra la aquiescencia del trabajador por el largo tiempo transcurrido sin reclamar⁷³.

Es procedente la extinción del contrato por voluntad del trabajador, ante los retrasos continuados y persistentes en el pago del salario durante varios años, siendo irrelevante la situación de concurso de la empresa, la falta de reclamación anterior de los trabajadores y la existencia de acuerdos colectivos posteriores a la demanda, que no pueden convalidar la situación preexistente⁷⁴.

Los pagos realizados con anterioridad al acto del juicio (o incluso de la conciliación administrativa) sirven para cancelar o reducir la deuda, pero no eliminan el incumplimiento existente en la fecha de presentación de la demanda ni mucho menos enervan la acción resolutoria entablada por el trabajador⁷⁵. Dicho abiertamente: procede la extinción aunque en el momento del juicio no existiera cantidad salarial alguna pendiente de abono⁷⁶.

La indemnización procedente en caso de extinción colectiva de relaciones laborales articulada al amparo del artículo 50.1.b) del ET, respecto de empresa declarada en concurso, es la de 20 días de salario por año trabajado propia de un despido colectivo⁷⁷. No procede acordar la extinción de la relación laboral por impago de salarios o retrasos continuados en su abono ex. art. 50.1.b) ET, cuando la relación ya ha sido previamente extinguida al amparo de un ERE o de un auto del Juzgado de lo Mercantil dictado en el proceso concursal, resuelto durante la tramitación del proceso ante la jurisdicción social⁷⁸. Una interpretación finalista y por analogía del referido art. 64.10 de la Ley Concursal (LC), referido a acciones resolutorias individuales ex art. 50 ET motivadas por la situación económica o de insolvencia del concursado, permiten concluir su aplicación a los despidos tácitos singulares o plurales motivados por esas mismas circunstancias, con la finalidad de que ante unos mismos hechos deba darse idéntica solución, en aras a la igualdad entre los diversos trabajadores del mismo empleador concursado, evitando el posible fraude derivado de poder elegir ante una misma situación acciones distintas (resolución

⁷³ STS 3 diciembre 2013 (recud. 141/2013), con cita de doctrina consolidada: el ejercicio de los derechos únicamente es modulable por la inactividad de su titular cuando el legislador –en causa a la seguridad del tráfico jurídico– considera oportuno establecer un determinado periodo de tiempo tras cual decaen y se consideran legalmente fenecidos por el transcurso de los plazos de por prescripción o caducidad, lo que no ha hecho específicamente respecto de la extinción del contrato por voluntad del trabajador.

⁷⁴ STS 753/2020 de 10 septiembre (recud. 105/2018).

⁷⁵ SSTs de 19 enero 2015 (RJ 2015, 451); 9 diciembre 2016 (RJ 2016, 6278) y 27 noviembre 2017 (RJ 2017, 5655).

⁷⁶ De manera clara, STS 19 noviembre 2013 (recud. 2800/2012).

⁷⁷ STS de 13 abril 2011 (recud. 2149/2010).

⁷⁸ SSTs 575/2017 de 30 junio (recud. 3402/2015); 233/2022 de 15 marzo (recud. 3031/2020) y las allí citadas.

ex art. 50 ET o despido tácito) que pudieran llevar a resultados desiguales, entre otros, en cuanto a la fecha de la extinción, salarios e indemnizaciones procedentes.

La fecha límite para aportar datos, por ambas partes, sobre la actuación empresarial es la fecha del juicio, pudiéndose hasta ese momento tener en cuenta tanto los posibles pagos empresariales, sin que ello suponga la enervación de la acción del trabajador, así como las posibles demoras o impagos, tanto a efectos en ambos casos de constatar el alcance del denunciado incumplimiento empresarial, y, en su caso, como de la posible concreción de la acción de reclamación de cantidad acumulada⁷⁹.

7.2.3 DETERMINACIÓN DE LA SUFICIENTE ENTIDAD

El tenor de la Ley podría suscitar la duda acerca de si la resolución por irregularidades retributivas precisa que las mismas hayan sido graves, puesto que el art. 50.1.b ET no lo exige de forma expresa; sin embargo, una sencilla interpretación lógica e incluso sistemática del precepto (pues el apartado siguiente, en su propia redacción, presupone que los incumplimientos de los anteriores también han de ser graves) basta para clarificar la cuestión. Así, doctrina y jurisprudencia coincidieron, sin problemas, en la exigencia de que la gravedad de la conducta empresarial se diera, rechazando que hubiese causa resolutoria cuando existía un retraso puntual (uno o dos meses) o estuviere provocada por el carácter controvertido de determinadas partidas retributivas, o se debiese a un acuerdo entre las partes⁸⁰.

Para que prospere la causa resolutoria es necesaria la concurrencia del requisito de gravedad en el incumplimiento empresarial; y, a efectos de determinar tal gravedad, debe valorarse tan sólo si el retraso o impago es grave o trascendente en relación con la obligación de pago puntual del salario *ex arts. 4.2 f) y 29.1 ET*, ponderando el alcance del incumplimiento de acuerdo con criterios de orden temporal (retrasos continuados y persistentes en el tiempo) y cuantitativo (montante de lo adeudado)⁸¹.

⁷⁹ STS de 25 febrero 2013 (recud. 380/2012).

⁸⁰ Por todos, cfr. M. ALONSO OLEA, «La extinción del contrato de trabajo por decisión del trabajador», *Revista de Política Social* número 118, Madrid 1978, pp. 75 ss.

⁸¹ Por eso «concorre tal gravedad cuando el impago de los salarios no es un mero retraso esporádico, sino un comportamiento persistente, de manera que la gravedad del incumplimiento se manifiesta mediante una conducta continuada del deber de abonar los salarios debidos», como exponen SSTs 20 mayo 2013 (recud. 1037/2012); 16 julio 2013 (rcud. 2275/2012) y 3 diciembre 2013 (rcud. 540/2013-), entre otras.

Las dificultades, entonces, se trasladan a la valoración de las circunstancias concurrentes en cada caso a fin de decidir si las mismas poseen o no la suficiente enjundia como para justificar una decisión extrema cual la de extinción indemnizada⁸². Criterios interpretativos considerando concurrente suficientemente la causa extintiva son los que siguen:

- Cuando, en la fecha del juicio aún adeuda la empresa tres mensualidades y una paga extraordinaria⁸³.

- Los retrasos y anomalías en el pago de once mensualidades consecutivas poseen la suficiente entidad como para que proceda la resolución contractual⁸⁴, lo que es predicable respecto de supuestos similares de irregularidades continuadas⁸⁵.

- El retraso de un año en abonar las pagas extras durante dos anualidades consecutivas sí es causa suficiente de resolución⁸⁶.

- Los retrasos producidos durante un lapso ininterrumpido de nueve meses, con un tiempo de demora variable de entre 8 y 17 días, y un retardo promedio de 13,5 días⁸⁷.

- Los retrasos a lo largo de 14 meses consecutivos, con una dilación de entre 3 y 28 días, y una media aproximada de 11 días por mes⁸⁸.

- Los retrasos en un período continuado de 15 meses, oscilando el retraso entre 15 y alcanzando un promedio de 22,5 días⁸⁹.

- Retrasos en el abono del salario, que fueron de uno y dos meses durante un período superior al año, abonando la empresa el salario fraccionadamente⁹⁰.

- El retraso mantenido durante 26 meses consecutivos, con una tardanza mínima de 2 días y máxima de 26 días, con prevalencia de la situada en 12 días, siendo el retraso promedio de 11,20 días⁹¹.

⁸² La STS de 28 septiembre 1995 (RJ 1995, rec. 756) constata que «este requisito de la gravedad es extraordinariamente casuístico, como puede apreciarse observando la jurisprudencia al respecto».

⁸³ STS de 3 diciembre 2013 (rcud. 540/2013).

⁸⁴ STS 13 julio 1998 (RJ 1998, 5711).

⁸⁵ STS 25 enero 1999 (RJ 1999, rec. 4275/1997).

⁸⁶ STS 28 septiembre 1998 (RJ 1998, 8553).

⁸⁷ STS de 3 de diciembre de 2012 (recud. 612/2012).

⁸⁸ STS de 24 de septiembre 2013 (recud. 3850/2011).

⁸⁹ STS de 16 julio 2013 (recud. 2275/2012). En el supuesto examinado por otra sentencia de la misma fecha de 16 julio 2013 (rcud. 2924/2012), el promedio de retraso en el pago de los salarios es de 22,5 días por mes de retraso, y ello durante 15 meses, lo que también se consideró un incumplimiento empresarial grave

⁹⁰ STS 19 noviembre 2013 (rcud. 2800/2012).

⁹¹ STS de 22 de diciembre de 2008 (recud. 294/2008).

- Es procedente la extinción del contrato por voluntad del trabajador, ante los retrasos continuados, persistentes en el tiempo y cuantitativamente importantes en el pago de los salarios, con una media de 10,5 días de retraso ⁹².
- Reviste gravedad suficiente para justificar la extinción el incumplimiento de la empresa que abona con retraso el salario desde el mes de diciembre de 2019 a abril de 2021, y adeuda las mensualidades de mayo y junio de 2021 ⁹³.
- Las anomalías sobre momento de pago consistentes en fraccionarlo y demorarlo ⁹⁴.

Asimismo, interesa reseñar supuestos en los que la jurisprudencia ha negado que las anomalías fuesen suficientemente enjundiosas a los efectos de la resolución contractual:

- No es causa suficiente para solicitar la extinción indemnizada del contrato de trabajo, por no ser grave, el retraso consistente en el impago de un mes y el pago de los seis siguientes fraccionados en dos, máxime cuando existió acuerdo al respecto con los representantes de los trabajadores ⁹⁵.
- Tampoco, por no apreciarse gravedad en el retraso, el impago de sólo dos mensualidades en el momento de interponerse la demanda ⁹⁶.

7.2.4 CONCORDANCIA CON INCUMPLIMIENTOS GENÉRICOS

El impago de las prestaciones por Incapacidad Temporal, tanto las correspondientes a pago delegado como a las mejoras voluntarias pactadas en convenio, constituye incumplimiento contractual incardinable en el art. 50. 1, c) ET ⁹⁷, no en el que ahora se examina.

Aunque no es causa de extinción el retraso en el pago delegado del subsidio, al presentar el trabajador los partes de confirmación por bloques de tres

⁹² STS de 10 enero 2023 (RJ 2023, 824).

⁹³ STS 719/2023 de 4 octubre (recud. 3715/2022).

⁹⁴ La STS 20 mayo 2013 (recud. 1037/201) se refiere a empresa que venía abonando al actor el salario en dos plazos, constatándose un retraso significativo en los meses de julio, agosto, septiembre, octubre y noviembre de 2010, y extra de verano y diciembre de 2010, es decir, cinco mensualidades y dos pagas extras. En la fecha del juicio (3 de octubre de 2011) la empresa adeudaba al actor los atrasos de 2011 y la extra de verano de 2011.

⁹⁵ STS de 5 marzo 2012 (RJ 2012, 4039).

⁹⁶ STS de 26 julio 2012 (RJ 2012, 10274).

⁹⁷ STS 22 mayo 1995 (RJ 1995, 3995); 2 noviembre 1996 (recud. 1176/1996) y 19 diciembre 2006 (RJ 2007, 1006).

o cuatro, procede la extinción por el impago del complemento de mejora del subsidio de IT pactado en convenio ⁹⁸.

7.2.5 SUBSISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL

La vigencia de la relación laboral en el momento en que el órgano judicial se pronuncia sobre la concurrencia de la causa alegada como justificativa de la extinción que se pretende constituye, con carácter general, un presupuesto imprescindible para la viabilidad de la acción resolutoria, dado que dicha extinción del contrato se produce en virtud de la sentencia firme que declara que el empresario ha incurrido en la causa invocada ⁹⁹. Sin embargo, esa doctrina ha experimentado alguna evolución y matizaciones.

Doctrina inicial: Sobre la necesidad de que la relación laboral esté viva cuando se ejercita la acción, originariamente la jurisprudencia entendía que la extinción del contrato por voluntad del trabajador, como regla general, exige que el contrato esté vigente, lo que no sucede si el trabajador fue despedido y omite la reclamación frente a tal decisión ¹⁰⁰. La razón estriba, se decía, en que el proceso ha de acabar en sentencia desestimatoria si la relación laboral se ha llegado a extinguir por cualquier motivo antes de la sentencia firme estimatoria que ponga fin al mismo. La resolución judicial en la que se declare la extinción contractual tiene carácter constitutivo, y no meramente declarativo como en el despido ¹⁰¹.

Flexibilización jurisprudencial: Ante determinados supuestos, la jurisprudencia consideró necesario introducir una mayor flexibilidad en este requisito, de forma que no se obligue al trabajador a mantener unas condiciones de trabajo que, aunque no sean contrarias a su dignidad o a su integridad, pueden implicar un grave perjuicio patrimonial o una pérdida de opciones profesionales. De ahí que haya de concederse al trabajador la posibilidad en estos casos de optar entre ejercitar la acción resolutoria y continuar prestando servicios en cuyo caso se estará en el marco de la resolución judicial o dejar de prestar servicios al tiempo que se ejercita la acción, asumiendo en este caso el riesgo del resultado del proceso en los términos a que se ha hecho referencia ¹⁰².

⁹⁸ STS de 18 febrero 2013 (RJ 2013, 2123).

⁹⁹ Por todas, SSTs 6 noviembre 2017 (recud. 683/2016) y 14 de mayo de 2020 (recud. 4282/2017).

¹⁰⁰ STS 22 mayo 2000 (RJ 2000, rec. 2180/1999).

¹⁰¹ SSTs de 11 marzo 1998 (RJ 1998\2561), de 24 mayo 2000 (RJ 2000\4629)

¹⁰² Cf. La STS 64/2016 de 3 febrero (recud. 3198/2014) y las allí citadas.

Esta doctrina, que puede considerarse «de excepción», entendió que el trabajador no viene obligado a permanecer en su puesto si el incumplimiento empresarial le ocasiona una situación insoportable por impago de salarios reiterado y persistente ¹⁰³. De este modo, al interponer la demanda, el trabajador puede optar por seguir prestando servicios hasta que se dicte sentencia o dejar de hacerlo, asumiendo, en este caso, el riesgo de que se produzca la extinción del contrato por dimisión si la acción resolutoria es desestimada ¹⁰⁴. Se trata de admitir, de manera excepcional, la posibilidad de que la persona trabajadora afectada cese voluntariamente en la prestación de servicios al tiempo que formula demanda de extinción contractual cuando el mantenimiento de la relación laboral pudiera ocasionarle un grave perjuicio ¹⁰⁵.

Situación actual: Finalmente, viene entendiéndose que al interponer la demanda, el trabajador puede optar por seguir prestando servicios hasta que se dicte sentencia firme o dejar de hacerlo, asumiendo, en este caso, el riesgo de que se produzca la extinción del contrato por dimisión si la acción resolutoria es desestimada ¹⁰⁶. No es exigible que el trabajador permanezca prestando servicios hasta que recaiga sentencia firme cuando las condiciones de trabajo, aunque no sean contrarias a su dignidad o a su integridad, puedan implicar un grave perjuicio patrimonial o una pérdida de opciones profesionales, siendo la solicitud de las medidas cautelares contempladas en el art. 79.7 LRJS una posibilidad y no una obligación para el trabajador ¹⁰⁷.

Este precepto dispone que en los procesos en los que se ejercite la acción de extinción del contrato de trabajo a instancia del trabajador con fundamento en el artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores podrá acordarse, a instancia del demandante, alguna de las medidas cautelares contempladas en artículo 180.4 LRJS (incluye suspensión de la relación o exoneración de prestación de servicios, así como cuantas otras tiendan a preservar la efectividad de la sentencia que pudiera dictarse), con mantenimiento del deber empresarial de cotizar y de abonar los salarios sin perjuicio de lo que pueda resolverse en la sentencia.

Ahora bien, no puede prosperar la acción rescisoria ejercitada por continuados retrasos en el pago del salario y débito de varias mensualidades, si con posterioridad a la celebración del acto de conciliación, y antes de presentarse

¹⁰³ SSTs de 17 enero 2011 (RJ 2011, 532).

¹⁰⁴ STS, Sala General, de 20 julio 2012 (RJ 2012, 9609).

¹⁰⁵ STS de 14 de mayo de 2020 (recud. 4282/2017 y las citadas en ella).

¹⁰⁶ STS, Sala General, de 20 julio 2012 (RJ 2012, 9609).

¹⁰⁷ SSTs de 28 octubre 2015 (RJ 2015, 5213); 3 febrero 2016 (RJ 2016, 1002); 23 febrero 2016 (RJ 2016, 1668); 24 febrero 2016 (PROV\2016\69690); 15 septiembre 2016 y 13 julio 2017 (RJ 2017, 3535).

demanda, la administración del concurso hubiera despedido por causas económicas al trabajador y éste no hubiera reclamado en vía judicial¹⁰⁸. Tampoco cuando, habiéndose producido un despido posterior a la interposición de la demanda, y frente al cual no se ha reaccionado, la relación laboral quedó definitivamente extinguida en la fecha del despido¹⁰⁹.

7.2.6 DESPIDO SOBREVENIDO

Cuando la relación laboral sigue vigente en el momento del ejercicio de la acción resolutoria pero el trabajador no ha optado ni por el cese voluntario en la prestación de servicios, ni por la solicitud de medidas cautelares es posible que sobrevenga un despido. En tal caso la naturaleza constitutiva de la extinción indemnizada del contrato de trabajo por incumplimiento grave del empresario del art. 50 del ET obliga a que la relación laboral siga vigente en el momento en que el órgano judicial acuerda la extinción.

Por tanto, si después del ejercicio de la acción resolutoria pero antes del juicio oral, el empresario lleva a cabo el despido expreso del trabajador, éste debe impugnar el despido¹¹⁰. De hecho, la LRJS establece cómo deben examinarse las causas del despido y de la pretensión de resolución del contrato de trabajo¹¹¹. La jurisprudencia unificada¹¹² también ha explicado que a la hora de resolver qué acción debe decidirse antes, hay que seguir un criterio cronológico sustantivo no excluyente, que dé prioridad al análisis y resolución de la acción que haya nacido antes, atendiendo al hecho constitutivo de la misma, si bien su éxito no impedirá el examen, y decisión en su caso, de la otra acción. Con ello se evitan decisiones procesales de la parte demandante tendentes, mediante el simple mecanismo de dilatar breves días la reacción frente al despido, a dar priori-

¹⁰⁸ STS de 10 octubre 2017 (RJ 2017, 4710).

¹⁰⁹ STS de 14 mayo 2020 (RJ 2020, 1761).

¹¹⁰ El art. 32.1 de la LRJS obliga a acumular ambas acciones: «Cuando el trabajador formule por separado demandas por alguna de las causas previstas en el artículo 50 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y por despido, la demanda que se promueva posteriormente se acumulará a la primera de oficio o a petición de cualquiera de las partes, debiendo debatirse todas las cuestiones planteadas en un solo juicio».

¹¹¹ Cuando las acciones ejercitadas están fundadas en las mismas causas o en una misma situación de conflicto, la sentencia deberá analizar conjuntamente ambas acciones y las conductas subyacentes, dando respuesta en primer lugar a la acción que considere que está en la base de la situación de conflicto y resolviendo después la segunda, con los pronunciamientos indemnizatorios que procedan. Si las causas de una u otra acción son independientes, la sentencia debe dar prioridad al análisis y resolución de la acción que haya nacido antes, atendido el hecho constitutivo de la misma, si bien su estimación no impedirá el examen, y decisión en su caso, de la otra acción.

¹¹² SSS 641/2021, de 23 de junio (recud. 2229/2018) y 61/2023, de 24 de enero (recud. 437/2021).

dad a la acción de extinción por el mero hecho de ejercitarla antes [...] la eficacia constitutiva del pronunciamiento judicial de extinción del contrato por los incumplimientos cometidos por el empresario con anterioridad al despido debe determinar la obligación de pago de los salarios dejados de percibir por el trabajador hasta el momento en que el órgano judicial aprecia la existencia y gravedad de los incumplimientos alegados y declara extinguida la relación laboral por esa causa, sin que a ello sea óbice que en dicho período no haya existido prestación de servicios por una decisión empresarial calificada como no ajustada a derecho. Y, en segundo lugar, la declaración de extinción del contrato por tal causa impone que la calificación del despido como improcedente no permita el ejercicio del derecho de opción por parte de la empresa.

7.2.7 CONSECUENCIAS

En tales casos, el trabajador tendrá derecho a las indemnizaciones señaladas para el despido improcedente. Desde la perspectiva de la cuantificación, el Tribunal Supremo ha fijado algunos criterios que deben recordarse:

- El salario regulador de la indemnización es el que debe corresponder legalmente al trabajador al tiempo de la extinción y no el inferior que realmente viniera percibiendo ¹¹³.
- El salario regulador de la indemnización es el realmente percibido por el trabajador, aunque el mismo corresponda a un previo contrato de trabajo especial ya extinguido, si así se ha pactado con la empresa ¹¹⁴.
- En el módulo salarial hay que incluir tanto la parte fija cuanto la variable ¹¹⁵.
- Cuando ha existido un primer período de relación laboral común, seguido de otro de alta dirección, y la extinción se produce de nuevo bajo el régimen de laboralidad ordinaria, el tiempo de alta dirección no se computa como años de servicio ¹¹⁶.

Afrontando supuestos de vulneración de derechos fundamentales (prototípicamente, acoso) los tribunales han debido ocuparse muchas veces de la posibilidad de condenar a la empresa al abono de una indemnización adicional a la tasada para despidos improcedentes.

¹¹³ STS 25 febrero 1993 (RJ 1993, 1441).

¹¹⁴ STS 28 febrero 1998 (RJ 1998, rec. 3003/97).

¹¹⁵ SSTs 19 noviembre 2001 (RJ 2003, 5958); 22 noviembre 2005 (RJ 2005, 10054).

¹¹⁶ STS 28 junio 2002 (RJ 2002, rec. 2460/2001).

Durante mucho tiempo se mantuvo el criterio de que satisfecha la indemnización tasada del art. 50 ET, no puede reclamarse una nueva indemnización con fundamento en los arts. 1101 y 1124 del Código Civil ¹¹⁷. Pero en la actualidad ya no se discute que la indemnización establecida con carácter general en el artículo 50 del ET es compatible con la indemnización adicional por la lesión del derecho fundamental que justifica la extinción ¹¹⁸. La acumulación es posible aunque la situación enjuiciada sea anterior a la modificación legal operada por la LO 3/2007 ¹¹⁹.

7.3 El artículo 50 ET tras la modificación de 2025

Ya publicada, vigente y calibrada por buena parte de la comunidad jurídica, la extensa Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de Eficiencia del Servicio Público de Justicia, lo que ahora interesa es destacar su sorpresiva incidencia en el terreno de las relaciones laborales sustantivas. En concreto, al modificar el artículo 50.1.b) ET y hacerlo sin especial conexión con las prescripciones de tipo procesal, que son la causa de que se aprobase la norma. Manteniendo la literalidad de la fórmula tradicional (de modo que la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado justifica la extinción indemnizada del contrato), la Disposición Final Vigésimosexta de la LO 1/2025 ¹²⁰ ha añadido lo siguiente: Sin perjuicio de otros supuestos que por el juez, la jueza o el tribunal puedan considerarse causa justa a estos efectos, se entenderá que hay retraso cuando se supere en quince días la fecha fijada para el abono del salario, concurriendo la causa cuando se adeuden al trabajador o la trabajadora, en el período de un año, tres mensualidades completas de salario, aún no consecutivas, o cuando concorra retraso en el pago del salario durante seis meses, aún no consecutivos. Una primera evaluación de las consecuencias derivadas de esta modificación es la siguiente.

1.º La norma mantiene el enunciado de la causa resolutoria en los mismos términos genéricos que ha venido teniendo y que han propiciado la emanación de la jurisprudencia ya reseñada. Por lo tanto, es exagerado pensar que

¹¹⁷ SSTs 3 abril 1997 (RJ 1997, rec. 3455/96) y 11 marzo 2004, Sala General (RJ 2004, 3401); 25 noviembre 2004 (RJ 2005, 1058).

¹¹⁸ STS de 17 mayo 2006 (RJ 2006, 7176, Sala General); 20 septiembre 2011 (RJ 2011, 7057).

¹¹⁹ STS de 20 septiembre 2007 (RJ 2007, 8304).

¹²⁰ En el BOE de 3 de enero de 2025 apareció publicada la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia. Con carácter general, la Ley previó su entrada en vigor a los tres meses de su publicación (DF 38.ª1), es decir, el 3 de abril de 2025.

se ha abierto una nueva etapa en su operatividad o que el legislador ha querido arrumbar todo ese cuerpo interpretativo.

La especificación de parámetros que se introduce, por tanto, no queda configurada como excluyente de otras hipótesis. De hecho, viene precedida de la salvedad respecto de otros supuestos que puedan considerarse causa justa a estos efectos. Es dudoso, por tanto, si se ha querido positivar los criterios jurisprudenciales, corregirlos, aportar mimbres interpretativos que ahorren su consulta o una mezcla de todo ello. Más seguro es que no resultará admisible que concurra alguna de las hipótesis precisadas por el legislador y que el órgano judicial rechace la existencia de causa suficiente para resolver el contrato ¹²¹.

2.º La norma ha orillado la clarificación de aspectos espinosos que venían siendo detectados por la práctica judicial y la doctrina. Vale la pena refrescar alguno de ellos ¹²²:

- Pese a la expresa previsión de medidas cautelares que incluyen la exoneración de acudir al trabajo, en ocasiones se sostiene que sigue siendo posible que el trabajador accione al tiempo que lo da por extinguido y aguarde la decisión judicial «desde fuera de la empresa». Se trata de una posibilidad que la norma podría haber abordado ¹²³.

- Tampoco hay, al día de hoy, una solución expresa a la ausencia de ingresos recurrentes cuando la persona trabajadora recama el reiterado impago empresarial e incluso llega a instar la terminación del contrato de trabajo por tal motivo. Quizá una situación legal de desempleo que se activase con carácter provisional daría respuesta a ciertas situaciones que pueden ser desesperadas.

- La combinación de anomalías derivadas del impago (total) y de la demora puede dar lugar a múltiples hipótesis, omitidas por la norma pero apreciables por el órgano judicial por referencia al supuesto genérico.

- La reforma tampoco ha sido aprovechada para especificar que el tipo de anomalía (impago, retraso) que genera la posibilidad de resolución va más allá de la propiamente salarial y abarca a cualquiera que posee carácter remunerador. Es verdad que la cláusula de cierre del propio artículo 50.1 (cualquier otro incumpli-

¹²¹ En este sentido E. Taléns Visconti, «La reforma del artículo 50 ET por mor de la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero», *Brief n.º 2*, AEDTSS, 2025.

¹²² En parecido sentido, S. Prol Pastor, «La modificación del artículo 50.1.b) del Estatuto de los Trabajadores a través de la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia», *Brief n.º 3*, AEDTSS, 2025.

¹²³ Entre las medidas cautelares cabe pensar asimismo en las referidas a la posibilidad de desvinculación del pacto de no competencia o de otras restricciones limitativas de la actividad productiva que compita con la empresa incumplidora.

miento grave) permite subsumir el supuesto en él, pero también que en tal caso queda desaprovechada la clarificación sobre plazos y enjundia de la anomalía.

3.º Varios vectores temporales acotan el incumplimiento que puede generar la resolución contractual. Por lo pronto, las anomalías a tomar en cuenta deben encontrarse «en el periodo de un año», que debe entenderse examinado de manera retrospectiva y sin posibles causas de suspensión interna. Es decir: al accionar se examina lo acaecido en los últimos doce meses¹²⁴. Aunque el precepto es confuso, da la impresión de que ese arco temporal resulta válido tanto a efectos del impago cuanto de los retrasos. Lo seguro es que se trata de un tiempo que no es necesario que transcurra para permitir la resolución, puesto que lo relevante es que el incumplimiento ya se haya manifestado (dentro de ese segmento temporal) con la suficiente entidad.

4.º Además del periodo de referencia anual, otra magnitud refiere al número de meses impagados que han de concurrir. Si son tres (o más) debe entenderse que el incumplimiento empresarial ya resulta de suficiente enjundia como para legitimar una medida tan drástica como la del artículo 50 ET.

5.º Habla la norma de que se adeuden tres mensualidades completas y eso genera, de inmediato, la duda sobre si basta un pequeño abono de cualquier mensualidad para contrarrestar el surgimiento del supuesto. Además de recordar las fronteras del fraude de ley o del abuso de derecho y de resaltar la obviedad de que sí habría retraso en los pagos, conviene advertir que el órgano judicial sigue teniendo la facultad de individualizar la solución, por lo que no conviene exagerar las consecuencias de la literalidad del precepto.

6.º Otro vector temporal se atiene al concepto de retraso en el pago del salario: cuando se supere en quince días la fecha fijada. Suele afirmarse que la norma presupone el abono salarial con cadencia mensual (no inferior) y ello es cierto, pero también que en otros supuestos cabe la impuntualidad y que se genera la causa extintiva si se reitera durante un tiempo dilatado, como de inmediato veremos. Lo relevante, claro, es que se desprecia la demora en el pago de inferior extensión; ¿quiere ello decir que un reiterado retraso no genera ya anomalía alguna si es inferior a los quince días? La respuesta afirmativa, nuevamente, ha de matizarse con la posibilidad de que se considere oportuno subsumir el supuesto en la cláusula general.

¹²⁴ Existen dos opciones hermenéuticas enfrentadas. Cabe entender que una vez concurren te el supuesto, la acción puede formalizarse durante los doce meses inmediatamente posteriores. O bien sostener que cuando se insta la resolución contractual es cuando se examinan los doce meses inmediatamente precedentes y no otros más alejados.

7.º La última coordenada para cerrar la causa es la referida a la entidad de la demora en los pagos: «durante seis meses, aun no consecutivos», siempre referidos al año que se toma en consideración. El criterio matemático ofrece seguridad (del mismo modo que, por ejemplo, ha sucedido respecto de la toma en cuenta de los elementos retributivos a efectos de vacaciones), con independencia de que se considere más o menos alineado con la precedente doctrina.

8.º Es comprensible que el legislador haya querido cerrar la enorme amplitud que posee esta causa extintiva, pero también debe advertirse sobre la enorme dificultad que ello tenía y sobre la necesidad de seguir acudiendo a parámetros diversos en algunos casos. La automaticidad y homogeneidad de criterios choca con varios factores: no es obligatorio solicitar la resolución; la estructura retributiva (su complejidad, la posibilidad de componentes variables), la situación de la empresa, el eventual ánimo afflictivo de las anomalías, la posible concurrencia de discriminaciones, etc. son factores necesariamente influyentes a la hora de valorar lo acaecido y que cabe recuperar por la vía de la definición general.

8. PRESCRIPCIÓN

De manera algo enrevesada, el artículo 59 ET aborda la prescripción y caducidad de las acciones derivadas del contrato de trabajo. Por cuanto respecta a la primera prescribe que cuando no tengan señalado plazo especial prescribirán al año de su terminación (número 1), pero inmediatamente advierte su apartado 2 que si se trata de exigir percepciones económicas el plazo de un año se computará desde el día en que la acción pudiera ejercitarse.

Por lo tanto, la determinación de cuándo ha de realizarse el pago es sumamente relevante a efectos de fijar el inicio del plazo de prescripción anual contemplado en el artículo 59.2 del propio ET. Puesto que su señalamiento plantea continuas dudas resulta útil recordar algunos criterios sentados tiempo al respecto, y que se vienen manteniendo en la actualidad:

– El plazo de un año para la reclamación de prestaciones económicas empieza a computarse a partir del día en que los salarios debieron percibirse o se recibieron en inferior cuantía ¹²⁵, lo que vale para el caso en que la empresa reduce ilegalmente la jornada de trabajo y los afectados impugnan tal decisión ¹²⁶.

¹²⁵ SSTs 25 mayo 1992 [RJ 1992, 3598]; 26 julio y 29 septiembre 1994 (RJ 1994, 7065 y 7261)

¹²⁶ STS 25 mayo 1998 [RJ 1998, 6692]

– La existencia de reclamaciones salariales anteriores *sub iudice* no interrumpe el plazo de prescripción de las que, teniendo el mismo origen, corresponden a cantidades referidas a períodos posteriores ¹²⁷.

– La acción sobre clasificación profesional, a la que se acumula otra por diferencias salariales correspondientes al trabajo de superior categoría realizado, no interrumpe la prescripción de las acciones de condena referidas a diferencias salariales posteriores al ejercicio de aquella primera acción ¹²⁸.

– La reclamación correspondiente a cantidades que se pudieron generar por el traslado de que fueron objeto los trabajadores no se ve afectada por la tramitación del proceso de impugnación de dichos traslados ¹²⁹.

– La prescripción de diferencias salariales no se interrumpe por la interposición de una demanda de despido en la que se cuestione la categoría y el salario ¹³⁰.

– La impugnación del convenio colectivo por la modalidad procesal especialmente dedicada a ello también interrumpe el plazo de prescripción de las acciones individuales que se pudieran ejercitar con el mismo objeto ¹³¹.

– La tramitación de un anterior procedimiento declarativo no afecta a la obligación del actor de reaccionar en evitación de la prescripción de la acción de condena al pago de cantidades salariales o extrasalariales atrasadas ¹³². Así acontece cuando se reclaman las diferencias salariales derivadas del convenio colectivo aplicable a la empresa cesionaria en un supuesto de cesión ilegal ¹³³.

– La tramitación de un procedimiento de conflicto colectivo interrumpe la prescripción de las acciones individuales que se hubieran ejercitado o pudieran ejercitarse con el mismo objeto ¹³⁴.

– La tramitación de un proceso por despido no interrumpe el cómputo del plazo anual prescriptivo para el ejercicio de la acción sobre liquidación de partes proporcionales de pagas extraordinarias y de compensación económica de vacaciones pendientes de disfrute, plazo cuyo cómputo principia en la fecha del despido y no en la de la sentencia firme que lo califica ¹³⁵.

¹²⁷ SSTS 5 junio 1992 (RJ 1992, 4528); 1 diciembre 1993 (RJ 1993, 9622); 23 junio 1994 (RJ 1994, 5473); 20 enero 1996 (RJ 1996, 114).

¹²⁸ En tal sentido SSTS 8 mayo 1995 (RJ 1995, 3751); 20 septiembre 1996 (RJ 1996, 6578).

¹²⁹ STS 29 diciembre 1995 [RJ 1995, 9581]

¹³⁰ STS 20 octubre 2011.

¹³¹ SSTS de 18 octubre 2006 (RJ 2006, 7739) y 20 junio 2012 (RJ 2012, 8734).

¹³² SSTS 3 julio 1996 (RJ 1996, 5633); 20 septiembre 1996 (RJ 1996, 6952); 21 septiembre 1999 (RJ 1999, rec. 4162/1998); 9 octubre 2000 (RJ 3242/1999); y 14 diciembre 2009 (RJ 2010, 2120).

¹³³ STS 15 marzo 2010 (RJ 2010, 3883).

¹³⁴ SSTS 6 julio 1999 (RJ 1999, 5276); 8 febrero 2000 (RJ 2000, 1745); 12 junio 2000 (RJ 2000, rec. 3402/1999); 24 julio 2000 (RJ 2000, rec. 2845/99); 9 octubre 2000 (RJ 2000, rec. 3693/1999).

¹³⁵ STS 20 enero 2006 (RJ 2006,

– El ejercicio de acción por despido, que incluye la reclamación acerca de la categoría y el salario, no interrumpe la prescripción de la acción de reclamación de las cantidades pendientes en la fecha del cese ¹³⁶.

– El plazo de prescripción se interrumpe con la presentación de una demanda, aunque medie desistimiento posterior ¹³⁷. El efecto interruptivo se mantiene durante todo el tiempo en que la pretensión esté pendiente de resolución judicial, iniciándose de nuevo el cómputo de la prescripción tras el desistimiento ¹³⁸.

– Es aplicable a la conciliación previa el art. 135.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo válida la presentación de la demanda de conciliación por despido dentro de las 15 horas del «día 21» del plazo, sin que se considere caducada la acción siempre la demanda ante el Juzgado de lo Social se presente el mismo día en que se lleva a cabo la conciliación sin avenencia ¹³⁹.

– La existencia de una discriminación salarial continuada comporta que el plazo para accionar frente a la misma solo comience a discurrir cuando cesa, de modo que los salarios adeudados pueden reclamarse como indemnización por daños y perjuicios, sin que opere el plazo general de prescripción anual ¹⁴⁰.

¹³⁶ STS de 20 octubre 2011 (RJ 2012, 532).

¹³⁷ SSTs 19 septiembre 1996 (RJ 1996, 6576); 8 febrero 2000 (RJ 2000, 1745).

¹³⁸ STS de 27 diciembre 2011 (RJ 2012, 251).

¹³⁹ STS 3 junio 2013 (RJ 2013, 5354).

¹⁴⁰ STS 524/2024 de 3 de abril (rcud. 5599/2022), seguida por otras muchas como las SSTs 772/2024 de 29 mayo (rcud. 629/2023), 780/2024 de 29 mayo (rcud. 2076/2023), 1064/2023, de 11 de septiembre (rcud. 115/2023), 1075/2024, de 11 de septiembre (rcud. 1629/2023), 1272/2024, de 20 de noviembre (rcud. 2408/2023), 1337/2024, de 11 de diciembre (rcud. 5349/2022), 89/2025, de 4 de febrero (rec. 5597/2022), 139/2025, de 26 de febrero (rec. 628/2023) y 163/2025, de 4 de marzo (rec. 5218/2022), 230/2025, de 25 de marzo (rec. 452/2024) y 241/2025, de 25 de marzo (rec. 1138/2024).

CAPÍTULO XXIII

LA INEMBARGABILIDAD DEL SALARIO

CRISTINA ARAGÓN GÓMEZ

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Nacional de Educación a Distancia

1. LA CONFIGURACIÓN DE UNA ESFERA PATRIMONIAL INTANGIBLE A LA ACCIÓN EJECUTIVA DE LOS ACREEDORES

Sabemos que «del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros» (art. 1.911 CC). Y precisamente por ello, si el deudor no cumple su obligación y no atiende al requerimiento de pago, sus bienes pueden ser objeto de embargo para satisfacer el interés del acreedor, ya sea mediante su entrega directa al ejecutante por su valor nominal, ya sea mediante su realización a través de pública subasta. Y es obvio que, entre los bienes que pueden ser objeto de embargo, se encuentran los sueldos y salarios (pues se trata de un derecho de contenido patrimonial, perfectamente alienable y susceptible de transmisión). No obstante, con base en la especial consideración del salario como medio fundamental de vida ¹, el ordenamiento jurídico le proporciona una especial protección, asegurando al trabajador una esfera patrimonial intangible a la acción ejecutiva de los acreedores. Esta ga-

¹ PEDRAJAS MORENO, Abdón. *El embargo sobre retribuciones*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998, p. 15.

rantía de percepción mínima se concreta, de un lado, en una regla de inembargabilidad absoluta, de acuerdo a la cual se prohíbe que la traba alcance a la retribución en la cuantía del SMI y, de otro, en una regla de embargabilidad relativa, que impone unos límites a la retención cuando la cuantía del salario supera el mínimo vital anteriormente mencionado. De esta manera, se alcanza una fórmula de compromiso, consistente en decretar la absoluta inmunidad de cierta cantidad y la paralela embargabilidad relativa o proporcional de otros importes que igualmente integran la retribución del trabajador².

2. LA ORDEN DE EMBARGO

La orden de embargo puede proceder de una autoridad judicial o de una autoridad administrativa. No cabe duda de que, en el marco de un proceso judicial, se puede acordar la traba del salario. Pero esta orden también puede traer su causa en un procedimiento de apremio por la existencia de deudas con la Administración Pública (como, por ejemplo, con la Agencia Tributaria o con la Tesorería General de la Seguridad Social), fruto de las potestades de autotutela de ésta. En efecto, la autotutela es una posición jurídica privilegiada propia de los poderes públicos en sus relaciones con los ciudadanos, que les permite resolver una controversia sin necesidad de acudir a los órganos judiciales, de manera que una de las partes de una relación jurídica fija los hechos y aplica el Derecho, llegando incluso a la ejecución forzosa, de forma unilateral, dejando a la otra parte ante la opción de aceptar esa actuación o solicitar la tutela de los jueces y tribunales. En la práctica, esta potestad se manifiesta en diversas facultades: a) la autotutela declarativa, consistente en crear derechos y definir obligaciones unilateralmente y con eficacia inmediata³; b) la autotutela sancionadora; y c) la autotutela ejecutiva para cobrar las deudas por vía de apremio administrativo.

Pues bien, si el embargo es judicial resulta de aplicación la Ley de Enjuiciamiento Civil. Pero si el embargo es administrativo y procede de Hacienda, se aplican las disposiciones de la Ley General Tributaria⁴ y del Reglamento General de Recaudación⁵. Y en caso de que la deuda sea con la Seguridad

² RÍOS SALMERÓN, Bartolomé. *La inembargabilidad del salario*. Discurso leído el día 4 de diciembre de 1986 en el acto de recepción como Académico de Número en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia. Murcia: El taller, 1986, p. 31.

³ STS CA 21-5-2018, R.º 113/2017.

⁴ Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (BOE 18-12-2003, núm. 302).

⁵ Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación (BOE 2-9-2005, núm. 210).

Social, se aplica la Ley General de la Seguridad Social y el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social⁶.

3. LAS OBLIGACIONES DE LA EMPRESA ANTE UN EMBARGO DEL SALARIO Y LAS CONSECUENCIAS DERIVADAS DE SU INCUMPLIMIENTO

Para la determinación de los bienes objeto de embargo, el Letrado de la Administración de Justicia (en adelante, LAJ) ha de tener en cuenta la mayor facilidad de su enajenación y la menor onerosidad de ésta para el ejecutado (art. 592.1 LEC); pero si la aplicación de tales criterios resulta imposible o muy difícil, el apartado 2.º del precepto citado establece un orden de prelación en el embargo, figurando los sueldos y salarios (junto con las pensiones) en octavo lugar, detrás de otros bienes como el dinero, las cuentas corrientes, las joyas, los objetos de arte o los bienes inmuebles.

Pues bien, cuando el LAJ determina el embargo de un bien debe prever la adopción de determinados mecanismos dirigidos a garantizar la efectividad del mismo (arts. 621 a 629 LEC). Concretamente, si la traba alcanza al salario del trabajador se ordenará a la empresa, como entidad pagadora, que proceda a su retención y a transferir la cuantía retenida bien al ejecutante en la cuenta que éste designe, o bien a la cuenta de depósitos y consignaciones (arts. 607.7 y 621.3 LEC, respectivamente). Desde el momento en que la empresa recibe el requerimiento de embargo, tiene la obligación inexcusable de proceder sin demora a cumplir el mandato judicial y a comunicar al Juzgado cualquier incidencia que pueda determinar la variación del importe susceptible de embargo. De hecho, en el supuesto de que las cantidades embargadas sean entregadas directamente al ejecutado, el propio art. 607.7 LEC impone a la empresa la obligación de informar al letrado, con periodicidad trimestral, sobre las sumas remitidas.

El derecho a la tutela judicial efectiva (reconocido en el art. 24 CE) integra el derecho a que se ejecuten las resoluciones judiciales firmes. Y, a tal efecto, el art. 118 CE impone la obligación de prestar la colaboración requerida por los jueces y tribunales en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto. Una obligación que el art. 17 LOPJ hace extensiva a todas las personas y entidades públicas y privadas. Precisamente por ello, si la empresa no presta colaboración en las actuaciones de ejecución, el Tribunal puede acordar

⁶ Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social (BOE 25-6-2004, núm. 153).

la imposición de multas coercitivas periódicas (art. 591.2 LEC). Es más, ante supuestos de especial gravedad, el órgano judicial puede ordenar deducir testimonio por delito de desobediencia a la autoridad contra el representante legal de la misma, lo que puede derivar en pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a dieciocho meses (art. 556 CP).

Al margen de lo expuesto, la empresa puede ser declarada responsable solidaria de la deuda del ejecutado. Según el art. 1.165 CC, no es válido el pago hecho al acreedor por el deudor después de habérsele ordenado judicialmente la retención de la deuda. O, dicho en otros términos, no es válido el pago hecho por el empresario al trabajador, después de habérsele ordenado judicialmente el embargo del salario.

Y una solución similar se prevé en caso de embargo administrativo. En efecto, si la traba tiene su origen en una deuda con la Agencia Tributaria, la empresa que, por culpa o negligencia, incumpla una orden de embargo será responsable solidaria del pago de la deuda tributaria pendiente y, en su caso, de las sanciones tributarias, incluidos el recargo y el interés de demora del período ejecutivo, cuando procedan, hasta el importe del valor de los bienes o derechos que se hubieran podido embargar o enajenar por la Administración Tributaria [art. 42.2.b) Ley 58/2003]⁷. Por su parte, si la traba deriva de un procedimiento en materia de Seguridad Social y la empresa incumple la orden de embargo, la Tesorería podrá promover las actuaciones pertinentes, incluido el ejercicio de acciones penales. Además, el pagador de sueldos, salarios o pensiones será responsable solidario del pago de la deuda hasta el importe del valor de los bienes que se hubieran podido embargar o enajenar (art. 94.2 RD 1415/2004⁸).

4. DIEZ REGLAS PARA DETERMINAR LA CUANTÍA SUSCEPTIBLE DE EMBARGO

Desde un punto de vista práctico, si la traba alcanza a la nómina del trabajador, el embargo se aplicará de conformidad con las siguientes reglas:

Primera.—De acuerdo con los arts. 27.2 ET y 607.1 LEC, el salario es inembargable en la cuantía equivalente al SMI. De esta forma, el ordenamiento incorpora una regla de inembargabilidad absoluta, partiendo de la función social

⁷ Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (BOE 18-12-2003, núm. 302).

⁸ Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social (BOE 25-6-2004, núm. 153).

del salario (dado que, en muchos casos, el salario es el único ingreso con el que cuenta el ejecutado y su familia). Esta medida de protección es coherente con los fundamentos en los que descansa un Estado Social y Democrático de Derecho y conecta con el mandato contenido en el art. 10.2 Convenio 95 OIT⁹ y con el mandato constitucional de garantizar al trabajador una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las necesidades de su familia (art. 35 CE).

En definitiva, la ejecución forzosa no puede destruir por completo la vida económica del ejecutado y poner en peligro su subsistencia personal y la de su familia «y, a tal fin, la ley establece normas de inembargabilidad de salarios y pensiones que son, en muchas ocasiones, la única fuente de ingresos económicos de un gran número de ciudadanos» (STC 113/1989). De esta forma, el derecho del acreedor se ve limitado con el fin de respetar la dignidad humana, configurado como el primero de los fundamentos del orden político y de la paz social en el art. 10 CE, al cual repugna que la efectividad de los derechos patrimoniales se lleve al extremo de sacrificar el mínimo vital del deudor, privándole de los medios indispensables para la realización de sus fines personales, así como en la protección de la familia.

Ahora bien, esta limitación del derecho del acreedor debe ser proporcionada. Y para que dicha proporcionalidad se cumpla es preciso que la declaración legal de inembargabilidad se desenvuelva dentro de los límites cuantitativos que resulten imprescindibles para asegurar el mínimo económico vital de sus beneficiarios y no los sobrepasen de manera tal que se extienda su inmunidad frente a la acción ejecutiva de los acreedores en cuantía que resulte excedente a ese mínimo vital, pues en este caso se estará sacrificando el derecho de los acreedores a hacer efectivo el crédito judicialmente reconocido más allá de lo que exige la protección de los valores constitucionales que legitima la limitación de este derecho.

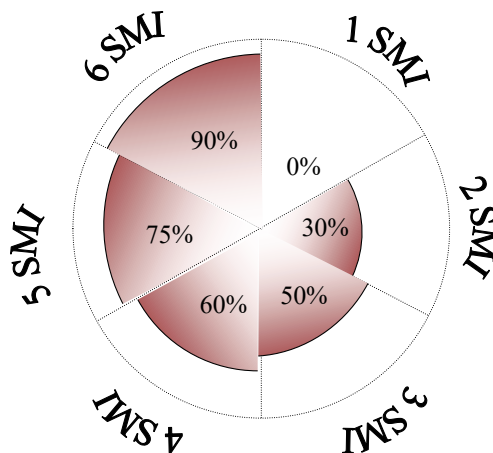
Pues bien, para concluir este apartado, debemos tener en cuenta que, en los procedimientos de ejecución hipotecaria, cuando el precio obtenido por la venta de la vivienda habitual hipotecada, sea insuficiente para cubrir el crédito garantizado por dicho título, y se ordene el embargo de la nómina, el mínimo inembargable ha sido elevado por el legislador. En efecto, en estos supuestos, el importe inembargable se concreta en la cuantía del SMI incrementada en un 50% y en otro 30% por cada miembro del núcleo familiar que no disponga de ingresos propios regulares, salario o pensión. Y a estos efectos, se entiende que integran el núcleo familiar el cónyuge o la

⁹ Ratificado por España el 24-6-1958. Con base en dicho precepto, el salario debe estar protegido contra su embargo, en la proporción que se considere necesaria para garantizar el mantenimiento del trabajador y de su familia.

pareja de hecho, los ascendientes y descendientes de primer grado que convivan con el ejecutado (art. 1 RD-Ley 8/2011 ¹⁰).

Segunda.—Si el importe del salario excediese el importe del SMI, sí podría ser objeto de embargo, pero no en su integridad sino en la cuantía que resulte de aplicar la escala de retención establecida en el párrafo 2.º del art. 607 LEC (regla de embargabilidad relativa). Y a este precepto se remite el art. 82.1 RD 939/2005 (en caso de deudas tributarias) y el art. 92.2 RD 1415/2004 (ante la existencia de deudas de Seguridad Social).

El art. 607 LEC fija unos porcentajes de embargo en función del importe del sueldo, teniendo en cuenta las veces que éste contenga la cuantía del SMI. De forma que se articularía la traba aplicando diferentes porcentajes (que oscilan entre el 30% y el 90%) sobre las diferentes fracciones o restos de fracción de SMI: Así, partiendo de que la primera fracción de SMI es inembargable, como ya hemos visto, se aplicaría un 30% de embargo sobre la 2.ª fracción, un 50% sobre la 3.ª, un 60% sobre la 4.ª, un 75% sobre la 5.ª y un 90% sobre el exceso. En el siguiente gráfico, el área sombreada representaría la cantidad susceptible de embargo de cada porción de SMI, y el área no sombreada ilustraría la esfera patrimonial intangible a la acción ejecutiva del acreedor:



Fuente: Mercader Uguina, Jesús R., *Esquemas de Derecho del Trabajo I*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 173.

¹⁰ Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa (BOE 7-7-2011, núm. 161).

Tercera.—Cuando la ejecución tenga su origen en el cumplimiento de una obligación por alimentos debidos al cónyuge o a los hijos, será el propio tribunal el que fije la cantidad que puede ser embargada, según prevé el último párrafo del art. 608 LEC. Ello supone que, en la práctica, se puedan sobrepasar los límites (de inembargabilidad absoluta y de embargabilidad relativa) establecidos en el art. 607 LEC. Por tanto, ninguna parte del salario del ejecutado se considera inembargable y es el órgano judicial el que determina el importe a retener en aquella cuantía que estime justa, atendiendo a las circunstancias singulares de cada caso.

Como se aprecia de lo expuesto, estamos ante una excepción a la regla general que se justifica por el propio contenido de la prestación de alimentos (que comprende todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, alcanzando también la educación e instrucción del alimentista *ex* art. 142 CC) y por la responsabilidad que tiene el deudor de hacer frente, con su salario, no solo a sus propias necesidades, sino también a las necesidades de sus parientes más cercanos (art. 143 CC).

Además, debemos tener en cuenta que, con efectos del 3-4-2025, y fruto de la redacción dada por el art. 22.48 LO 1/2025¹¹, la escala prevista en el art. 607 LEC tampoco resulta de aplicación cuando se proceda por ejecución de sentencia, decreto o escritura pública que establezca el pago de pensión compensatoria siempre que la parte ejecutante así lo solicite y acredite una necesidad económica que lo justifique, previa ponderación de la situación económica del ejecutante y ejecutado. Con esta reforma, el legislador ha incorporado al texto de la norma un supuesto que ya estaban previendo los tribunales, pues entendían que las cantidades relativas a pensión compensatoria debían considerarse «como de alimentos» a los efectos del art. 608 LEC¹².

Cuarta.—Ya hemos visto que la regla de inembargabilidad absoluta y la regla de embargabilidad relativa aseguran una esfera patrimonial intangible a la acción ejecutiva de los acreedores, con el fin de garantizar un mínimo vital para el mantenimiento del trabajador y de su familia. Precisamente por ello, en atención a las cargas familiares del trabajador, el LAJ podría aplicar una rebaja de entre un 10 a un 15 % en los porcentajes señalados en la regla segunda. Y en palabras de la Audiencia Provincial de Baleares, «es facultativo del Juz-

¹¹ Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia (BOE 3-1-2025, núm. 3).

¹² AAP Madrid 3-6-2003, R.º 58/2003, AAP Barcelona 20-4-2004, R.º 357/2003, AAP Baleares 28-4-2005, R.º 118/2005, AAP La Rioja 16-10-2006, R.º 160/2006, AAP Sevilla 7-2-2008, R.º 7645/2007, AAP Vizcaya 15-11-2010, R.º 510/2010, AAP Pontevedra 3-5-2017, R.º 981/2016, entre otras.

gador establecer el porcentaje adecuado al caso dentro del margen porcentual que la ley confiere»¹³.

Quinta.—Las reglas de inembargabilidad absoluta y de embargabilidad relativa alcanzan exclusivamente a las partidas de naturaleza salarial. Las percepciones extrasalariales (salvo las prestaciones de la Seguridad Social *ex arts.* 44.1 LGSS y 607 LEC) no son objeto de protección, por lo que podrían embargarse en su integridad, sin que resulten de aplicación los porcentajes de retención establecidos en el art. 607 LEC, de forma que el único límite al respecto derivaría del importe total de la deuda¹⁴.

La mayor parte de la doctrina académica considera que el art. 607 LEC, al hacer alusión al «salario, sueldo, pensión, retribución o su equivalente», se está refiriendo a las rentas del trabajo en sentido amplio¹⁵, por lo que la protección alcanzaría a las percepciones extrasalariales. Pero no es este el criterio que defiende la doctrina judicial, ni la propia Administración Pública. En efecto, la Dirección General de Tributos (en adelante, DGT) advierte, con respecto a las compensaciones por desplazamiento o estancia, que dichos importes pueden ser embargados sin sujeción al procedimiento previsto para los sueldos y salarios¹⁶. Y en términos similares, se pronuncia este mismo organismo con respecto a las dietas¹⁷ y con respecto a la indemnización por rescisión del contrato de trabajo, pues en la medida en que no tiene la consideración de salario, no se beneficia de los límites de embargabilidad recogidos en el art. 607 LEC¹⁸. Y este mismo criterio es el que defiende la doctrina judicial. Así, por ejemplo, la STSJ Aragón 21-9-2017, R.º 425/2017, sostiene que el importe de la indemnización por despido «es embargable y no está sujeto a la limitación del art. 607 de la LEC».

Y es que, en definitiva, las normas que regulan los principios de inembargabilidad absoluta y de embargabilidad relativa representan excepciones a la

¹³ AAP Islas Baleares 25-10-2007, R.º 400/2007.

¹⁴ A este respecto, CHACÓN CADENAS, Manuel. *El embargo*. Barcelona: Bosch, 1991, p. 347, advierte que sería un contrasentido que fuera embargable la indemnización por lesión de un derecho fundamental y que, por el contrario, no se pudiera trabar la cantidad obtenida por un trabajador en caso de despido improcedente.

¹⁵ RÍOS SALMERÓN, Bartolomé. *La inembargabilidad del salario*. Discurso leído el día 4 de diciembre de 1986 en el acto de recepción como Académico de Número en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia. Murcia: El taller, 1986, pp. 62 y 63. PEDRAJAS MORENO, Abdón. *El embargo sobre retribuciones*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998, p. 172. En sentido similar, COSTA REYES, Antonio. *El crédito salarial*. Sevilla: Consejo Económico y Social de Andalucía, 2005, p. 323, considera que las percepciones afectadas por el art. 607 LEC son todas aquellas que el trabajador recibe del empresario, «*sean o no salario*», de forma que incluye a las indemnizaciones o suplidos. SORIANO CORTÉS, Dulce. «Protección del cobro del crédito salarial». En: CRUZ VILLALÓN, Jesús (coord.). *Política de rentas salariales: salario mínimo y negociación colectiva*. Albacete: Bomarzo, 2022, p. 421.

¹⁶ Consulta DGT 0647-00, de 20-3-2000.

¹⁷ Consultas DGT V1730-10, de 27-7-2010 y V2803-11, de 2811-2011.

¹⁸ Consultas DGT V2031-16, de 11-5-2016 y V0169, de 25-1-2019.

regla general que autoriza el embargo de todos los elementos que integran el patrimonio del deudor (art. 1.911 CC). En consecuencia, han de ser interpretadas y aplicadas de forma restrictiva, sin que sea procedente hacer una interpretación extensiva de las mismas. Ahora bien, el hecho de que las percepciones extrasalariales puedan embargarse en su integridad (con la salvedad anteriormente apuntada con respecto a las prestaciones de la Seguridad Social) no significa que sea la empresa quien necesariamente deba proceder a su retención, pues habrá que estar al concreto contenido de la orden de embargo. Así, si lo que ordena el tribunal es el embargo del sueldo, la empresa no podría retener el importe de las partidas de carácter extrasalarial. Así lo entendió la STSJ Asturias 27-12-2017, R.º 2731/2017, en un supuesto en el que el Juzgado había ordenado a la empresa el embargo y la retención de «los salarios, sueldos, pensiones, retribuciones u otras prestaciones periódicas equivalentes». Pues bien, en opinión del Tribunal, en la medida en que la indemnización por despido no tiene carácter salarial, no se encontraba embargada por el Juzgado y, en consecuencia, la empresa retuvo su importe de forma indebida.

Cuestión distinta es que la orden de embargo se refiera a cualquier tipo de percepción o emolumento, en cuyo caso la empresa sí debería proceder a retener el importe de los conceptos extrasalariales, hasta llegar al límite de la deuda embargada. En palabras de la STSJ Canarias 15-1-2015, R.º 1241/2015, «si bien es cierto que la indemnización por despido no es salario, sí puede incluirse sin género de dudas en la expresión «demás emolumentos». Basta con acudir al Diccionario de la RAE par ver que se define emolumento como remuneración adicional que corresponde a un cargo o empleo, de modo que el carácter de «adicional» es el que le diferencia del salario; no habiendo norma alguna que prohíba o limite su embargo, sirviendo incluso para apuntalar tal tesis el hecho de que el artículo 607 de la LEC citado por el recurrente no incluye las indemnizaciones para fijar unos límites legales»¹⁹.

No obstante, el hecho de que la empresa no tenga obligación de retener determinados conceptos extrasalariales (como, por ejemplo, una indemnización por despido), no es óbice para que deba notificar al juzgado que va a proceder al pago de dichos importes, en cumplimiento de la obligación de colaborar con la justicia contenida en el art. 17.1 LOPJ. Recordemos que, de forma más específica, el art. 591.1 LEC impone a todas las personas y entidades públicas y privadas la obligación de prestar su colaboración en las

¹⁹ En este mismo sentido, las SSTSJ Castilla y León 18-6-2014, R.º 418/2014 y Madrid 20-9-2019, R.º 320/2019, concluyen que dentro del concepto «emolumentos» se integraría, desde un punto de vista gramatical, la indemnización por despido.

actuaciones de ejecución, de forma que deberán comunicar la información que obre en su poder, al objeto de designar bienes del ejecutado suficientes para el fin de la ejecución.

¿Pero qué ocurre si la empresa retiene al trabajador importes cuya traba no se desprende de forma expresa de la orden de embargo (por ejemplo, si la empresa embarga la indemnización por despido, cuando la orden de embargo únicamente imponía la traba de los conceptos de carácter salarial)? En respuesta a esta cuestión, la mayor parte de la doctrina judicial entiende que la empresa no puede ser condenada a volver a abonar al trabajador el importe de la indemnización. Y ello con base en los siguientes motivos:

- Si el trabajador considera que la indemnización no queda incluida en la orden de embargo, puede ponerlo en conocimiento del juez civil, con el fin de recuperar la cantidad ingresada por la empresa (art. 562 LEC).

- La actuación de la empresa no puede tildarse de mala fe, pues únicamente ha tratado de dar satisfacción al requerimiento establecido por un órgano judicial.

- La conducta empresarial no causa ningún perjuicio al empleado: la empresa ha ingresado el importe de la indemnización en el juzgado civil, en virtud del embargo decretado. Por lo tanto, es claro que el pago realizado redunda en utilidad del acreedor (en la medida en que la deuda se minora o, incluso, se cancela), por lo que resulta válido a tenor del párrafo segundo del art. 1.163 CC²⁰.

- El error empresarial, de existir, sería plenamente excusable²¹. En consecuencia, el despido por causas objetivas no podría considerarse improcedente por este motivo²².

- A mayor abundamiento, si la empresa no hubiese observado la orden de embargo proveniente del órgano judicial y hubiese abonado la indemnización por despido al trabajador, habría resultado aplicable lo dispuesto en el art. 1.165 CC, conforme al cual no es válido el pago hecho al acreedor por el deudor después de habersele ordenado judicialmente la retención de la deuda²³. En cuyo caso, la empresa se vería obligada a duplicar el pago de la indemnización.

Sexta.—La retribución a tener en cuenta a efectos de cálculo del embargo debe integrar tanto el salario dinerario como el salario en especie. Con indepen-

²⁰ SSTSJ Madrid 20-6-2005 R.º 2454/2005, Comunidad Valenciana 9-1-2013, R.º 1561/2012, Comunidad Valenciana 13-5-2014, R.º 2640/2013, Castilla y León 18-6-2014, R.º 418/2014, Cataluña 27-10-2017, R.º 5059/2017, Madrid 20-9-2019, R.º 320/2019, Andalucía 17-3-2022, R.º 1970/2021.

²¹ SSTSJ Castilla León 18-6-2014, R.º 418/2014 y Andalucía 17-3-2022, R.º 1970/2021.

²² TSJ Castilla La Mancha 18-6-2014, R.º 418/2014.

²³ SSTSJ STSJ Madrid 20-6-2005, R.º 2454/05, Madrid 20-9-2019, R.º 320/2019, Andalucía 17-3-2022, R.º 1970/2021.

dencia de la forma de pago, todas las percepciones económicas que percibe el empleado, en contraprestación del trabajo realizado, son susceptibles de embargo, con los límites que se derivan de la aplicación del art. 607 LEC. Los problemas que se plantean, en este caso, son los relativos a su cuantificación y traba.

En efecto, la cuantificación del salario es especie puede resultar compleja, por cuanto el legislador laboral no ha establecido criterio alguno al respecto. Por tanto, ante esta laguna legislativa, es necesario acudir, en primer lugar, a la valoración efectuada en el convenio colectivo o en el contrato de trabajo. Pero si las partes no hubiera abordado este extremo, es una práctica pacífica acudir a los criterios de valoración establecidos en los arts. 43 Ley 35/2006²⁴ y 43 a 48 RD 439/2007²⁵ (a efectos fiscales) o en el art. 23.2.d) RD 2064/1995²⁶ (a efectos de cotización a la Seguridad Social).

De otro lado, teniendo en cuenta su naturaleza no dineraria, ¿cómo se debe proceder al embargo? En tal caso, la valoración de la retribución en especie debe incluirse en el importe que sirve de base para aplicar la escala establecida en el art. 607 LEC. Pero, en la práctica, el embargo se realizará sobre el salario en dinero, por su mayor facilidad de ejecución y por la imposibilidad de efectuar la traba sobre algunos bienes en especie (como un vehículo o una vivienda)²⁷.

Séptima.—El SMI que tomaremos como referente para cuantificar el importe a embargar será: a) el vigente en el momento de la liquidación de la retribución; b) el correspondiente a un trabajador a jornada completa; y c) el mensual, con o sin inclusión de las pagas extras, en aplicación de un criterio de homogeneidad. Vamos por partes.

En primer lugar, el SMI que tomamos como referente es el vigente en el momento de la liquidación de la retribución, con independencia de cuál fuese su cuantía en el momento de generarse la deuda o de decretarse la orden de embargo.

En segundo lugar, debemos partir de la cuantía del SMI correspondiente a un trabajador a jornada completa. Sabemos que los trabajadores a tiempo parcial son aquellos que prestan servicios durante un número de horas al día, a

²⁴ Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio (BOE 29-11-2006, núm. 285).

²⁵ Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y se modifica el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero (BOE 31-3-2007, núm. 78).

²⁶ Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social (BOE 25-1-1996, núm. 22).

²⁷ RÍOS SALMERÓN, Bartolomé. *La inembargabilidad del salario*. Discurso leído el día 4 de diciembre de 1986 en el acto de recepción como Académico de Número en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia. Murcia: El taller, 1986, p. 84. PEDRAJAS MORENO, Abdón. *El embargo sobre retribuciones*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998, p. 166.

la semana, al mes o al año, inferior a la jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo comparable (art. 12 ET), percibiendo una retribución en proporción a la jornada trabajada. Pues bien, los sucesivos Reales Decretos por los que se fija el importe del SMI advierten que dicha cuantía viene referida a un trabajador a tiempo completo. De esta forma, el sueldo mínimo garantizado a un empleado a tiempo parcial se modula en función de las horas efectivamente trabajadas. Partiendo de lo expuesto, surge la duda de determinar si las reglas de inembargabilidad absoluta y de embargabilidad relativa se aplican sobre el SMI previsto para los trabajadores a tiempo completo o sobre dicho salario modulado en función del coeficiente de parcialidad.

Pues bien, teniendo en cuenta que la finalidad que persigue el legislador es configurar una esfera patrimonial intangible a la acción ejecutiva de los acreedores para garantizar la subsistencia del deudor, entendemos que este mínimo vital no puede ser distinto en función de la modalidad contractual del trabajador. Y así lo ha entendido igualmente la Audiencia Provincial de Madrid en su auto de 29-11-2005, R.º 80/2005, partiendo de la base de que el art. 607.1 LEC es claro y concluyente al establecer la inembargabilidad del sueldo o salario «que no exceda de la cuantía señalada para el salario mínimo interprofesional», sin distinción de ninguna clase en función del tipo de contrato o de la jornada realizada. A mayor abundamiento, advierte el Tribunal, «la proporcionalidad a que se refiere la disposición legal que anualmente fija el SMI y que suele ser un Real Decreto está referida a la propia cuantía del mismo cuando el trabajo sea a tiempo parcial y nada tiene que ver con la inembargabilidad de aquél».

Y este criterio es también compartido por la Administración Pública. Una solución que se aplica no solo a los trabajadores a tiempo parcial²⁸, sino que se hace igualmente extensiva a los trabajadores con jornada reducida por razones de cuidado²⁹. En definitiva, el art. 27.2 ET afirma que el SMI es inembargable «en su cuantía», pues lo que pretende el legislador es garantizar que las necesidades básicas del trabajador y de su familia quedan cubiertas, algo que no está relacionado con cuál sea su jornada de trabajo³⁰. En consecuencia, el salario mínimo interprofesional es inembargable en su totalidad independientemente de que el trabajador preste sus servicios a tiempo completo o parcial.

Siguiendo esta misma lógica, debemos preguntarnos si la referencia al SMI se debe entender de forma íntegra o de forma proporcional a los días trabajados

²⁸ Consulta DGT V2805-20, de 14 de septiembre. Y, en el mismo sentido, Consulta DGT V2788-23, de 16 de octubre.

²⁹ Consulta DGT V0496-18, de 22 de febrero.

³⁰ COSTA REYES, Antonio. *El crédito salarial*. Sevilla: Consejo Económico y Social de Andalucía, 2005, p. 328.

durante una concreta mensualidad. A esta cuestión también ha dado respuesta la DGT, concluyendo que la referencia al SMI mensual se debe aplicar de forma íntegra a todas las percepciones del empleado, «sin distingo o proporción en función del tiempo mensual en el que se hayan devengado dichas percepciones»³¹.

En tercer lugar, debemos tener en cuenta que, a la hora de calcular la cuantía a embargar, deberemos aplicar un criterio de homogeneidad. De esta forma: a) si el trabajador percibe las pagas extraordinarias prorrateadas, partiremos del SMI incrementado en un sexto, incluyendo así la parte proporcional correspondiente a las mismas; b) si el trabajador no percibe las pagas extraordinarias prorrateadas: i) partiremos del SMI mensual sin incremento alguno durante los meses de paga ordinaria; y ii) tomaremos como referencia el doble del SMI los meses en que se abone la paga ordinaria más la paga extraordinaria.

En un primer momento, la DGT sostuvo un criterio distinto. Es cierto que siempre entendió que los límites de inembargabilidad debían aplicarse a la totalidad de las percepciones acumuladas. Por tanto, si un determinado mes, el trabajador percibía la paga ordinaria más la paga extraordinaria, el embargo se practicaba sobre el importe líquido acumulado, dada la redacción del apartado 3.º del art. 607 LEC³². Y este criterio resultaba también aplicable en el supuesto de que las pagas extraordinarias estuviesen prorrateadas entre las doce mensualidades del año. En este caso, los límites de embargabilidad se aplicarían sobre el salario mensual ordinario más la paga prorrateada³³. Por último, si el trabajador tuviera derecho a más de dos gratificaciones extraordinarias al año, en el mes que se percibiera esta gratificación adicional se actuaría de conformidad con lo señalado anteriormente, es decir, los límites de embargabilidad del art. 607 LEC se aplicarían a la totalidad de las percepciones mensuales acumuladas, que en este caso sería el salario mensual ordinario y el correspondiente a la gratificación extraordinaria³⁴.

Lo sorprendente es que, con independencia de cuál fuera el supuesto, la DGT defendía que siempre debía tomarse como referente el SMI en cómputo mensual. Pero esta solución provocaba que el importe embargado variara en función de cómo se abonaran las pagas extraordinarias (tal y como se evidencia en las siguientes tablas), lo que no tenía ninguna lógica.

³¹ Consultas DGT V2029-16, de 11 de mayo y V3125-18, de 4 de diciembre.

³² Consultas DGT V5001-16, de 17 de noviembre, V0613-18, 7 de marzo, V2435-18, de 11 de septiembre, V0583-19, de 19 de marzo, V2455-19, de 13 de septiembre y V3104-19, de 5 de noviembre.

³³ Consultas DGT V3211-18, de 18 de diciembre, V1508-19, de 21 de junio y V0447-21, de 3 de marzo.

³⁴ Consulta DGT V0613-18, de 7 de marzo.

■ LA RETRIBUCIÓN DEL TRABAJO. LÍMITES LEGALES Y ESPONTANEÍSMO SOCIAL

Mes	Paga ordinaria	Pagas extras no prorrateadas	Total	SMI	Importe embargado
Ener	1.500,00 €		1.500,00 €	1.184,00 €	94,80 €
Febrero.	1.500,00 €		1.500,00 €	1.184,00 €	94,80 €
Marzo.	1.500,00 €		1.500,00 €	1.184,00 €	94,80 €
Abril.	1.500,00 €		1.500,00 €	1.184,00 €	94,80 €
Mayo	1.500,00 €		1.500,00 €	1.184,00 €	94,80 €
Junio.	1.500,00 €	1.500,00 €	3.000,00 €	1.184,00 €	671,20 €
Julio.	1.500,00 €		1.500,00 €	1.184,00 €	94,80 €
Agosto.	1.500,00 €		1.500,00 €	1.184,00 €	94,80 €
Septiembre	1.500,00 €		1.500,00 €	1.184,00 €	94,80 €
Octubre.	1.500,00 €		1.500,00 €	1.184,00 €	94,80 €
Noviembre.	1.500,00 €		1.500,00 €	1.184,00 €	94,80 €
Diciembre.	1.500,00 €	1.500,00 €	3.000,00 €	1.184,00 €	671,20 €
TOTAL.	18.000,00 €	3.000,00 €	21.000,00 €	14.208,00 €	2.290,40 €

Supuesto 1. Cálculo de un embargo en un supuesto con las pagas extras no prorrateadas

Mes	Paga ordinaria	Pagas extras no prorrateadas	Total	SMI	Importe embargado
Enero	1.500,00 €	250,00 €	1.750,00 €	1.184,00 €	169,80 €
Febrero	1.500,00 €	250,00 €	1.750,00 €	1.184,00 €	169,80 €
Marzo	1.500,00 €	250,00 €	1.750,00 €	1.184,00 €	169,80 €
Abril	1.500,00 €	250,00 €	1.750,00 €	1.184,00 €	169,80 €
Mayo	1.500,00 €	250,00 €	1.750,00 €	1.184,00 €	169,80 €
Junio	1.500,00 €	250,00 €	1.750,00 €	1.184,00 €	169,80 €
Julio	1.500,00 €	250,00 €	1.750,00 €	1.184,00 €	169,80 €
Agosto	1.500,00 €	250,00 €	1.750,00 €	1.184,00 €	169,80 €
Septiembre	1.500,00 €	250,00 €	1.750,00 €	1.184,00 €	169,80 €
Octubre	1.500,00 €	250,00 €	1.750,00 €	1.184,00 €	169,80 €
Noviembre	1.500,00 €	250,00 €	1.750,00 €	1.184,00 €	169,80 €
Diciembre	1.500,00 €	250,00 €	1.750,00 €	1.184,00 €	169,80 €
TOTAL	18.000,00 €	3.000,00 €	21.000,00 €	14.208,00 €	2.037,60 €

Supuesto 2. Cálculo de un embargo en un supuesto con las pagas extras prorrateadas

Pero la sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en su STS 6-7-2021, R.º 4510/2018, concluyó que, para aplicar las reglas de inembargabilidad absoluta y de embargabilidad relativa del art. 607 LEC, no había que estar al salario mínimo diario, ni al salario mínimo mensual, sino al salario mínimo en cómputo anual. En consecuencia, debía aplicarse una regla de homogeneidad, de forma que el importe a embargar no dependiera de la manera en que se abonasen las pagas extraordinarias. A raíz de esta resolución judicial, el Tribunal Económico-Administrativo Central igualmente defendió la necesidad de comparar cantidades homogéneas³⁵, la propia DGT se aquietó al nuevo criterio³⁶ y la DF 8.1 Ley 3/2023, de 28 de febrero³⁷ modificó la redacción del ET.

Y al comparar cantidades homogéneas, se garantiza que el importe embargado sea el mismo, al margen de cómo se perciban las pagas extraordinarias a lo largo del año, tal y como se detalla al pie:

Mes	Paga ordinaria	Pagas extras no prorrateadas	Total	SMI	Importe embargado
Enero	1.500,00 €		1.500,00 €	1.184,00 €	94,80 €
Febrero	1.500,00 €		1.500,00 €	1.184,00 €	94,80 €
Marzo	1.500,00 €		1.500,00 €	1.184,00 €	94,80 €
Abril	1.500,00 €		1.500,00 €	1.184,00 €	94,80 €
Mayo	1.500,00 €		1.500,00 €	1.184,00 €	94,80 €
Junio	1.500,00 €	1.500,00 €	3.000,00 €	2.368,00 €	189,60 €
Julio	1.500,00 €		1.500,00 €	1.184,00 €	94,80 €
Agosto	1.500,00 €		1.500,00 €	1.184,00 €	94,80 €
Septiembre	1.500,00 €		1.500,00 €	1.184,00 €	94,80 €
Octubre	1.500,00 €		1.500,00 €	1.184,00 €	94,80 €
Noviembre	1.500,00 €		1.500,00 €	1.184,00 €	94,80 €
Diciembre	1.500,00 €	1.500,00 €	3.000,00 €	2.368,00 €	189,60 €
TOTAL	18.000,00 €	3.000,00 €	21.000,00 €	16.576,00 €	1.327,20 €

Supuesto 1. Cálculo de un embargo en un supuesto con las pagas extras no prorrateadas

³⁵ TEAC 17-5-2022, 13-12-2022, R.º 6985/2018.

³⁶ Consultas V1526-22, de 27 de junio, V2588-22, de 27 de junio y V2304-22, de 2 de noviembre.

Por lo tanto, El límite de inembargabilidad de sueldos, salarios o pensiones del artículo 607.1 de la LEC en el mes en que se percibe junto a la mensualidad ordinaria una gratificación o paga extraordinaria será el doble del importe del SMI mensual. Si el sueldo mensual percibido estuviera incluida la parte proporcional de las pagas o gratificaciones extraordinarias, el límite de inembargabilidad estará constituido por el importe del SMI en cómputo anual (SMI mensual x 14) prorrateado entre 12 meses. En ambos casos, al exceso percibido sobre tal cantidad se le aplicará la escala recogida en el artículo 607.2 de la LEC.

³⁷ Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo (BOE 1-3-2023, núm. 51).

Mes	Paga ordinaria	Pagas extras prorrateadas	Total	SMI	Importe embargado
Enero	1.500,00 €	250,00 €	1.750,00 €	1.381,33 €	110,60 €
Febrero	1.500,00 €	250,00 €	1.750,00 €	1.381,33 €	110,60 €
Marzo	1.500,00 €	250,00 €	1.750,00 €	1.381,33 €	110,60 €
Abril	1.500,00 €	250,00 €	1.750,00 €	1.381,33 €	110,60 €
Mayo	1.500,00 €	250,00 €	1.750,00 €	1.381,33 €	110,60 €
Junio	1.500,00 €	250,00 €	1.750,00 €	1.381,33 €	110,60 €
Julio	1.500,00 €	250,00 €	1.750,00 €	1.381,33 €	110,60 €
Agosto	1.500,00 €	250,00 €	1.750,00 €	1.381,33 €	110,60 €
Septiembre	1.500,00 €	250,00 €	1.750,00 €	1.381,33 €	110,60 €
Octubre	1.500,00 €	250,00 €	1.750,00 €	1.381,33 €	110,60 €
Noviembre	1.500,00 €	250,00 €	1.750,00 €	1.381,33 €	110,60 €
Diciembre	1.500,00 €	250,00 €	1.750,00 €	1.381,33 €	110,60 €
TOTAL	18.000,00 €	3.000,00 €	21.000,00 €	16.576,00 €	1.327,20 €

Supuesto 2. Cálculo de un embargo en un supuesto con las pagas extras prorrateadas

Pues bien, al hilo de lo expuesto, debemos plantearnos cuál es el SMI que debemos tomar como referente en el supuesto de que el trabajador tenga derecho a más de dos pagas extraordinarias al año. Sabemos que el art. 31 ET reconoce a los trabajadores el derecho a cobrar dos gratificaciones extraordinarias. No obstante, se trata de un mínimo mejorable por convenio colectivo o por acuerdo individual. Si en la práctica, el trabajador cobra más de dos pagas extraordinarias al año, ¿qué SMI deberíamos tomar como referente? Según la DGT, en un supuesto en el que el trabajador tiene derecho a un total de 17 pagas al año (doce ordinarias y cinco extraordinarias), se debe considerar «como límite de embargabilidad el resultado de dividir el SMI en términos anuales entre 17 y aplicar el doble de dicho importe los meses en que se perciban dos pagas, una ordinaria y otra extraordinaria, cada una del mismo importe. En los meses en que no exista percepción de paga extraordinaria, se aplicará como límite el importe resultante de dividir el SMI en términos anuales entre 17»³⁸. Un criterio que nos parece perfectamente lógico y coherente, en la medida en que garantiza que, a un mismo salario anual, se aplique un mismo embargo, con independencia de cuál sea la forma de pago.

³⁸ Consulta DGT V0643-24, de 12 de abril.

Mes	Paga ordinaria	Pagas extras prorrateadas	Total	SMI	Importe embargado
Enero	1.400,00 €		1.400,00 €	1.105,07 €	88,48 €
Febrero	1.400,00 €		1.400,00 €	1.105,07 €	88,48 €
Marzo	1.400,00 €	1.400,00 €	2.800,00 €	2.210,13 €	176,96 €
Abril	1.400,00 €		1.400,00 €	1.105,07 €	88,48 €
Mayo	1.400,00 €		1.400,00 €	1.105,07 €	88,48 €
Junio	1.400,00 €	1.400,00 €	2.800,00 €	2.210,13 €	176,96 €
Julio	1.400,00 €		1.400,00 €	1.105,07 €	88,48 €
Agosto	1.400,00 €		1.400,00 €	1.105,07 €	88,48 €
Septiembre	1.400,00 €		1.400,00 €	1.105,07 €	88,48 €
Octubre	1.400,00 €		1.400,00 €	1.105,07 €	88,48 €
Noviembre	1.400,00 €		1.400,00 €	1.105,07 €	88,48 €
Diciembre	1.400,00 €	1.400,00 €	2.800,00 €	2.210,13 €	176,96 €
TOTAL	16.800,00 €	4.200,00 €	21.000,00 €	16.576,02 €	1.327,19 €

Supuesto 3. Cálculo de un embargo en caso de que se abonen más de dos pagas extras

Octava.—Los porcentajes de retención no se aplican sobre el bruto de la nómina, sino sobre la cantidad líquida que perciba el deudor. Concretamente, el art. 607.5 LEC determina que si el sueldo ya se encontrase gravado «con descuentos permanentes o transitorios de carácter público, en razón de la legislación fiscal, tributaria o de Seguridad Social, la cantidad líquida que percibiera el ejecutado, deducidos éstos, será la que sirva de tipo para regular el embargo». Por lo tanto, para calcular la base reguladora sobre la que opera el embargo, se deben detraer previamente las cantidades que se correspondan con la cuota obrera de Seguridad Social y con la retención fiscal derivada del IRPF. Con ello, se mantienen los tradicionales privilegios de la Hacienda Pública, de la Seguridad Social u otro tipo de entidades públicas, de modo tal que los créditos de los mismos se perciben en cualquier caso y solo una vez descontados estos se dedica el remanente, si lo hubiere, a la satisfacción del crédito que sea objeto del proceso de ejecución de que se trate³⁹.

Al hilo de lo expuesto, debemos plantearnos si la deducción por IRPF debe ser la que corresponda por ley o la que el propio trabajador solicite. Sa-

³⁹ PEDRAJAS MORENO, Abdón. *El embargo sobre retribuciones*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998, p. 159.

bemos que, según el art. 88.5 RD 439/2007, los contribuyentes pueden solicitar a su empresa la aplicación de un tipo de retención superior al que le correspondería según la normativa del impuesto. Pues bien, en respuesta a esta cuestión, compartimos la opinión de quien considera fraude de ley que el ejecutado, al que se le hubiese embargado el sueldo, solicitase una mayor retención⁴⁰, pues ello podría favorecer acuerdos torticeros entre empresa y trabajador para tratar de eludir el pago de deudas.

Por otro lado, hemos de tener en cuenta que el hecho de que el art. 607.5 LEC hable de descuentos de carácter público deja fuera del precepto toda cantidad que no cumpla esta característica (como, por ejemplo, las deducciones en la nómina por la devolución de un préstamo). Se impide con ello que, de forma indirecta, este tipo de créditos se conviertan en preferentes cuando, según el derecho material, carecen de este carácter. Y, además, se evitan posibles confabulaciones fraudulentas entre el ejecutado (trabajador) y el pagador de la renta embargada (empresario) en perjuicio del ejecutante⁴¹. En definitiva, no podemos olvidar que, según el art. 1.196.5.º CC, para que proceda la compensación es preciso que concurran una serie de requisitos; entre ellos, que sobre ninguna de las deudas haya retención. En consecuencia, los porcentajes de retención se aplicarán con anterioridad a deducir el importe de estos otros descuentos de carácter privado. Y si se hubiese trabado toda la parte del sueldo que puede ser embargable (en aplicación del art. 607 LEC), la empresa no podría descontar de la nómina las cantidades que le adeuda el trabajador.

¿Pero puede llegarse a igual conclusión con respecto a la devolución de anticipos? Entiendo que no. Según el art. 29.1 ET, «el trabajador y, con su autorización, sus representantes legales, tendrán derecho a percibir, sin que llegue el día señalado para el pago, anticipos a cuenta del trabajo ya realizado». Como se aprecia de lo expuesto, el legislador sólo impone a la empresa la obligación de anticipar el pago del salario ya devengado, pero en ningún caso el adelanto de un salario futuro. Por lo tanto, estamos ante el cumplimiento adelantado de la obligación empresarial de abono del salario o, dicho en otros términos, ante el pago parcial de una suma debida. En consecuencia, el anticipo despliega el pertinente efecto liberatorio, pero no convierte al empresario en acreedor, pues el trabajador no adquiere la obligación de devolver el importe anticipado⁴².

⁴⁰ CHACÓN CADENAS, Manuel. *El embargo*. Barcelona: Bosch, 1991, p. 355. ACHÓN BRUÑÉN, M.^a José. «La problemática del embargo de sueldos y pensiones». *Diario La Ley*, 2012, núm. 7918, p. 7 de la edición digital.

⁴¹ CHACÓN CADENAS, Manuel. *El embargo*. Barcelona: Bosch, 1991, p. 352.

⁴² En opinión de RÍOS SALMERÓN, Bartolomé. *La inembargabilidad del salario*. Discurso leído el día 4 de diciembre de 1986 en el acto de recepción como Académico de Número en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia. Murcia: El taller, 1986, p. 49, no cabe hablar de una verdadera

Igualmente debemos aclarar, antes de concluir este apartado, cómo se calcularía la cuantía a embargar, cuando el trabajador está afiliado a un sindicato y se le descuenta de la nómina la cuota sindical. La duda se suscita porque el ordenamiento jurídico, con el fin de proteger el patrimonio del sindicato, declara la inembargabilidad de las cuotas sindicales (art. 5.3 LOLS). Partiendo de lo expuesto, ¿podemos entender que la cuota sindical representa un crédito que goza de una clara preferencia sobre los restantes, de manera que el embargo sólo puede practicarse una vez deducida ésta?

La respuesta a esta pregunta debe ser necesariamente negativa, con base en los siguientes argumentos: En primer lugar, no resulta aplicable el art. 607.5 LEC, en la medida en que no estamos ante una carga de carácter público, por mucho que los sindicatos atiendan un interés general⁴³. En segundo lugar, la inembargabilidad de las cuotas sindicales se recoge en un precepto que regula la responsabilidad del sindicato, por los actos o acuerdos adoptados por sus órganos estatutarios. Se trata, por tanto, de una medida de protección frente a los acreedores del sindicato, por lo que no parece que resulte aplicable en caso de que el deudor sea el propio trabajador. En tercer lugar, mientras que el importe del débito sindical permanece en poder del trabajador afiliado no puede hablarse de existencia de cuota ni, por lo mismo, puede aplicarse la inembargabilidad por tal concepto⁴⁴. Solo se puede hablar de cuota sindical a partir del momento en que su importe ha salido del patrimonio del trabajador afiliado y se encuentra en poder de alguno de los posibles agentes recaudadores⁴⁵. En definitiva, si entendiéramos que la cuota sindical debe deducirse del bruto de la nómina, antes de proceder al cálculo del embargo, la estaríamos convirtiendo en crédito preferente, sin que el legislador haya previsto tal cosa.

Novena.—Si el trabajador se encuentra en situación de pluriempleo y percibe, en consecuencia, varias percepciones salariales, se acumulará la cuantía de todas ellas para determinar la parte inembargable (art. 607.3 LEC). Se

operación compensatoria en sentido legal. Sin embargo, para ACHÓN BRUÑÉN, M.^a José. «La problemática del embargo de sueldos y pensiones». *Diario La Ley*, 2012, núm. 7918, p. 8 de la edición digital, no pueden excluirse para hallar la cantidad líquida sobre la que aplicar los porcentajes previstos en el art. 607 LEC las cantidades que el empresario descuenta al trabajador para compensar los préstamos o anticipos concedidos.

⁴³ Así lo entiende también Pedrajas Moreno, Abdón. *El embargo sobre retribuciones*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998, p. 160, para quien la redacción de la norma (que hace alusión a gravámenes de carácter público) impide incluir en dicho concepto las cuotas sindicales. Y en el mismo sentido, se pronuncia ACHÓN BRUÑÉN, M.^a José. «La problemática del embargo de sueldos y pensiones». *Diario La Ley*, 2012, núm. 7918, p. 7 de la edición digital.

⁴⁴ PÉREZ PÉREZ, Manuel. «El descuento por el empresario del canon por negociación y de la cuota sindical». En: AAVV. *Comentarios a la Ley de Libertad Sindical*. Madrid: Tecnos, 1986, p. 337.

⁴⁵ ALARCÓN BRAVO DE RUEDA, Percy Orestes. *La cuota sindical. Marco legal y práctica estatutaria*, Valladolid: Lex Nova, 2004, 292 p. 77.

trata, sin duda, de la solución más justa, pues si se procediese de forma aislada (aplicando la escala a cada una de las retribuciones por separado) se eludiría la progresividad de la misma y ello iría en perjuicio del acreedor. Pero es evidente que esta solución plantea algunos desafíos de aplicación práctica, pues será preciso que el LAJ solicite a las diferentes empresas datos de las percepciones del trabajador, al objeto de unificar los netos y determinar el importe a embargar, notificando el resultado a cada una de las empresas pagadoras.

Décima.—Nada impide que sobre un mismo salario concurren varios embargos, pero es preciso que el total de lo retenido no supere el límite que se deriva de la aplicación de los porcentajes fijados en el art. 607 LEC, pues una interpretación contraria implicaría que se hiciera de peor condición a quien tiene varios acreedores que a quien tiene uno solo. Además, se vulneraría la finalidad del precepto que pretende asegurar al deudor unos importes no sujetos a embargo para atender a su propia subsistencia y a la de su familia.

Por lo tanto, si existen varias deudas y una sola de las retenciones ya abarca el límite legalmente previsto, las restantes órdenes de retención no son acumulables. No basta con restar de la retribución inicial el importe del embargo precedente, aplicando de nuevo a la diferencia resultante los porcentajes del art. 607 LEC (y dejando únicamente a salvo el salario mínimo interprofesional). En resumidas cuentas, tan inembargable es el salario mínimo interprofesional, como las cantidades decrecientes que quedan liberadas de responsabilidad por la aplicación de los porcentajes señalados por el legislador⁴⁶. Y una vez que queda embargado el tope legalmente establecido, el resto resulta intangible.

En definitiva, si hay concurrencia de acreedores y uno de los embargos agota la cantidad embargable, los restantes deberán esperar para ver satisfecha su deuda. De esta forma, sólo cuando el primer acreedor haya visto totalmente saldado su crédito, podrán empezar los posteriores a hacer efectivos los suyos. El conflicto entre los diferentes acreedores se resuelve, así, otorgando preferencia al primero en el tiempo (en aplicación del principio jurídico *prior tempore, potior iure*).

Pero si no se ha retenido el total susceptible de embargo, sí cabría aplicar una segunda traba por la diferencia⁴⁷. Es factible, por tanto, el reembargo, pero dicha figura solo otorga al segundo embargante el derecho a percibir el produc-

⁴⁶ Autos AP Guadalajara 16-9-2004, R.º 227/2004, Barcelona 15-3-2010, R.º 164/2009, Zamora 19-11-2010, R.º 283/2010, entre otras. En sentido contrario: Autos AP Valencia 18-9-2000, R.º 462/2000, y AP Valencia 28-5-2003, R.º 264/2003, que entienden que la existencia de una retención sobre el sueldo no impide la práctica de retenciones ulteriores, siempre y cuando se respete la integridad del salario mínimo interprofesional. Y, en tal caso, el primer embargo trabado sobre el sueldo operaría como descuento a efectos de fijar la cantidad líquida que sirve de tipo para regular el segundo embargo.

⁴⁷ Autos AP Guadalajara 16-9-2004, R.º 227/2004.

to de lo que se obtenga de la realización de los bienes embargados, una vez satisfecho el derecho el ejecutante a cuya instancia se hubiese decretado el embargo anterior.

5. EJEMPLO PRÁCTICO

Ejemplo: Con fecha 1-10-2025, el Juzgado de Primera Instancia de n.º 2 Vic (Barcelona), requiere a la empresa para que proceda a la retención del salario de Don José Fernández Lesmes, uno de los trabajadores de plantilla, hasta embargar la cuantía total de 82.772,72 €.

Pues bien, la cuantía objeto de embargo sería el resultado de seguir los siguientes pasos:

- 1.º Cuantificar el salario (dinerario y en especie) que percibe el trabajador.
- 2.º Deducir del importe bruto, los créditos que tienen prioridad sobre la nómina: la retención por IRPF y la cuota obrera.
- 3.º Determinar cuántas veces está contenido el SMI de referencia en la retribución neta del trabajador.
- 4.º Aplicar a cada fracción o restos de fracción de SMI su respectivo porcentaje, según indica el art. 607 LEC.
- 5.º Sumar todos los productos parciales obtenidos.

Cálculo retención judicial			
Cantidad a embargar		82.772,72 €	
Devengos mensuales		Descuentos mensuales	
Salario base.	2.800,00 €	IRPF (21%).	805,98 €
Antigüedad.	280,00 €	Seguridad Social.	248,70 €
Peligrosidad.	245,00 €		
p.p. pagas extras.	513,33 €		
Total devengos.	3.838,00 €	Total descuentos.	1.054,68 €
Retribución neta mensual			2.783,32 €
Salario mínimo interprofesional (año 2025)			
Importe mensual.			1.184,00 €
Importe anual (importe mensual x 14 pagas).			16.576,00 €
Importe mensual (incluyendo parte proporcional pagas).			1.381,33 €

Cantidades susceptibles de embargo			
1.º SMI o resto.	1.381,33 €	Exento	0,00 €
2.º SMI o resto.	1.381,33 €	30%	414,40 €
3.º SMI o resto.	20,66 €	50%	10,33 €
4.º SMI o resto.	—	60%	
5.º SMI o resto.	—	75%	
Resto hasta total.	—	90%	
Total mensual embargable			424,73 €

6. LA PROTECCIÓN DEL SALARIO UNA VEZ QUE SE INCORPORA EN EL PATRIMONIO DE LA PERONA TRABAJADORA

Cuando el salario se incorpora al patrimonio del trabajador, se plantea la duda de si la traba debe tramitarse como el embargo de «*sueldos, salarios o pensiones*» (apartado 8.º del art. 592.2 LEC) o como el embargo de «*dinero o cuentas corrientes de cualquier clase*» (apartado 1.º del mismo cuerpo normativo). Como ya hemos visto, el embargo de dinero efectivo o de cuentas abiertas en entidades de depósito, no merece el mismo trato que el embargo del salario. Esta diferencia de regulación se manifiesta, de hecho, en dos frentes: en primer lugar, en lo que respecta al orden de embargo, dado que el dinero y las cuentas corrientes figuran en primer término y los sueldos y salarios, en el octavo. Y en segundo lugar, porque el legislador no impone límite cuantitativo alguno con respecto a las primeras, por lo que la traba puede extenderse al importe que sea necesario para cubrir la totalidad de la deuda. Pues bien, a este respecto tanto la doctrina judicial, como la doctrina académica, se encontraban claramente divididas:

Para unos tribunales, el embargo de los «*sueldos, salarios y pensiones*» no podía confundirse con la traba de la cuenta bancaria en la que el trabajador cobraba la nómina, pues una cosa es el salario y otra el destino que el deudor le haya dado al mismo una vez ingresado en su patrimonio, de forma que si lo depositaba en una cuenta bancaria, a partir de ese instante la cuantía recibida por ese concepto dejaba de tener el carácter de un sueldo, un salario o una pensión, para convertirse en un depósito bancario y en cuanto tal, susceptible de ser íntegramente embargado⁴⁸. Para otros tribunales, sin embargo, era nece-

⁴⁸ STSJ Andalucía (CA) 4-1-2000, R.º 106/1996.

sario tomar en consideración la procedencia del saldo de la cuenta bancaria, de manera que se extendía el régimen del embargo de sueldos, salarios y pensiones a aquellos ingresos en cuenta que obedeciesen a tales conceptos, pues otra interpretación dejaría vacías de contenido las reglas de inembargabilidad absoluta y embargabilidad relativa del salario.

Y este mismo debate se sostenía por parte de la doctrina académica: Algunos autores entendían que, siempre que existiese la posibilidad de identificar el importe que se había ingresado como salario, debían mantenerse las reglas de inembargabilidad absoluta y embargabilidad relativa⁴⁹. Otros defendían que dichas medidas de protección del salario sólo podían jugar con respecto a la retribución devengada y no percibida. Por lo tanto, el órgano embargante no podía tener en cuenta la procedencia del dinero una vez que este hubiese sido integrado en el patrimonio del deudor⁵⁰. Y una tercera corriente sostenía una solución intermedia: Lo que se trata es de proteger no ya el total del saldo de una cuenta bancaria en la que se hayan ingresado las retribuciones del deudor, sino el importe específico de la última retribución. Si el trabajador tiene capacidad de ahorro no se justifica la protección de ese saldo ahorrado en la necesidad de subsistencia básica del ejecutado, que constituye el fin de la norma⁵¹.

Pues bien, este último criterio fue el utilizado por el legislador fiscal. De conformidad con el art. 171.3 Ley 58/2003, cuando en la cuenta afectada por el embargo se efectúe habitualmente el abono de sueldos, salarios o pensiones, deberán respetarse las limitaciones establecidas en la LEC con respecto al importe que debe considerarse como tal. Pero esta garantía sólo opera con respecto al importe “ingresado en dicha cuenta por ese concepto en el mes en que se practique el embargo o, en su defecto, en el mes anterior”. Por lo tanto, la escala del art. 607 LEC no resultaría aplicable con respecto al importe de la retribución que se correspondiera con meses anteriores. Y esta misma solución ha sido finalmente acogida por legislador como medida de protección de alcance general (art. 588.4 LEC en la redacción dada por la DF 2.1 Ley 3/2018). Y este criterio se aplica incluso en el caso de que estemos ante una cuenta corriente en la que no se ingresa directamente ningún sueldo, salario o pensión, sino ante una cuenta cuyo saldo proceda, a su vez, de otra distinta en la que sí se ingresan dichos importes (STS CA 15-3-2024, Rº 7696/2022).

⁴⁹ COSTA REYES, Antonio. *El crédito salarial*. Sevilla: Consejo Económico y Social de Andalucía, 2005, p. 323.

⁵⁰ GARCÍA TREVIJANO FOS, José Antonio, «Tratado de Derecho Administrativo», *Revista de Derecho Privado*, 1970, tomo III, vol. II, p. 207.

⁵¹ PEDRAJAS MORENO, Abdón. *El embargo sobre retribuciones*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998, p. 153.

El problema, por tanto, se suscitaba cuando no se gastaba o no se consumía el sueldo abonado en la cuenta dentro del mes de cobro y antes de la percepción de la siguiente mensualidad. En tal caso, como hemos visto, se entendía que perdía su naturaleza originaria y se transformaba en depósito (ahorro) y por ello, plenamente embargable (Resoluciones del TEAC de 19-4-2022, RG 00-02654-2019, y de 16-11-2022, RG 00-07689-2019). Pues bien, la resolución del TEAC de 18-6-2025, RG 00-01140-2022, ha modificado su doctrina anterior respecto a la interpretación que debe darse al art. 171.3 LGT. Para el Tribunal, es evidente que existen diversos gastos para atender necesidades básicas (personales y familiares) cuyo pago no es necesariamente mensual: suministros de luz, gas y agua, impuesto de bienes inmuebles, tasa de recogida de residuos, seguro de hogar, etc, o gastos extraordinarios o imprevistos para cuya atención se precisa un cierto ahorro. Y si se interpreta que lo no gastado del sueldo o pensión en el mes corriente es ahorro y, en consecuencia, embargable, se estaría impidiendo el poder atender a las necesidades básicas de la persona y de la familia. Por ello, el Tribunal concluye que es preciso interpretar el art. 171.3 LGT conjuntamente con el art. 607 LEC, de manera que la protección del salario o de la pensión se aplique «sin ningún límite temporal y cualquiera que sea la forma de su percepción», pues la parte inembargable del sueldo es necesaria para atender las necesidades personales y familiares del deudor. Su transformación en ahorro, si no se gasta antes de que se ingrese o abone en cuenta la siguiente mensualidad, resulta contrario al sentido del artículo 171.3 LGT, en relación con el art. 607 LEC.

En todo caso, aclara el Tribunal, «corresponde al interesado que se opone al embargo demostrar que todos los ingresos que se abonan en la cuenta cuyo saldo sea objeto de embargo proceden exclusivamente de un sueldo, salario o pensión de carácter inembargable por aplicación de los límites establecidos en el artículo 607 LEC, aportando, por ejemplo, un extracto de los movimientos de la cuenta bancaria y copia de las nóminas o de las pensiones, ya sea la cuenta embargada en la que se abonan las nóminas o pensiones o cuando en la cuenta embargada se perciban transferencias desde otra cuenta de su titularidad en la que se le abonan tales sueldos, salarios o pensiones».

Este nuevo criterio resulta, sin duda, más acorde con la doctrina constitucional sobre la legitimidad de la inembargabilidad de bienes y derechos como excepción al principio de responsabilidad patrimonial universal. Y pone fin a la ilógica situación anterior, en la que bastaba con extraer cada mes de la cuenta bancaria el importe del sueldo o de la pensión para que resultase inembargable.

7. BIBLIOGRAFÍA

ACHÓN BRUÑÉN, M.^a José. «La problemática del embargo de sueldos y pensiones». *Diario La Ley*, 2012, núm. 7918.

- ALARCÓN BRAVO DE RUEDA, Percy Orestes. *La cuota sindical. Marco legal y práctica estatutaria*, Valladolid: Lex Nova, 2004, 292 pp.
- CABEZA PEREIRA, Jaime. *El descuento de la cuota sindical*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, 132 pp.
- COSTA REYES, Antonio. *El crédito salarial*. Sevilla: Consejo Económico y Social de Andalucía, 2005, 449 pp.
- CHACÓN CADENAS, Manuel. *El embargo*. Barcelona: Bosch, 1991, 686 pp.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a Fernanda. «Régimen jurídico sindical». En: AAVV. *Comentarios a la Ley de Libertad Sindical*. Madrid: Tecnos, 1986, pp. 147 a 187.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio. «El salario mínimo interprofesional». En: AAVV. *Estudios sobre el salario*. Madrid: ACARL1993, pp. 303 a 360.
- GARCÍA TREVIJANO FOS, José Antonio. «Tratado de Derecho Administrativo». *Revista de derecho Privado*, 1970, tomo III, vol. II.
- MERCADER UGUINA, Jesús R. y DOMÍNGUEZ ROYO, Marta. «El embargo de las indemnizaciones por despido: problemas prácticos». *Trabajo y Derecho*, 2020, núm. 70.
- PEDRAJAS MORENO, Abdón. *El embargo sobre retribuciones*. Valencia: Tirant, 1998, 247 pp.
- PÉREZ PÉREZ, Manuel. «El descuento por el empresario del canon por negociación y de la cuota sindical». En: AAVV. *Comentarios a la Ley de Libertad Sindical*. Madrid: Tecnos, 1986, pp. 289 a 342.
- RÍOS SALMERÓN, Bartolomé. *La inembargabilidad del salario*. Discurso leído el día 4 de diciembre de 1986 en el acto de recepción como Académico de Número en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia. Murcia: El taller, 1986.
- SORIANO CORTÉS, Dulce. «Protección del cobro del crédito salarial». En: CRUZ VILLALÓN, Jesús (coord.). *Política de rentas salariales: salario mínimo y negociación colectiva*. Albacete: Bomarzo, 2022, pp. 415 a 441.
- VILLA GIL, J de la. *La protección legal de la suficiencia del salario*. Madrid: Dykinson, 2002, 282 pp.
- VIVERO SERRANO, Juan Bautista. «La inembargabilidad de salarios y prestaciones sociales conforme al importe anual del salario mínimo interprofesional». *Trabajo y Derecho*, 2023, núm. 98.

CAPÍTULO XXIV

LOS PRIVILEGIOS DEL CRÉDITO SALARIAL DENTRO Y FUERA DEL CONCURSO DE ACREEDORES

JOSÉ MARÍA RÍOS MESTRE

Profesor contratado doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Murcia

1. INTRODUCCIÓN

El objeto del presente capítulo son los privilegios del salario. Las preferencias crediticias tienen dos ámbitos perfectamente delimitados en las que se manifiestan. El primero de ellos se caracteriza por una nota negativa consistente en la ausencia de declaración de concurso de acreedores. A este supuesto está dedicada la primera parte del capítulo que comienza con el estudio del art. 32 ET donde se recogen los privilegios salariales.

El deudor común que no está declarado en concurso de acreedores tiene más de un acreedor y éstos van a concurrir en el marco de una ejecución singular. Debe señalarse que no son los salarios los únicos créditos que gozan de preferencia crediticia y que otros acreedores de otro tipo o por

otros conceptos pueden concurrir igualmente frente a un deudor común como se explicará.

La concurrencia en el marco de ejecuciones singulares se va a producir mediante el planteamiento por el trabajador acreedor de salarios de una tercería de mejor derecho. Esto va a suceder en el ámbito jurisdiccional en la ejecución civil y en la ejecución penal sobre la responsabilidad civil nacida de delito cuando no se ha efectuado reserva de acciones. También es posible que el trabajador titular de un crédito salarial concorra con otros obreros ante la jurisdicción social, sin embargo, en esta jurisdicción existe otra fórmula adicional a la tercería que es la acumulación de ejecuciones. Cuando se acumulan ejecuciones y los bienes no son suficientes para satisfacer a todos los acreedores hay que determinar si alguno de los trabajadores es titular de un crédito privilegiado preferente a los créditos ostentados por los otros trabajadores.

Cuando el ejecutor singular es la Administración pública se puede tratar de dos tipos de procedimiento de recaudación: el de los recursos de la Seguridad Social y el de recaudación tributaria y demás recursos públicos.

La segunda parte (o tercer epígrafe) del capítulo está dedicado a los privilegios salariales en el concurso de acreedores. Se trata de un régimen más unificado respecto de la concurrencia de acreedores extraconcursal. Esta parte comienza con una introducción al sistema de créditos concursales privilegiados, mediante privilegio general o especial, y los créditos contra la masa. Seguidamente se analizan los preceptos que recogen dichos créditos salariales privilegiados y contra la masa. Finalmente se analiza el mecanismo de reconocimiento y garantía jurisdiccional de unos y otros.

La última parte del capítulo está dedicado al convenio concursal pues es un supuesto híbrido en el que cesan los efectos del concurso, pero sin la conclusión del mismo. Se explica el significado que tiene el convenio para los trabajadores. Seguidamente se tratan dos temas que no han sido abordados con frecuencia. En primer lugar, cual sea el régimen de preferencias crediticias vigente el convenio concursal y seguidamente la garantía jurisdiccional para el cobro mediante ejecución singular de los créditos salariales vigente el convenio.

Por motivos de la limitación de extensión no se han tratado las especificidades de las microempresas ni la influencia que desempeña el precurso sobre los privilegios salariales.

2. LOS PRIVILEGIOS DEL SALARIO FUERA DEL CONCURSO DE ACREEDORES

2.1 **Mención al sistema de privilegios y preferencias crediticias fuera del concurso de acreedores**

El sistema de privilegios y preferencias crediticias extra concursal carece de unidad legislativa. A diferencia del concurso de acreedores donde nos encontramos unos listados en función del carácter general o especial del privilegio, en cambio, respecto del deudor no concursado se está ante un universo legislativo que enuncia un número no reducido de créditos privilegiados, pero no los relaciona entre sí.

Existe una regulación originaria en el CC cuyo art. 1921 establece que los créditos se clasificarán, para su graduación y pago, por el orden y en los términos que se establece. Seguidamente los art. 1922 (respecto de determinados bienes muebles), 1923 (privilegio especial con relación a determinados bienes inmuebles y derechos reales del deudor) y 1924 (con relación a los demás bienes muebles e inmuebles del deudor) CC establecen listados por rango preferencia.

Respecto de otras normas que recojan privilegios crediticios se puede traer a colación la Ley General Tributaria cuyo art. 77.1 dispone que la Hacienda Pública tendrá prelación para el cobro de los créditos tributarios vencidos y no satisfechos en cuanto concurra con otros acreedores, excepto que se trate de acreedores de dominio, prenda, hipoteca u otro derecho real debidamente inscrito en el registro correspondiente con anterioridad a la fecha en que se haga constar en el mismo el derecho de la Hacienda Pública. El art. 78 de la citada norma, intitulado hipoteca legal tácita, establece que en los tributos que graven periódicamente los bienes o derechos inscribibles en un registro público o sus productos directos, ciertos o presuntos, el Estado, las comunidades autónomas y las entidades locales tendrán preferencia sobre cualquier otro acreedor o adquirente, aunque éstos hayan inscrito sus derechos, para el cobro de las deudas devengadas y no satisfechas correspondientes al año natural en que se exija el pago y al inmediato anterior.

De la misma forma cabe citar de forma ejemplificativa lo dispuesto por el art. 9.1.e) de la Ley de Propiedad Horizontal que dispone que los créditos a favor de la comunidad derivados de la obligación de contribuir al sostenimiento de los gastos generales correspondientes a las cuotas imputables a la parte vencida de la anualidad en curso y los tres años anteriores tienen la

condición de preferentes a efectos del artículo 1923 del Código Civil y preceden, para su satisfacción, a los citados en los números 3.º, 4.º y 5.º de dicho precepto, sin perjuicio de la preferencia establecida a favor de los créditos salariales en el ET.

2.2 Los privilegios del salario fuera del concurso de acreedores: el art. 32 ET

Sin perjuicio de la mención realizada por el CC a los sueldos de trabajadores por cuenta ajena, la disposición básica en la materia es el art. 32 ET cuyo apartado primero dispone que los créditos salariales por los últimos treinta días de trabajo y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional gozarán de preferencia sobre cualquier otro crédito, aunque este se encuentre garantizado por prenda o hipoteca. Este privilegio se proyecta sobre cualquier hipótesis crediticia y expresamente afecta a aquéllas a las que se añade una garantía real en su modalidad hipotecaria. Lo verdaderamente característico de este privilegio es el absoluto primer rango de que la norma le dota; de ahí cabalmente la denominación de «superprivilegio»¹. El crédito por los salarios de los últimos treinta días es preferente al crédito hipotecario, con el significado de que el trabajador ha de cobrar antes que el acreedor con garantía real y, para que esa anterioridad crediticia sea efectiva y real, la venta de la cosa ha de llevarse a efecto libre de cargas, pues en caso contrario, de subsistir el gravamen hipotecario, el crédito laboral fácilmente quedaría sin satisfacer².

El art. 32.2 ET recoge un privilegio de carácter especial, el llamado crédito refaccionario, al establecer que los créditos salariales gozarán de preferencia sobre cualquier otro crédito respecto de los objetos elaborados por los trabajadores mientras sean propiedad o estén en posesión del empresario. La norma habla de «objetos elaborados». Subjetivamente la preferencia corresponde a todos los operarios, aunque no intervengan directamente. También se habla de objetos que «sean propiedad o estén en posesión» del empresario. La

¹ RÍOS SALMERÓN, Bartolomé, *Los privilegios del crédito salarial*, Civitas, Madrid, 1984, p. 331.

² GULLÓN RODRÍGUEZ, Jesús; SAN CRISTÓBAL VILLANUEVA, Juan Manuel; LIMÓN LUQUE, Miguel Ángel; REDONDO VALDEÓN, María Dolores y SILVA GOTI, María, *Estatuto de los Trabajadores*, El Derecho, 2.ª ed, Madrid, 2010, p. 474.

primera alternativa (propiedad) es la normal. La segunda (posesión) presenta dificultades interpretativas casi insuperables³.

El art. 32.3 ET recoge otro privilegio general para el salario disponiendo que los créditos por salarios no protegidos en los apartados anteriores tendrán la condición de singularmente privilegiados en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días del salario pendientes de pago, gozando de preferencia sobre cualquier otro crédito, excepto los créditos con derecho real, en los supuestos en los que estos, con arreglo a la ley, sean preferentes. En cuanto a la mención del SMI como factor para el cálculo del techo o tope máximo hay que atender al RD que de forma periódica fija dicho salario en la inteligencia de que el tope retenido no es salario día ni el salario mes, sino el salario mínimo en cómputo anual sin que en ningún caso pueda considerarse una cuantía inferior. Finalmente, puede dudarse sobre cual sea, en cada caso el SMI a tener en cuenta: si el vigente cuando nace el crédito salarial, momento en el que se incorpora la cualidad preferencial; o el vigente cuando llegue el momento de enfrentar el crédito del trabajador con créditos de terceros con los que concurre.

El apartado cuarto del art. 32 ET recoge una prescripción de carácter procesal al regular la prescripción extintiva estableciendo que el plazo para ejercitar los derechos de preferencia del crédito salarial es de un año, a contar desde el momento en que debió percibirse el salario, transcurrido el cual prescribirán tales derechos.

2.3 La articulación procedimental de los privilegios salariales: concurrencia entre trabajadores y la tercería de mejor derecho

Con referencia a un concreto proceso de ejecución, terceros son todos los sujetos que ni han pedido ni obtenido el despacho de la ejecución ni aquél frente a quien se ha despachado, ni tampoco lógicamente el órgano administrativo que ha acordado el apremio. Los terceros, así definidos, son, ciertamente una muchedumbre, pero dentro de esa muchedumbre puede haber sujetos que, sin ser parte en la ejecución, tengan un interés en ella y, dentro de este grupo, ya seguramente reducido, algunos se encuentren en una situación que las nor-

³ RÍOS SALMERÓN, Bartolomé, «Los privilegios del crédito salarial y la legislación concursal proyectada» en AA. VV., *El tercero en la ejecución laboral*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, p. 241. Un enfoque generalista del crédito refaccionario en CORDERO LOBATO, Encarna, *El privilegio del crédito refaccionario*, Tecnos, Madrid, 1995, que analiza los parámetros laborales de este tipo de privilegios en las pp. 219-233.

mas procesales o procedimentales consideran digna de protección hasta el punto de prever algún mecanismo para que el derecho o interés de estos terceros no resulte lesionado por la ejecución o pueda ser defendido en ella. Se presta una atención especial a aquellos acreedores que tengan un crédito preferente al del ejecutante según las normas legales en materia de prelación de créditos, pero que no hayan embargado bienes del deudor común o los hayan embargado con posterioridad al ejecutante. A estos terceros no se les protege de forma automática pero sí se les permite actuar para defender su preferencia mediante la tercería de mejor derecho⁴.

Caben cuatro posibilidades que se exponen en los apartados siguientes, en la primera de ellas nos encontramos ante diferentes trabajadores que tienen en común ser acreedores del mismo empresario. Este supuesto tiene dos vertientes, la primera de ellas que consiste en ejecuciones acumuladas ante el juzgado de lo social. En este caso no se trata de una tercería de derecho ya que los trabajadores interesados reúnen la condición de partes y no la de terceros. En segundo lugar, se trata del supuesto de un trabajador cuya ejecución no se haya acumulado y quiere hacer valer la preferencia de su crédito para lo que debe acudir al expediente de la tercería de mejor derecho.

En segundo lugar, cabe mencionar la garantía jurisdiccional del tercero titular de un crédito privilegiado. Esta situación se va a producir principalmente en el proceso de ejecución singular seguido ante la jurisdicción civil. Aunque no con tanta frecuencia, pero también cabe la posibilidad de que esta situación se desarrolle ante la jurisdicción penal en ejecución de sentencia respecto a la responsabilidad civil derivada de delito. En este caso, el trabajador puede considerar que su crédito es preferente al de la víctima o perjudicado.

En tercer lugar, el trabajador puede encontrarse con que la TGSS ha iniciado apremio sobre el empresario por alguno de los débitos que son objeto de recaudación por dicho ente gestor mediante el procedimiento previsto por el Reglamento de Recaudación de los recursos de la Seguridad Social.

En cuarto lugar, puede darse la situación de que el trabajador tenga que defender su preferencia crediticia ante los organismos de recaudación tributaria que hayan abierto la vía de apremio frente al empresario para el cobro de deudas de carácter público. Cuando se hace mención del «empresario», se refiere al empresario del trabajador que ostenta el crédito privilegiado ya que el procedimiento de recaudación no tiene necesariamente que proceder de la actividad empresarial en la que se mantenía la relación por cuenta ajena con este

⁴ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, Díez-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio y VEGAS TORRES, Jaime, *Derecho Procesal Civil*, vol. II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000, pp. 65 y 67.

trabajador sino que puede tener origen en cualquier débito de carácter público completamente ajeno a dicha actividad empresarial por la que se suscribió el contrato de trabajo del que traen causa los salarios impagados.

Existe otra variante que comenzó a abrirse paso en la praxis consistente en una vía concurrencial alternativa respecto de la tercería que a veces se denominó incidente preferencial atípico y consiste en que en lugar de acudir el trabajador, mediante tercería de derecho a la ejecución civil, donde un acreedor de esta clase perseguía al empresario deudor común, provocaba aquél, en el interior de su propia ejecución un incidente a entender con los litigantes civiles, en el que postulaba que el juez social declararse la prioridad del crédito y requiriera al juez civil para que entregara lo recaudado en su propio apremio. Parecido mecanismo se utilizó también respecto de ejecutores no judiciales, que apremiaban créditos fiscales o de Seguridad Social. Esta última alternativa resulta de lo más discutible vista la preferencia procesal civil⁵.

2.4 Concurrencia entre trabajadores y tercería de mejor derecho ante la jurisdicción social

Existen dos posibilidades para que un trabajador haga valer su preferencia crediticia frente a otro trabajador en el seno de una ejecución social. El primer supuesto es como coejecutante. El art. 37.1 LRJS dispone que cuando las acciones ejercitadas tiendan a obtener la entrega de una cantidad de dinero y existan indicios de que los bienes del deudor o deudores pudieran ser insuficientes para satisfacer la totalidad de los créditos que se ejecuten, el letrado de la administración de justicia deberá acordar la acumulación de ejecuciones, de oficio o a instancia de parte, de seguirse ante un mismo juzgado, o a instancia de parte, de conocer de ellas juzgados distintos. El art. 41.2 LRJS establece que la acumulación no altera las preferencias que para el cobro de sus créditos puedan ostentar legalmente los diversos acreedores.

Ya en sede de ejecución el art. 270 LRJS, intitulado insuficiencia de bienes en ejecuciones acumuladas, dispone que para el caso de estar acumuladas las ejecuciones seguidas contra un mismo deudor y ser insuficientes los bienes embargados para satisfacer la totalidad de los créditos laborales, se aplicarán soluciones de proporcionalidad, con respeto, en todo caso, a las preferencias de crédito establecidas en las leyes. Las reglas de reparto están

⁵ RÍOS SALMERÓN, Bartolomé, «Artículo 32. Garantías del salario», *op. cit.*, pp. 348 y 349.

reguladas por el art. 271 cuyo apartado 2.º, letra b), dispone que, si las cantidades obtenidas no son suficientes para cubrir la totalidad de los créditos y alguno de los acreedores alega preferencia, podrán presentar éstos o requerírseles por el letrado de la administración de justicia para que lo hagan, en el plazo que se les fije, una propuesta común de distribución. El apartado 3.º de dicho precepto establece que no presentándose o no coincidiendo las propuestas formuladas, el letrado de la administración de justicia, en el plazo de cinco días, dictará decreto estableciendo provisionalmente los criterios de distribución y concretando las cantidades correspondientes a cada acreedor conforme a aquéllos.

El art. 272 LRJS dispone que de la propuesta común o de la formulada por el letrado de la administración de justicia, se dará traslado en su caso, a los acreedores no proponentes, al ejecutado y al Fondo de Garantía Salarial, para que manifiesten su conformidad o disconformidad en el plazo de tres días. Si no se formulara oposición, el letrado de la administración de justicia deberá aprobar la propuesta común presentada o se entenderá definitiva la distribución por él practicada. De formularse aquélla, se convocará a todos los interesados a una comparecencia, dándose traslado de los escritos presentados.

La comparecencia para resolver la cuestión viene regulada por el art. 273 que establece que, de no lograrse acuerdo, el letrado de la administración de justicia citará a los interesados a una comparecencia ante el juez o tribunal, quien continuará el incidente, efectuándose las alegaciones y pruebas relativas, en su caso, a la existencia o subsistencia de las preferencias invocadas. Se resolverán, mediante auto, las cuestiones planteadas y se establecerá la forma de distribución.

La otra posibilidad de encauzar el conflicto respecto a la preferencia crediticia es la tercería de mejor derecho. Como dispone el art. 275 LRJS las tercerías fundadas en el derecho del tercero, sea o no acreedor laboral del ejecutado, a ser reintegrado de su crédito con preferencia al acreedor ejecutante, deberán deducirse ante el órgano judicial del orden social que esté conociendo de la ejecución, sustanciándose por el trámite incidental regulado en la LRJS. El precepto se refiere al incidente regulado por el art. 238 que establece que las cuestiones incidentales que se promuevan en ejecución se sustanciarán citando de comparecencia, en el plazo de cinco días, a las partes, que podrán alegar y probar cuanto a su derecho convenga, concluyendo por auto o, en su caso, por decreto que habrán de dictarse en el plazo de tres días.

2.5 La tercería de mejor derecho ante la jurisdicción civil

Para la efectividad de los créditos de los trabajadores en la ejecución singular que se siga ante los órganos jurisdiccionales del orden civil, éstos pueden articular una tercería de mejor derecho regulada en los arts. 614 y ss. LECiv. Éste es cauce procesal único a través del cual se puede hacer valer la preferencia de su crédito en el proceso de ejecución. Y su triunfo conlleva un sorprendente cambio en el desarrollo de la actividad ejecutiva. Significa que el acreedor que de forma diligente instó el despacho de la ejecución, que siguió e impulsó su curso y que pago las costas en la medida que fueron causándose, queda relegado, en cuanto al cobro de su crédito a un segundo lugar (tal vez a un tercero o cuarto); y probablemente en favor de otro acreedor del mismo deudor que no instó el despacho de la ejecución y que, quizá, ni se ocupa de impulsarla⁶.

El art. 614.1 LECiv dispone que quien afirme que le corresponde un derecho a que su crédito sea satisfecho con preferencia al del acreedor ejecutante podrá interponer demanda de tercería de mejor derecho, a la que habrá de acompañarse un principio de prueba del crédito que se afirma preferente. De conformidad con lo establecido por el art. 617.1, esta demanda se sustanciará por los cauces del procedimiento verbal.

El número segundo de dicho precepto, intitulado prohibición de segunda tercería, establece que no se admitirá la demanda de tercería de mejor derecho si no se acompaña el principio de prueba a que se refiere el párrafo anterior. Y, en ningún caso, se permitirá segunda tercería de mejor derecho, que se funde en títulos o derechos que poseyera el que la interponga al tiempo de formular la primera. La finalidad de esta norma es tanto impedir la práctica viciosa de reproducir la pretensión de un mejor derecho modificando los fundamentos fácticos o jurídicos de la demanda ya decidida sin éxito para el tercero como reprimir la mala fe del tercero que se reserva la alegación de ciertos hechos o títulos para sorprender a ejecutante y ejecutado con una segunda o ulterior tercería⁷.

La tercería está sujeta a unos límites de carácter temporal que vienen regulados por el art. 615 LECiv que en su número primero dispone que la tercería de mejor derecho procederá desde que se haya embargado el bien a que se refiera la preferencia, si ésta fuere especial o desde que se despachare

⁶ FÉRNANDEZ-BALLESTEROS, Miguel Ángel, *La ejecución forzosa y las medidas cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Iurgium, Fuenlabrada, 2001, p. 335.

⁷ BLÁZQUEZ MARTÍN, Raquel y SELLER DE ROCA DE TOGORES, Luis Bernardino, *Ley de Enjuiciamiento Civil*, Lefebvre, Colección Tribunal Supremo, Ed. 13.ª, Madrid, 2024, p. 1281.

ejecución, si fuere general. El número segundo del citado precepto establece que no se admitirá demanda de tercería de mejor derecho después de haberse entregado al ejecutante la suma obtenida mediante la ejecución forzosa o, en caso de adjudicación de los bienes embargados al ejecutante, después de que éste adquiera la titularidad de dichos bienes conforme a lo dispuesto en la legislación civil.

En cuanto a los efectos de la demanda de tercería de mejor derecho, el art. 616.1 establece que interpuesta tercería de mejor derecho, la ejecución forzosa continuará hasta realizar los bienes embargados, depositándose lo que se recaude en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones para reintegrar al ejecutante en las costas de la ejecución y hacer pago a los acreedores por el orden de preferencia que se determine al resolver la tercería.

El art. 617 LECiv regula el régimen jurídico relativo a las partes del procedimiento mediante el que se resuelve la tercería estableciendo en primer lugar que la tercería de mejor derecho se dirigirá siempre frente al acreedor ejecutante. El ejecutado podrá intervenir en el procedimiento de tercería con plenitud de derechos procesales y habrá de ser demandado cuando el crédito cuya preferencia alegue el tercerista no conste en un título ejecutivo. Aun cuando no fuere demandado, se notificará en todo caso al ejecutado la admisión a trámite de la demanda, a fin de que pueda realizar la intervención que a su derecho convenga. Cuestión distinta es la regulada por el art. 616.2 pues va referida a legitimación del tercerista no ya en el procedimiento por el que se resuelve su demanda de tercería sino en el seno de la ejecución. El criterio para determinar la legitimación del tercerista respecto de la ejecución en general es que, si el tercerista de mejor derecho dispusiese de título ejecutivo en que conste su crédito, podrá intervenir en la ejecución desde que sea admitida la demanda de tercería. Si no dispusiere de título ejecutivo, el tercerista no podrá intervenir hasta que, en su caso, se estime la demanda.

En el juicio verbal civil que es el cauce previsto para las tercerías de mejor derecho la contestación de la demanda es por escrito como dispone el art. 438 LECiv y no mediante oposición verbal en el acto de juicio como en la jurisdicción social. El art. 618 regula los efectos de la no contestación disponiendo que, si los demandados no contestaran la demanda de tercería de mejor derecho, se entenderá que admiten los hechos alegados en la demanda.

En cuanto a la posibilidad de allanamiento del ejecutante el art. 619.1 dispone que cuando el crédito del tercerista conste en título ejecutivo, si el ejecutante se allanase a la tercería de mejor derecho, se dictará, sin más trámites, auto ordenando seguir adelante la ejecución para satisfacer en primer término al tercerista. La situación es distinta si el crédito del tercerista no consta-

se en título ejecutivo, el ejecutado que estuviere personado en la tercería deberá expresar su conformidad o disconformidad con el allanamiento del ejecutante dentro de los cinco días siguientes a aquel en que se le hubiera dado traslado del escrito de allanamiento.

El art. 619.2 LECiv contiene las previsiones sobre el desistimiento del ejecutante que puede conducir a una crisis del procedimiento. El citado precepto establece que si, notificada la demanda de tercería, el ejecutante desistiese de la ejecución, siempre que el crédito del tercerista constase en título ejecutivo, el Letrado de la Administración de Justicia dictará decreto ordenando seguir adelante la ejecución para satisfacer en primer término al tercerista. De nuevo sobresale la importancia de la existencia de título ejecutivo en favor del tercerista ya que, si no fuera así, se dictará decreto de desistimiento del proceso de ejecución, y dará por finalizada ésta, salvo que el ejecutado se mostrare de acuerdo en que prosiga para satisfacer el crédito del tercerista.

A diferencia de la tercería de dominio, la tercería de mejor derecho finaliza mediante sentencia que una vez firme producirá eficacia de cosa juzgada⁸. Los efectos de la sentencia que resuelve la tercería de mejor derecho vienen regulados por el art. 620.1 que dispone que la sentencia que se dicte en la tercería de mejor derecho resolverá sobre la existencia del privilegio y el orden en que los créditos deben ser satisfechos en la ejecución en que aquella sentencia recaiga, pero sin prejuzgar otras acciones que a cada uno pudiera corresponder, especialmente las de enriquecimiento.

En cuanto a las costas, establece el citado art. 620.1 que, si la sentencia desestimara la tercería, condenará en todas las costas de ésta al tercerista. Cuando la estime, las impondrá al ejecutante que hubiera contestado a la demanda y, si el ejecutado hubiere intervenido, oponiéndose también a la tercería, las impondrá a éste, por mitad con el ejecutante, salvo cuando, por haberse allanado el ejecutante, la tercería se hubiera sustanciado sólo con el ejecutado, en cuyo caso las costas se impondrán a éste en su totalidad.

Respecto de los costes de la ejecución cabe recordar que hasta ahora es el ejecutante quien ha satisfecho todos los costes de la ejecución por lo que en caso de prevalecer el crédito del tercerista se puede producir una situación de enriquecimiento injusto que la ley pretende corregir. En caso de allanamiento del ejecutante, el art. 619.1 dispone que el Letrado de la Administración de Justicia no le hará entrega de cantidad alguna al tercero sin haber antes satisfe-

⁸ CORDÓN MORENO, Faustino, «Comentario al art. 620 LECiv», en CORDÓN MORENO, Faustino (coord.), ARMENTA DEU, Teresa (coord.), MUERZA ESPARZA, Julio (coord.) y TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel (coord.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. II, Aranzadi, Madrid, 2001, p. 361.

cho al ejecutante las tres quintas partes de las costas y gastos originados por las actuaciones llevadas a cabo a su instancia hasta la notificación de la demanda de tercería. Por su parte, el art. 620.2 establece que siempre que la sentencia estimase la tercería de mejor derecho, no se entregará al tercerista cantidad alguna procedente de la ejecución, mientras no se haya satisfecho al ejecutante las tres quintas partes de las costas causadas en ésta hasta el momento en que recaiga aquella sentencia.

2.6 La tercería de mejor derecho ante la jurisdicción penal

Como dispone el art. 109.1 CP, la ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados. El art. 112 LECrim establece que, ejercitada la acción penal, se entenderá utilizada también la civil, a no ser que el dañado o perjudicado la renunciase o la reservase expresamente para ejercitarla después de terminado el juicio criminal. No obstante, aun cuando se hubiera previamente renunciado a la acción civil, si las consecuencias del delito son más graves de las que se preveían en el momento de la renuncia, o si la renuncia pudo estar condicionada por la relación de la víctima con alguna de las personas responsables del delito, se podrá revocar la renuncia al ejercicio de la acción civil por resolución judicial, a solicitud de la persona dañada o perjudicada y oídas las partes, siempre y cuando se formule antes del trámite de calificación del delito. Es por todo ello que el art. 109.2 CP dispone el perjudicado podrá optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la jurisdicción civil.

Por tanto, la comisión de un delito conlleva, en caso de que haya producido daños, el nacimiento de un crédito titularidad de la víctima o perjudicado. El art. 989.2 LECrim establece que en todo lo que no estuviera regulado en el Código Penal o en otra norma penal, sustantiva o procesal, para la ejecución de la responsabilidad civil derivada del delito se aplicarán las disposiciones sobre ejecución de la LECiv.

De forma que en el caso de que el titular de un crédito salarial frente al condenado penalmente considere que su crédito es preferente al crédito de la víctima o perjudicado sobre la responsabilidad civil cuando no haya habido reserva de acciones, se podrá seguir ante el ejecutor de la jurisdicción penal el procedimiento de tercería de mejor derecho previsto en los arts. 614 y ss. LECiv. En caso de que la víctima o el perjudicado hayan hecho reserva de accio-

nes civiles esta tercería se planteará en el marco del procedimiento de ejecución singular seguido ante el orden civil.

2.7 La tercería de mejor derecho en los procedimientos administrativos de recaudación de recursos de Seguridad Social

Cuando el trabajador titular del crédito salarial conozca que la TGSS está siguiendo un procedimiento de recaudación puede hacer valer mediante tercería de mejor derecho su preferencia ante el órgano ejecutante. Esta actuación administrativa se considera que tiene valor de reclamación previa al ejercicio de acciones ante el orden civil que es el competente para dirimir las preferencias crediticias, aunque la materia sobre la que versan los créditos cuya preferencia entra en conflicto (salario y conceptos de Seguridad Social) pudiera sugerir que la competencia corresponde a lo social o a lo contencioso-administrativo.

El art. 39.1 LGSS, intitulado tercerías, dispone que corresponde a la TGSS la resolución de las tercerías que se susciten en el procedimiento de apremio. Su interposición ante dicho organismo será requisito previo para que puedan ejercitarse ante los tribunales de la jurisdicción ordinaria. El número segundo de dicho precepto establece que la tercería podrá fundarse en el derecho del tercerista a ser reintegrado de su crédito con preferencia al perseguido en el expediente de apremio.

El procedimiento para el ejercicio administrativo de la tercería viene regulado en Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social. El art. 48.4 RGRSS dispone que el acreedor del deudor apremiado por la TGSS que considere su derecho preferente al de ésta podrá hacer valer dicha preferencia mediante la tercería de mejor derecho.

Dicho procedimiento viene encabezado por el art. 132 RGRSS que establece que corresponde a la TGSS la resolución de las tercerías que se susciten en el procedimiento de apremio y su interposición ante ésta será requisito previo para que puedan ejercitarse ante los jueces y tribunales del orden civil. La tercería sólo podrá fundarse en el dominio de los bienes embargados al deudor o en el derecho del tercerista a ser reintegrado de su crédito con preferencia al perseguido en el expediente de apremio. En el presente capítulo interesa el segundo supuesto: la preferencia crediticia.

El art. 133.1 regula los requisitos de la solicitud de reclamación de tercería disponiendo que la reclamación previa en tercería se formulará por es-

crita ante la unidad de recaudación ejecutiva, acompañando inexcusablemente los documentos originales en que el tercerista funde su derecho, así como copia de estos, si desea que aquellos le sean devueltos previo cotejo. Si no uniese tales documentos al escrito de reclamación, la unidad de recaudación ejecutiva requerirá al tercerista para que en plazo de diez días proceda a su aportación, con la advertencia de que, en caso contrario, se le tendrá por desistido de la reclamación.

El número segundo del citado art. 133 recoge dos prohibiciones frente a la presentación de la tercería: a) que la tercería haya sido interpuesta después de que la unidad de recaudación ejecutiva haya recibido el precio de la venta o b) cuando se trate de segunda o ulterior tercería que se funde en títulos o derechos que poseyera el tercerista al tiempo de interponer la primera.

El procedimiento viene regulado por el art. 134 RGRSS. En primer lugar, el recaudador ejecutivo calificará provisionalmente, sin perjuicio de la resolución que en definitiva se dicte, la tercería presentada y, para asegurar la efectividad de ésta en caso de su estimación, proseguirá el procedimiento de apremio, pero solo hasta la realización de los bienes. El art. 134.2 establece que ultimados dichos trámites, la reclamación en tercería y los documentos que han de acompañarla se unirán al expediente de apremio y se remitirán a la Dirección Provincial de la TGSS. Si fuera de mejor derecho, se dará traslado de la reclamación previa al apremiado, al objeto de que pueda aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio, especialmente los relativos a la cuantificación y subsistencia del crédito del tercerista.

En cuanto a la resolución de la tercería, está tendrá lugar según dispone el art. 135 RGRSS previa la práctica de la prueba que pueda estimarse oportuna, por el Director Provincial de la TGSS en el plazo máximo de tres meses, a contar desde el día en que se promovió. Transcurrido dicho plazo sin que haya recaído resolución expresa, podrá entenderse desestimada a efectos de formular la correspondiente demanda ante los órganos jurisdiccionales del orden civil.

El art. 135.2 de la norma reglamentaria establece que, si se estimase la tercería de mejor derecho, se hará entrega al tercerista del importe en su caso obtenido de la enajenación, hasta la cantidad suficiente para cubrir el crédito preferente. Para que la suspensión del procedimiento de apremio continúe, dispone el apartado tercero del art. 135, transcurridos veinte días a contar desde la notificación de la resolución recaída o, en su caso, desde el día en que presuntamente se entienda desestimada la tercería, proseguirán los trámites del procedimiento de apremio que quedaron en suspenso, salvo que el tercerista justifique documentalmente la interposición de demanda judicial ante

los órganos jurisdiccionales del orden civil en relación con la tercería presentada ante la TGSS.

Finalmente, el art. 135.4 establece que cuando fuera preferente el derecho de la TGSS sobre los bienes embargados, se comunicarán al órgano judicial o administrativo que haya decretado el reembolso las resoluciones administrativas que pudieren afectar a los acreedores reembargantes.

2.8 La tercería de mejor derecho en los procedimientos administrativos de recaudación de los restantes recursos de naturaleza pública

La Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria menciona la tercería de mejor derecho en el art. 165.3 como uno de los supuestos de suspensión del apremio refiriéndose a que cuando un tercero considere que tiene derecho a ser reintegrado de su crédito con preferencia a la Hacienda Pública, formulará reclamación de tercería ante el órgano administrativo competente. El apartado quinto de dicho precepto establece que cuando se formule este tipo de tercería se proseguirá el procedimiento hasta la realización de los bienes y el producto obtenido se consignará en depósito a resultas de la resolución de la tercería.

El procedimiento de tercería de mejor derecho viene regulado por el Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación y se considera como un trámite previo al ejercicio de la acción judicial ante el orden civil.

En este sentido el art. 117 RGR dispone que la reclamación en vía administrativa será requisito previo para el ejercicio de la acción de tercería ante los juzgados y tribunales civiles. La tercería sólo podrá fundarse en el dominio sobre el bien o en el derecho del tercerista a ser reintegrado de su crédito con preferencia al que es objeto del expediente de apremio.

A diferencia del Reglamento de recaudación de los recursos de la Seguridad Social que atribuye la competencia resolutoria a un órgano específico, el jefe provincial, el art. 188 RGR establece que la competencia para la tramitación de la tercería, así como la competencia para su resolución, corresponderá a los órganos que se determinen en la norma de organización específica. La norma aplicable es la Resolución de 27 de mayo de 2023, de la Presidencia de la AEAT, sobre organización, funciones y atribución de competencias en el área de recaudación⁹.

⁹ BOE núm. 130, 1 de junio 2023. Texto consolidado con última modificación en 8 febrero 2024.

Dicha Resolución de 27 mayo 2023 establece que el Equipo Nacional de Embargos de dinero en cuentas abiertas en entidades de crédito y de créditos vinculados a terminales de puntos de venta tiene atribuida la competencia de resolver las tercerías que pudieran plantearse. La instrucción del procedimiento (admisión o inadmisión a trámite, archivo cuando estime que la competencia reside en otro órgano) viene atribuida a diversos órganos según criterios establecidos en dicha resolución: Dependencia regional de recaudación, Técnicos Jefes de Grupo regional de recaudación o Titulares de las Delegaciones Especiales de la AEAT.

El art. 119.5. RGR (que reproduce lo establecido por el art. 165.5 LGT) dispone que si la tercería fuera de mejor derecho, una vez admitida a trámite, se proseguirá el procedimiento de apremio hasta la realización de los bienes o derechos y se consignará el importe obtenido a resultas de la reclamación de tercería. No obstante, podrá suspenderse su ejecución si el tercerista consigna el importe de la cantidad a que se refiere art. 169.1 LGT o el valor del bien a que se refiere la tercería si este último fuese inferior. El citado art. 169 LGT establece que se procederá al embargo de los bienes y derechos del obligado tributario en cuantía suficiente para cubrir: a) el importe de la deuda no ingresada, b) los intereses que se hayan devengado o se devenguen hasta la fecha del ingreso en el Tesoro, c) los recargos del período ejecutivo y d) las costas del procedimiento de apremio.

El art. 120 RGR dispone que en el plazo de quince días desde la admisión a trámite de la tercería presentada el órgano competente para la tramitación remitirá la reclamación, junto con la documentación aportada y el expediente de apremio, al órgano competente para su resolución. También remitirá una propuesta de resolución debidamente motivada.

El órgano competente para resolver podrá ordenar que se complete el expediente con los antecedentes, informes, documentos y datos que resulten necesarios. Igualmente, deberá solicitar informe del correspondiente órgano con funciones de asesoramiento jurídico, que deberá emitirlo en el plazo de quince días. La solicitud de informe irá acompañada de todos los documentos del expediente de apremio que puedan tener trascendencia para la resolución de la tercería. La resolución deberá notificarse en el plazo en el plazo de seis meses. Transcurrido dicho plazo sin que se haya notificado la resolución, se podrá entender desestimada la reclamación a efectos de formular la correspondiente demanda judicial.

El art. 120.4 dispone que si transcurridos diez días, contados a partir del día siguiente al de la notificación a que se refiere el apartado anterior, no se justificara documentalmente, ante el órgano competente para tramitar la recla-

mación de tercería, la interposición de la demanda judicial, continuarán los trámites el procedimiento de apremio que quedaron en suspenso.

El art. 121.2 RGR regula los efectos de la estimación de la reclamación de tercería estableciendo que si la tercería fuera de mejor derecho, la estimación de la reclamación determinará la entrega al reclamante del producto obtenido en la ejecución, una vez deducidos los costes necesarios para su realización en el procedimiento administrativo de apremio.

La doctrina considera que, desde el punto de vista de los particulares, la mencionada reclamación conlleva indudables efectos positivos, dado que puede evitar los costes derivados de acudir a un proceso judicial si se reconocen los derechos de los terceristas en vía administrativa. Ya en lo que atañe a la obligatoriedad del citado trámite, nos encontramos ante un requisito del que depende el acceso a los tribunales, motivo por el cual el tercero que vea sus intereses afectados por un embargo practicado en un procedimiento tributario tendrá que interponer de forma inexcusable la referida reclamación antes de acudir al proceso judicial ¹⁰.

3. LOS PRIVILEGIOS DEL SALARIO EN EL CONCURSO DE ACREEDORES

3.1 **Mención al sistema de privilegios y preferencias crediticias en el concurso de acreedores: créditos concursales con privilegio general o especial y créditos contra la masa**

3.1.1 CRÉDITOS PREDEDUCIBLES Y CRÉDITOS PRIVILEGIADOS

Los créditos contra la masa no corresponden al pasivo del deudor. No son se corresponden con las deudas que han causado la declaración de concurso. Son los gastos del concurso.

Se puede afirmar que los créditos concursales tienen dos características en relación con el concurso de acreedores:

a) La primera es que son estos créditos los que han causado de forma conjunta la insolvencia que justifica la declaración del concurso.

¹⁰ MIGUEL ARAIAS, Sabina de, «La tercería de mejor derecho en el ámbito de la Hacienda Pública», *Crónica Tributaria*, 148, 2013, p. 152.

b) El principio más importante del concurso: el segundo rasgo es que la existencia del concurso de acreedores precisamente obedece a lograr una satisfacción ordenada de los créditos concursales. Esta distribución ordenada e igualitaria es el objeto del principio de la *par conditio creditorum*.

La *par conditio creditorum* es una idea completamente falsa pese a que se continúe enarbolando como virtud del concurso. No todos los créditos van a recibir el mismo trato. La LC incorpora una prelación de créditos. Esta prelación es unitaria a diferencia de la existente fuera de la situación del concurso.

La prelación de créditos es un sistema por el que determinados créditos tienen posiciones más ventajosas que otros. Esta desigualdad entre los acreedores conlleva una ventaja que rompe el principio de *par conditio creditorum*.

Esta situación ventajosa de algunos créditos se denomina privilegio crediticio. La norma, siguiendo la clasificación tradicional, alberga dos tipos de privilegios: general y singular.

La consideración de privilegio general conlleva una prioridad, por motivos de política legislativa, en el cobro frente a los créditos ordinarios. Esta situación privilegiada no se limita a un determinado crédito. La LC considera merecedores del privilegio diversas categorías de créditos.

Al ser un sistema que funciona de modo unitario su régimen, en cuanto a tratamiento diferenciado, supone que unos créditos son considerados por la LC más merecedores que otros. Lo que trae como consecuencia un orden o escala. Es oportuno reseñar que en cada uno de los escalones incluye en algún caso distintos tipos de créditos.

Es decir, el patrimonio o masa activa del concursado se va a aplicar al pago de las deudas (a continuación, se verá que esto no es realmente lo que sucede).

Partiendo de este engañoso principio tienen prioridad sobre el conjunto del patrimonio los créditos con privilegio general. Escalón por escalón. Cuando se hayan satisfecho todos los créditos privilegiados con carácter general se satisfarán los créditos ordinarios, esta vez de forma igualitaria o proporcional.

El hecho de que unos cobren con preferencia a otros no es una cuestión baladí: es imposible la satisfacción del importe completo de la todos los créditos. Muchos no cobrarán nada. Si eso no fuera así no sería necesaria la declaración de concurso.

El segundo tipo de privilegio crediticio son los créditos con privilegio especial. Son los que afectan a un bien concreto de la masa activa. El supuesto más representativo de este privilegio es un derecho real que se constituyó como garantía: por ejemplo, la hipoteca.

En este orden de cosas los créditos contra la masa no gozan de privilegio, sino que su cuantía es prededucible. La condición de prededucible es un mero mecanismo procedimental y no atañe al carácter del crédito.

La doctrina nos advierte de las dificultades que se suscitan enfocando la cuestión de los privilegios hacia la vertiente del sujeto pasivo. Entonces plantea que ocurre cuando los codeudores que han garantizado mediante derecho real son ambos declarados en concurso de acreedores o la cuestión del privilegio general en los concursos de los socios con responsabilidad ilimitada ¹¹.

3.1.2 ESQUEMA PRÁCTICO: EL CARÁCTER ASIMILADO A LOS CRÉDITOS CONTRA LA MASA DE LOS CRÉDITOS CON PRIVILEGIO ESPECIAL (SALVO INSUFICIENCIA DE BIENES PARA PAGAR LOS CRÉDITOS CONTRA LA MASA)

El sistema que realmente establece la LC corrompe todo porque los motivos de política legislativa que determinaron dotar de preferencia a distintas clases de acreedores no tienen eficacia.

El art. 429 LC, intitulado deducción para pagos de créditos contra la masa, se ciñe al orden aparente:

«Antes de proceder al pago de los créditos concursales, la administración concursal deducirá de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra esta».

Aparentemente todos los acreedores estarán sufragando los gastos del concurso en forma de créditos contra la masa. Sin embargo, los créditos con privilegio especial están equiparados o incluso se encuentran en una posición preferente respecto a los créditos contra la masa. Esto se desprende con claridad meridiana de la propia LC.

El art. 432.1 LC, intitulado pago de créditos con privilegio general, de forma expresa incluye los créditos con privilegio especial entre las operaciones de prededucibilidad:

«Deducidos de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra la masa y con cargo a los bienes no afectos a privilegio especial o al remanente que de ellos quedase una vez pagados estos créditos, se atenderá al pago de aquellos que gozan de privilegio general».

¹¹ GARRIDO GARCÍA, José María, *Tratado de las preferencias del crédito*, Civitas, 2000, pp. 126-127.

Cabe destacar que este mecanismo de prededucibilidad no se admite como regla para el pago de los créditos ordinarios ya que el art. 433 LC exige que estén «satisfechos» los créditos contra la masa y los privilegiados.

La asimilación del crédito con privilegio especial al crédito contra la masa se pone de manifiesto en la excepción que el art. 434 establece a la regla general enunciada que dispone que:

«En casos excepcionales, el juez, a solicitud de la administración concursal, podrá motivadamente autorizar la realización de pagos de créditos ordinarios con antelación cuando estime suficientemente cubierto el pago de los créditos contra la masa y de los créditos privilegiados».

La preferencia superior de los créditos con privilegio especial sobre los créditos contra la masa queda resaltada por el art. 244 que regula el pago de los créditos contra la masa. Solo contiene una previsión: el pago de créditos contra la masa se hará con cargo a los bienes y derechos no afectos al pago de créditos con privilegio especial.

Entender que la categoría de «prededucibilidad» no es un privilegio sino una operación del concurso proporciona una apariencia de actividad ordenada.

3.2 Los privilegios de los créditos concursales salariales y los créditos salariales contra la masa activa del concurso

En este apartado se analizan las concretas previsiones clasificatorias de los créditos salariales dentro del sistema del concurso de acreedores. El orden de exposición se corresponde con el orden con el que se irán pagando dichos créditos según se expuso en el apartado anterior. Cuando aquí se hace referencia al «orden de pago» no quiere decir orden temporal sino seguridad en el cobro.

El art. 269 LC, intitolado clases de créditos, establece que los créditos concursales se clasificarán, a efectos del concurso, en privilegiados, ordinarios y subordinados. Los créditos privilegiados se clasificarán, a su vez, en créditos con privilegio especial, si afectan a determinados bienes o derechos de la masa activa, y créditos con privilegio general, si afectan a la totalidad de esa masa. En el concurso no se admitirá ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en la ley.

Entre los créditos con privilegio especial, el art. 270.3.º reconoce los créditos refaccionarios, sobre los bienes refaccionados, incluidos los de los trabajadores sobre los objetos por ellos elaborados mientras sean propiedad o estén

en posesión del concursado. El crédito refaccionario es el que tiene su origen en el dinero o esfuerzo invertido en fabricar o reparar una cosa, lo que justifica el reconocimiento de un privilegio especial sobre esa cosa para su cobro. Este privilegio nunca alcanzará a bienes entregados al concursado para su reparación o a bienes que ya han sido vendidos a terceros, pero continúen en posesión del concursado ¹².

El art. 242.1 LC que recoge los supuestos de créditos contra la masa cuenta con dos supuestos que afectan a los créditos salariales. En primer lugar, el núm. 2.º incluye como tales a los créditos por salarios correspondientes a los últimos treinta días de trabajo efectivo realizado antes de la declaración de concurso en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional. La naturaleza jurídica de este crédito no se corresponde con la de los créditos contra la masa que son créditos devengados tras la declaración de concurso para hacer frente a los gastos que supone, este crédito tiene naturaleza concursal, pero se ha incluido en entre los créditos contra la masa para asegurar a los trabajadores el máximo de protección frente a la insolvencia del empresario, sin embargo, esta preferencia no afecta a los créditos con privilegio especial. En cuanto al límite temporal de los últimos treinta días debe descartarse que deba computarse desde la fecha de declaración del concurso, sino que se trata de los salarios correspondientes a los últimos treinta días de trabajo efectivo ¹³.

Resulta de especial interés el numeral 11.º del art. 242.1 LC que reconoce entre los créditos contra la masa los créditos generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del concursado tras la declaración del concurso hasta la aprobación judicial del convenio o, en otro caso, hasta la conclusión del concurso. Señala de forma expresa el precepto que quedan comprendidos en este número los créditos laborales devengados después de la declaración de concurso, hasta que el juez acuerde el cese de la actividad profesional o empresarial, o declare la conclusión del concurso.

Finalmente, entre los créditos con privilegio general reconocidos por el art. 280 LC figura en primer lugar los créditos anteriores a la declaración de concurso por salarios que no tengan la consideración de créditos contra la masa ni reconocido privilegio especial, en la cuantía que resulte de multiplicar

¹² ARIAS VARONA, Javier, «Artículo 270. Créditos con privilegio especial», en AA. VV., PULGAR EZQUERRA, Juana (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, La Ley, tomo I, 3.ª Edición, Las Rozas, 2023, p. 1459.

¹³ ARIAS VARONA, Javier, «Artículo 270. Créditos con privilegio especial», en AA. VV., PULGAR EZQUERRA, Juana (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, La Ley, tomo I, 3.ª Edición, Las Rozas, 2023, pp. 1372 y 1371.

el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago. Para el cálculo del SMI deben tomarse consideración incluyendo las dos pagas extraordinarias cuyo importe es el fijado para cada mensualidad. El límite no es el «salario día» ni el «salario mes», sino el «salario en cómputo anual»¹⁴.

3.3 Reconocimiento de los créditos concursales y contra la masa

Para proceder al reconocimiento del crédito concursal y su carácter privilegiado debe comunicarse conforme al art. 255 LC que dispone que, dentro del plazo señalado en el auto de declaración de concurso, los acreedores del concursado anteriores a la fecha de esa declaración comunicarán a la administración concursal la existencia de sus créditos. Precisamente el art. 256.1 establece como contenido de la comunicación, entre otros aspectos, las características y clasificación del crédito que se pretenda y, si se invocare un privilegio especial, se indicarán, además, los bienes o derechos de la masa activa a que afecte y, en su caso, los datos registrales.

Recibida la comunicación, el art. 259 establece que la administración concursal determinará la inclusión o exclusión de los créditos en la lista de acreedores. La inclusión o la exclusión se adoptará respecto de cada uno de los créditos, tanto de los que se hayan comunicado expresamente como de los que resultaren de los libros y documentos del deudor o por cualquier otra razón constaren en el concurso.

En cambio, el fundamento legal del reconocimiento por los administradores concursales de los créditos contra la masa es distinto pues reside en el art. 246 LC que se limita a disponer tal atribución competencial a la administración concursal.

Es tarea de la administración concursal elaborar la lista de acreedores que según dispone el art. 285 comprenderá una relación de los incluidos y otra de los excluidos, ambas ordenadas alfabéticamente.

El contenido de la lista de acreedores viene regulado por el art. 286 LC que establece como tal la relación de los acreedores incluidos expresará la identidad de cada uno de ellos; la causa, la cuantía por principal y por intereses, y las fechas de origen y vencimiento de los créditos reconocidos de que fueren titulares; las garantías personales o reales prestadas o constituidas, con

¹⁴ AREOSO CASAL, Alfredo, *Tratado práctico de Derecho Concursal*, Colex, tomo II, A Coruña, 2023, p. 169.

indicación del valor atribuido en el inventario, conforme a lo establecido en la LC, al bien o derecho sobre el que se hubiera constituido la garantía, y la calificación jurídica de cada uno de los créditos de que el acreedor fuera titular.

Entre los documentos anejos al informe, el art. 293 LC dispone que se acompañarán la lista de acreedores, junto con la relación de créditos contra la masa ya devengados y pendientes de pago, con expresión de los vencimientos respectivos.

3.4 **Garantía jurisdiccional de los créditos concursales y contra la masa**

La garantía jurisdiccional de los créditos concursales reside en el art. 297 LC que establece que dentro del plazo de diez días las partes personadas en el concurso de acreedores podrán impugnar el inventario y la lista de acreedores. El plazo para impugnar el inventario y la lista de acreedores se contará desde la inserción de esos documentos en el Registro público concursal. El art. 298 regula el contenido de la reclamación estableciendo que la impugnación de la lista de acreedores podrá referirse a la inclusión o a la exclusión de créditos concursales, así como a la cuantía o a la clasificación de los reconocidos. A su vez, el art. 300.1 dispone que las impugnaciones se sustanciarán por los trámites del incidente concursal.

Como se ha señalado en el apartado anterior, entre los documentos anejos al informe, el art. 293 LC menciona una lista de acreedores (concurales), junto con la relación de créditos contra la masa ya devengados y pendientes de pago, con expresión de los vencimientos respectivos. El hecho de que este listado incluya tanto los créditos concursales como los créditos contra la masa ha provocado que algunos acreedores que no vieron reconocidos sus créditos contra la masa los reclamen juntamente con los concursales. Sin embargo, la garantía jurisdiccional posee un cauce distinto establecido en el art. 247, intitulado juicios declarativos relativos a créditos contra la masa, que dispone que las acciones relativas al reconocimiento o a la falta de reconocimiento por parte de la administración concursal de los créditos contra la masa, cualquiera que sea el momento en que se hubieran generado, y las de reclamación del pago de estos créditos se ejercitarán ante el juez del concurso por los trámites del incidente concursal.

Cabe traer a colación un supuesto en el que el acreedor impugnó ambos listados (concural y contra la masa) por los mismos trámites, el juez concursal declaró que en lo que atañe a la petición de reconocimiento de créditos contra la masa, tales créditos, por su carácter extraconcursal, implica que no se apli-

quen a los mismos las normas sobre comunicación y reconocimiento de créditos ni tampoco estén sujetos al régimen de impugnación propio de los créditos concursales; en consecuencia, los titulares de estos créditos no deben, ni tienen que realizar una comunicación de sus créditos y tampoco son de aplicación a estos créditos las reglas de la LC sobre reconocimiento, el cual ha de producirse al margen del procedimiento concursal, conforme a las normas generales. La relación de créditos contra la masa tiene en la lista de acreedores tiene un carácter puramente informativo, carece de efectos e irá actualizándose paulatinamente; por lo tanto, su función es muy diferente de la lista de acreedores y no es susceptible de impugnación como ésta. Sin embargo, la existencia de este listado de créditos contra la masa, paralelo al de los créditos concursales ha inducido a los interesados a impugnar indebidamente ambos listados por los mismos trámites, lo cual, en cierto sentido ha sido también provocado por la administración concursal que, con frecuencia y en contra de lo que dice la LC (que exige listados separados) ha elaborado un único listado en el que incluye créditos concursales y contra la masa, como si estos fueran una clase de aquellos. Se trata, claro está, de una práctica errónea¹⁵. Sin embargo, otros tribunales han seguido por razones de economía procesal una interpretación amplia y ha permitido junto al cuestionamiento de los créditos concursales, reclamaciones respecto de los créditos contra la masa¹⁶.

4. LOS PRIVILEGIOS DEL CRÉDITO SALARIAL VIGENTE EL CONVENIO CONCURSAL

4.1 El ansiado retorno a la ejecución separada: art. 394 LC

La desaparición del privilegio procesal de ejecución separada del que disfrutaban los trabajadores en la quiebra ha conllevado desde un punto de vista emotivo para los laboristas una sensación de pérdida¹⁷.

Por eso el tenor literal del art. 394 LC ha suscitado fuertes anhelos entre los laboristas. El precepto establece que desde la eficacia del convenio cesarán todos los efectos de la declaración de concurso, esta frase continúa con la previsión de que [los efectos de la declaración de concurso] quedarán sustituidos por los que, en su caso, se establezcan en el propio convenio.

¹⁵ SJM núm. 1 Donostia 107/2012, de 7 febrero (proc. 1056/2011).

¹⁶ SJM núm. 2 Murcia 178/2016, de 20 julio (rec. 560/2013).

¹⁷ RÍOS SALMERÓN, Bartolomé, «El anteproyecto de Ley Concursal y los trabajadores: ¿Requiem por el art. 32 de su Estatuto», *Revista de Derecho Social*, 14, 2001, pp. 57-76.

Un sector de la doctrina se expresa con entusiasmo y contundencia acerca de la relación entre el convenio concursal y los trabajadores: «Vayamos a las situaciones reales que se van a plantear. La existencia del art. 32 ET regulador de las garantías del salario, hace que una gran parte de los créditos laborales tengan la calificación de privilegiados. De ahí que el trabajador o el FOGASA, dado su condición de acreedores privilegiados, no van a suscribir el convenio. Ello supone que el trabajador, una vez firmado el convenio concursal, recupera la facultad de ejercitar la acción ejecutiva separada frente al deudor, conforme disponen los arts. 396 y 397 LC. Por lo que los trabajadores, desde el instante de la aprobación judicial del convenio, podrán iniciar la ejecución ordinaria o continuar con la que ya hubieran iniciado antes de la declaración del concurso. Apostillando lo dicho, advertir, que las ejecuciones ordinarias instadas por el trabajador de manera separada a los designios del convenio no serán acumuladas al mismo. Dicha ejecución (ordinaria a instancia del trabajador y separada del concurso), es tramitada ante la jurisdicción social, aplicándose lógicamente la normativa contenida en el Libro IV LRJS, de la ejecución de sentencias»¹⁸.

Estas ideas que plantea la doctrina suscitan varias cuestiones o interrogantes. La primera es si cabe hablar de derecho de ejecución separada por el juez social vigente el convenio ya que el sistema de pagos de los créditos concursales del concurso ha cesado. Es decir, ejecución separada ¿pero separada de qué? En segundo lugar, se presume que los trabajadores no tienen interés en adherirse a un convenio concursal, porque tienen a su alcance el privilegio de ejecución separada. De ahí la importancia de la conclusión que esta doctrina extrae: iniciada la eficacia del convenio es de aplicación el sistema de prelación de créditos extraconcursal, es decir, el art. 32 ET.

Pero se puede también entender que el cese de los efectos del concurso en virtud del art. 394 no conduce a la ejecución separada ya que no hay concurso del que separar esa ejecución.

Existe un interés del empresario social y de los acreedores concursales de alcanzar un convenio. El convenio concursal regulado en los arts. 315 y ss. LC supone un esfuerzo colectivo del deudor y los acreedores concursales. En cuanto a los acreedores, su interés consiste en el convenio concursal radica en una mayor satisfacción de la supondría acudir a la liquidación.

Los trabajadores también pueden tener interés en participar en un convenio concursal. Se trataría en concreto de trabajadores en activo. Se puede con-

¹⁸ El texto transcrito en el párrafo anterior procede de un artículo doctrinal del eminente SICRE GILABERT, Fernando, que aparece en diciembre de 2020 –y se puede consultar– en el Blog del Colegio Oficial de Graduados Sociales de Cádiz, que recogí en 2022 y ahora no he podido recuperar, pero me ha parecido importante incluirlo por su relevancia.

siderar que el interés principal de los trabajadores cuyo contrato de trabajo no se haya extinguido en la conservación de la empresa es seguir empleados y de alta en Seguridad Social, tener una fuente de ingresos y lograr la satisfacción, aunque sea parcial, de sus créditos concursales.

La SAP Las Palmas 11 marzo 2009 (rec. 184/2008) nos muestra que la presuposición de acerca del desinterés de los trabajadores en vincularse al convenio no tiene por qué ser una regla absoluta ni tan siquiera dominante. Los trabajadores tienen un interés material en la existencia de un convenio y en su mantenimiento cuando implica la continuación de la actividad empresarial. En el supuesto debatido en la citada sentencia se resuelve el recurso interpuesto por la Unión Deportiva Las Palmas sobre el incumplimiento del convenio por falta de pago a los acreedores. Los acreedores son dos futbolistas que reclaman, vigente el convenio concursal, salarios ante el juzgado de lo social. La SAP Las Palmas 11 marzo de 2009 reviste un gran interés sobre varios aspectos del régimen de incumplimiento del convenio (pertinencia de valorar la gravedad, legitimación para instar la declaración de incumplimiento, etc.).

El dato de interés que la citada SAP Las Palmas recoge entre los fundamentos jurídicos, con valor de hecho probado, es la reiterada insistencia de los trabajadores en que su reclamación no tuviese como consecuencia la declaración de incumplimiento del convenio. Su interés se ubica en que el convenio concursal supone la continuidad de la actividad empresarial. El art. 403.3 LC dispone que, en caso de ser estimada la declaración de incumplimiento del convenio, el juez lo declarará resuelto y abrirá la liquidación de la masa activa. Lo que conllevará el cese de la actividad y el despido. Por tanto, un trabajador cuyo contrato no se haya extinguido tienen mucho interés en el convenio para conservar su puesto de trabajo. Esta SAP Las Palmas es muy importante porque deja traslucir el conflicto entre trabajadores favorables a la existencia de un convenio y, si para ello es preciso, dispuestos a vincularse a dicho convenio y trabajadores cuyo interés dependerá de las condiciones.

4.2 Masa activa o patrimonio excluido de apremio fuera del convenio

Que los titulares de créditos privilegiados no queden afectados por el convenio en mi opinión no equivale ni a la posibilidad de extender la ejecución social frente a todos los bienes y derechos de la masa activa, ni tampoco a la supresión del sistema de privilegios del concurso.

4.2.1 EXCLUSIÓN DE LOS BIENES Y DERECHOS AFECTOS AL PAGO DE CRÉDITOS CONTRA LA MASA Y DE CRÉDITOS CON PRIVILEGIO ESPECIAL

De la misma forma que los acreedores adheridos al convenio, el trabajador que ejecuta ante el JS tiene que respetar las previsiones para hacer pago de los créditos contra la masa. En este sentido también quedan fuera del alcance de la ejecución social los bienes correspondientes a los créditos con garantía real.

Supuestamente los créditos contra la masa estarán ya satisfechos, pero en muchas ocasiones cuando se alcanza la fase de convenio no es así. Consecuencia de la asimilación de los créditos con privilegio especial a los créditos contra la masa el art. 430.2 LC dispone que, en tanto se encuentren paralizadas las ejecuciones de garantías reales y el ejercicio de acciones de recuperación asimiladas o subsista la suspensión de las ejecuciones iniciadas antes de la declaración de concurso, la administración concursal podrá comunicar a los titulares de estos créditos con privilegio especial que opta por atender su pago con cargo a la masa y sin realización de los bienes y derechos afectos.

4.2.2 EXCLUSIÓN DE LOS BIENES O DERECHOS AFECTOS AL PAGO DE LOS CRÉDITOS DE TERCEROS O ACREEDORES SEGÚN EL PLAN DE VIABILIDAD

El art. 332.1 LC que regula el plan de viabilidad establece que, cuando para el cumplimiento del convenio se prevea contar con los recursos que genere la continuación, total o parcial, del ejercicio de la actividad profesional o empresarial, es necesario que dicho plan especifique los recursos necesarios, los medios y condiciones de su obtención y, en su caso, los compromisos de su prestación por terceros.

El art. 332.2 LC con la finalidad de blindar esa masa activa dispone que «Los créditos comprometidos por acreedores o terceros que se concedan al concursado para financiar la continuidad de la actividad se satisfarán en los términos fijados en el propio convenio». El precepto contempla la situación de forma subjetiva, no obstante, la garantía del precepto no tendría la eficacia pretendida si no supone una exclusión objetiva de bienes y derechos frente al apremio externo. El precepto no limita estos bienes y derechos a los que se generen fruto de la actividad, bien puede tratarse de bienes o derechos que ya constan en el inventario.

4.2.3 EXCLUSIÓN DEL PAGO DEL PRECIO DE BIENES ADQUIRIDOS POR TERCERO SEGÚN CONVENIO DE ASUNCIÓN

En el caso de convenio de asunción previsto en el art. 324 LC que establece que la propuesta de convenio podrá consistir en la adquisición por una persona natural o jurídica, determinada en la propia propuesta, bien del conjunto de bienes y derechos de la masa activa afectos a la actividad profesional o empresarial del concursado, bien de determinadas unidades productivas, con asunción por el adquirente del compromiso de continuidad de esa actividad durante el tiempo mínimo que se establezca en la propuesta, y de la obligación de pago, total o parcial, de todos o de algunos de los créditos concursales.

La consecuencia derivada del art. 324.1 es que las rentas fruto de las enajenaciones previstas en la propuesta de convenio serán destinadas al pago de créditos concursales en la forma dispuesta en la propia propuesta.

Esto las excluye del apremio externo. Que el tercero continúe la actividad mediante bienes adquiridos de la masa activa no impide que el convenio disponga la continuación de la actividad con los bienes restantes.

4.2.4 LOS BIENES O DERECHO NO RECOGIDOS EN LAS CATEGORÍAS ANTERIORES: EL PLAN DE PAGOS

Como se ha expuesto anteriormente hay cinco categorías de bienes excluidas del apremio externo al convenio: 1/ los bienes o derechos afectos al pago de los créditos con privilegio especial que se adhieran al convenio; 2/ los bienes o derechos que han sido prededucidos para el pago de los créditos contra la masa; 3/ los bienes o derechos para satisfacer a terceros o acreedores según el plan de viabilidad; 4/ los bienes necesarios para la continuación de la actividad; 5/ los pagos del tercero en régimen de convenio de asunción.

Por tanto, los trabajadores supuestamente pueden dirigir la ejecución social frente al resto de bienes y derechos existentes o embargar frutos y rentas. Cabe preguntarse si esto es realmente así.

El art. 331.1 dispone que las propuestas de convenio deberán presentarse acompañadas de un plan de pagos. El número segundo de dicho precepto establece que en el plan de pagos se determinarán, además, los recursos previstos para su cumplimiento, incluidos, en su caso, los procedentes de la enajenación de determinados bienes o derechos de la masa activa.

Si se interpreta el 331.2 LC de forma restrictiva respecto a estos recursos del apremio externo no quedaría nada en la masa activa. Pero como se expone a continuación, aunque puedan estar excluidos del apremio, están afectos al pago de los créditos no vinculados al convenio.

Lo mismo ocurre con la masa activa generada por un convenio con propuesta de asunción. Los pagos que realice un tercero por la adquisición de los bienes que mantendrá activos en sentido empresarial van destinados al pago de los créditos concursales. No se hace distinción entre vinculados al convenio o no.

4.2.5 DESEMBOLSOS CONFORME AL PLAN DE PAGOS Y FRUTO DEL CONVENIO DE ASUNCIÓN

Los pagos a acreedores privilegiados de forma general y acreedores ordinarios se realizarán conforme a las preferencias establecidas por el sistema de prelación concursal.

Esto se desprende del art. 318 LC, intitulado Prohibiciones, que en su número primero establece dos limitaciones («1. En ningún caso la propuesta de convenio podrá suponer»):

- 1.º La alteración de la cuantía de los créditos establecida por esta ley, sin perjuicio de los efectos de la quita o quitas que pudiera contener.
- 2.º La alteración de la clasificación de los créditos establecida por esta ley.

Teniendo en cuenta que el Plan de pagos establece como se pagarán los créditos concursales, dicho Plan para cumplir con el citado art. 318 tiene que mantener la prelación de créditos concursal.

Recordemos que los créditos con privilegio especial y los créditos contra la masa ya tienen afecto un patrimonio diferente del regulado por el plan de pagos.

Por ello, el Plan de pagos comenzará con el pago de los créditos con privilegio general del art. 280 LC siguiendo su orden. Tras haber satisfecho estos créditos se abonarán los créditos ordinarios a prorrata.

Todos los créditos ordinarios y subordinados están vinculados al convenio pues el art. 396 LC dispone que el contenido del convenio vinculará al deudor y a los acreedores ordinarios y subordinados, respecto de los créditos de cualquiera de estas clases que fuesen anteriores a la declaración de concurso, aunque no se hubieran adherido a la propuesta de convenio o votado a favor

de ella, o, aunque, por cualquier causa, no hubiesen sido reconocidos. El número segundo de dicho precepto añade que los acreedores subordinados quedarán afectados por las mismas quitas y esperas establecidas en el convenio para los ordinarios, pero los plazos de espera se computarán a partir del íntegro cumplimiento del convenio respecto de estos últimos. Quedan a salvo los efectos que pueda producir el ejercicio de la facultad de elección por los acreedores subordinados.

El art. 397 LC establece la vinculación de los créditos privilegiados si se reúnen las mayorías previstas «dentro de la misma clase». El término «clase» se refiere a cada uno de los escalones previstos en el art. 280 para los generales y art. 270 especiales.

Los créditos laborales están privilegiados de forma general y ocupan el primer escalón del art. 280 LC. Aunque recoja supuestos distintos se consideran de la misma clase:

- a) Los créditos por salarios que no tengan reconocido privilegio especial, en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago;
- b) las indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos, en la cuantía correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base que no supere el triple del salario mínimo interprofesional;
- c) las indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional, devengados con anterioridad a la declaración de concurso;
- d) los capitales coste de seguridad social de los que sea legalmente responsable el concursado, y
- e) los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral devengadas con anterioridad a la declaración de concurso.

Al constituir una «clase» unitaria (ya que no se tienen en cuenta los créditos laborales contra la masa), bien estarán todos vinculados o bien ninguno. Por lo tanto, no nos vamos a encontrar con un trabajador que se haya sometido a quita y otro no. Esto simplifica las cosas. Sin embargo, esto no es totalmente exacto, ya que es posible la adhesión singular sin arrastre.

Los primeros desembolsos en términos de preferencia y también desde un aspecto temporal siempre van a ser para los trabajadores por los conceptos del art. 280.1.º

4.2.6 EJECUCIÓN SEPARADA (NO ES PROPIAMENTE «SEPARADA» PUES LA EJECUCIÓN UNIVERSAL CESA DURANTE LA EFICACIA DEL CONVENIO)

Observación previa. En el marco de la LC2003 se planteaba la duda del alcance de la ejecución separada declarado el concurso de acreedores. De un lado se contemplaba que las cantidades obtenidas fruto de esa actividad ejecutiva del juzgado social se imputasen a satisfacer los créditos que se ejecutan separadamente. Esta solución se ha venido denominando ejecución con efectos materiales. La otra posibilidad recibió el calificativo de ejecución con efectos formales. En ésta el resultado del apremio no se imputa al acreedor social, sino que se integra en la masa activa del concurso de acreedores explicándose que la utilidad de este proceso ejecutivo para los trabajadores radicaba en agilizar el cobro de sus créditos dentro del concurso según las reglas de pago establecidas por la LC2003.

En la LC la cuestión está resuelta por el art. 144.2 que prima la idea de ejecución formal: el dinero obtenido con la ejecución se destinará al pago del crédito que hubiera dado lugar a la misma y el sobrante se integrará en la masa activa. No obstante, si en tercería de mejor derecho ejercitada por la administración concursal se determinase la existencia de créditos concursales con preferencia de cobro, el importe de lo obtenido al que alcance esa preferencia se pondrá a disposición del concurso.

En cuanto al régimen preferencial aplicable a estas ejecuciones sociales durante la eficacia del convenio concursal cabe traer a colación la doctrina de la AP Valladolid que entiende que «con el propósito de evitar que el concurso se consuma con el pago de algunos créditos, conjugando el interés general que existe en la satisfacción de los mismos con los de la masa pasiva en su conjunto, a la vez que se fomentan soluciones de convenio apoyadas por los trabajadores y la Administración en la parte en que sus créditos no gozan de privilegio. Es más, si atendemos a la regulación que en su conjunto efectúa la LC se comprueba que la tutela concedida respecto de estos créditos salariales a los que se refiere el art. 84.2-1¹⁹ no es tan intensa como en principio pudiera parecer, sino de inferior entidad a la que gozan en el ámbito extraconcursal. En efecto, las deducciones para atender al pago de los créditos contra la masa se harán con cargo a los bienes y derechos no afectos al pago de créditos con privilegio especial, por lo que en definitiva estos últimos prevalecen frente a aquellos. No sucede así fuera del concurso, pues conforme a lo dispuesto en el art. 32.1 ET gozan de preferencia

¹⁹ Actual art. 242 LC.

sobre cualquier otro crédito, aunque este se encuentre garantizado con prenda o hipoteca. Ese espíritu restrictivo que informa la regulación legal en la materia se compadece mal con interpretaciones extensivas de los privilegios reconocidos»²⁰.

4.2.7 LOS CRÉDITOS GENERADOS DURANTE LA VIGENCIA DEL CONVENIO

Los créditos devengados vigente el convenio han planteado la duda de si por ser posteriores a la inicial declaración del concurso merecen la calificación de créditos contra la masa como han interesado en reiteradas ocasiones los titulares de los mismos.

Para la actualización de la masa activa y pasiva se requiere en caso de reapertura del concurso por incumplimiento del convenio que se actualice el inventario incluyendo, entre otros, los créditos generados desde la aprobación de dicho convenio. Surge la cuestión de la calificación de tales créditos como contra la masa, concursales o, incluso, un *tertium genus* de créditos asimilables a los anteriores.

La jurisprudencia ya superada había establecido que los créditos generados durante la fase de ejecución y cumplimiento del convenio no adquieren la condición de créditos contra la masa en caso de reapertura del concurso por incumplimiento del convenio (Autos AP Valencia 26 febrero 2009 (rec. 20/2009) y Juzgado Mercantil núm. 7 Madrid de 24 abril 2009 (concurso 182/2006))²¹.

Tras la reforma por Ley 38/2011, son créditos contra la masa, como declara el Tribunal Supremo «De acuerdo con lo anterior, procede la desestimación del recurso de casación. Aunque conviene advertir que esta solución hubiera sido distinta de haber resultado de aplicación el actual art. 84.2.5.º LC²², con la redacción aportada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, que suprime el límite temporal de la aprobación del convenio, de tal forma que «hasta que el juez acuerde el cese de la actividad profesional o empresarial, o declare la conclusión del concurso», los créditos surgidos por la actividad del deudor serán contra la masa, también los generados en fase de convenio»²³.

²⁰ SAP Valladolid (Sección 3) 14 junio 2007 (rec. 128/2007).

²¹ Ambos recogidos en BELTRÁN, Emilio; SÁNCHEZ PAREDES, María Luisa, y LÓPEZ, Antonio, *Cinco años de aplicación de la Ley Concursal*, Civitas Thomson Reuters, 2009, pp. 1359 y ss.

²² Actual art. 242 LC.

²³ STS 720/2012 (Rec. 1041/2010).

En este sentido son de interés las reflexiones del Juzgado Mercantil n.º 1 de Bilbao: «Hay que recordar también que el acreedor contra la masa está expresamente legitimado para instar la declaración de incumplimiento convenio. El art. 140.1 LC²⁴ dispone que tendrá legitimación para hacerlo «cualquiera acreedor que estime incumplido el convenio en lo que le afecte...». Como es notorio, en tal caso desaparecería la eficacia novatoria del concurso (art. 140.4 LC²⁵), siendo notables los inconvenientes que todos podrían padecer. De ahí que parezca mucho menos gravoso para todos, y en ese sentido más razonable, permitir que los acreedores que surjan después de la aprobación del convenio puedan reclamar como acreedores no concursales, sin sujeción a la regulación de la Ley Concursal, o en todo caso como acreedores contra la masa, con el fin de lograr la satisfacción de sus créditos, en lugar de forzarles a plantear la declaración de incumplimiento del concurso con sus gravosas consecuencias. Finalmente, lo propuesto por los demandados resulta demoledor para cualquier convenio. No se recordará aquí, por ser suficientemente conocida, la evidente intención legal de favorecer esta forma de solucionar el concurso, preferente a la liquidación. Si la interpretación que proponen los demandados se impone, cualquier agente del mercado medianamente informado dejará de contratar con un acreedor sometido a convenio en los mismos términos que con los demás empresarios. Si su crédito va a tener el mismo trato que los créditos concursales, a pesar de que sirve para atender estos últimos –pues favorece la obtención de recursos precisos para que la empresa pueda atenderlos–, dejará de concederlo. Desaparecerá toda posibilidad de financiación, de entrega de suministros sin pago inmediato y en efectivo, y como consecuencia, probablemente la especie misma del convenio. No cabe, por ello, la restrictiva hermenéutica que se sugiere por los demandados, puesto que ante la falta de previsión expresa, parece más razonable admitir que son créditos extraconcursoales que pueden ser reclamados en cualquier momento, como si no hubiera concurso, o si se opta por la analogía *legis*, conceder a estos créditos el mismo trato que los créditos contra la masa, sin perjudicar su exigibilidad. Por estas razones se estima también la reclamación del importe del crédito generado con posterioridad a la aprobación del convenio y durante su vigencia»²⁶.

²⁴ Actuales arts. 402.1 y 403.1 LC.

²⁵ Actual art. 404 LC.

²⁶ SJM núm. 1 Bilbao 363/2009 de 28 mayo (Incidente concursal 295/2008).

5. BIBLIOGRAFÍA

- AREOSO CASAL, Alfredo, *Tratado práctico de Derecho Concursal*, Colex, tomo II, A Coruña, 2023.
- ARIAS VARONA, Javier, «Artículo 242. Créditos contra la masa», en AA. VV., PULGAR EZQUERRA, Juana (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, La Ley, tomo I, 3.^a ed., Las Rozas, 2023.
- «Artículo 270. Créditos con privilegio especial», en AA. VV., PULGAR EZQUERRA, Juana (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, La Ley, tomo I, 3.^a ed., Las Rozas, 2023.
- BELTRÁN, Emilio; SÁNCHEZ PAREDES, María Luisa, y LÓPEZ, Antonio, *Cinco años de aplicación de la Ley Concursal*, Civitas Thomson Reuters, 2009.
- BLÁZQUEZ MARTÍN, Raquel y SELLER DE ROCA DE TOGORES, Luis Bernardino, *Ley de Enjuiciamiento Civil*, Lefebvre, Colección Tribunal Supremo, Ed. 13.^a, Madrid, 2024.
- CORDERO LOBATO, Encarna, *El privilegio del crédito refaccionario*, Tecnos, Madrid, 1995.
- CORDÓN MORENO, Faustino, «Comentario al art. 620 LECiv», en CORDÓN MORENO, Faustino (coord.), ARMENTA DEU, Teresa (coord.), MUERZA ESPARZA, Julio (coord.) y TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel (coord.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. II, Aranzadi, Madrid, 2001.
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio y VEGAS TORRES, Jaime, *Derecho Procesal Civil*, vol. II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000.
- FERNÁNDEZ BALLESTEROS, Miguel Ángel, *La ejecución forzosa y las medidas cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Iurgium, Fuenlabrada, 2001.
- GARRIDO GARCÍA, José María, *Tratado de las preferencias del crédito*, Civitas, 2000.
- GULLÓN RODRÍGUEZ, Jesús; SAN CRISTÓBAL VILLANUEVA, Juan Manuel; LIMÓN LUQUE, Miguel Ángel; REDONDO VALDEÓN, María Dolores y SILVA GOTI, María, *Estatuto de los Trabajadores*, El Derecho, 2.^a ed, Madrid, 2010.
- MIGUEL ARIAS, Sabina de, «La tercera de mejor derecho en el ámbito de la Hacienda Pública», *Crónica Tributaria*, 148, 2013.
- RÍOS SALMERÓN, Bartolomé, «Artículo 32. Garantías del salario», en AA. VV., *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Aranzadi, 8.^a Edición, Cizur Menor, 2010.
- «El anteproyecto de Ley Concursal y los trabajadores: ¿Requiem por el art. 32 de su Estatuto», *Revista de Derecho Social*, 14, 2001.
- *Los privilegios del crédito salarial*, Civitas, Madrid, 1984.
- «Los privilegios del crédito salarial y la legislación concursal proyectada» en AA. VV., *El tercero en la ejecución laboral*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.

CAPÍTULO XXV

RETRIBUCIÓN LABORAL ANTE UNA PLURALIDAD SUBJETIVA EMPRESARIAL: LA RESPONSABILIDAD EN SUPUESTOS DE CONTRATAS Y SUBCONTRATAS, CESIÓN ILEGAL Y ETT

JOSE ANTONIO GONZÁLEZ MARTÍNEZ
Profesor contratado doctor Derecho del Trabajo
Universidad de Murcia

1. LA VICISITUD SUBJETIVA DEL EMPLEADOR

Bajo la expresión vicisitud subjetiva cabe entender toda aquella conducta, operación, iniciativa o práctica empresarial que provoca un cambio de empresario en la relación jurídico-laboral originaria (sin que la relación de servicios sufra, por ello, solución de continuidad) y/o son determinantes de la imputación originaria o sobrevenida de responsabilidades laborales a sujetos que, asuman o no activamente el papel de empleador en la relación laboral afectada, aprovechen o utilicen sus resultados.

Partiendo del carácter personalísimo del contrato de trabajo, y más concretamente de la prestación de servicios del trabajador, éste no puede ser sustituido, en su mismo contrato y durante la vigencia del mismo. Por otro lado, el empresario para realizar su actividad empresarial puede o bien contratar directamente a los trabajadores que sean necesarios incorporándolos a su plantilla; o bien recurrir a ETT para que le suministren la mano de obra necesaria para el desarrollo de dicha actividad (utilizando los servicios de tales trabaja-

dores pero sin incorporarlos a su propia plantilla); o también puede optar por una serie de fórmulas que le permitan obtener el resultado productivo perseguido a través de la utilización de los servicios de trabajadores externos, es decir sin asumir el papel laboral de empleador, suscribe contratos extralaborales con empresas auxiliares y deja en manos de éstas, y en sus trabajadores, la realización de determinadas fases del ciclo productivo (descentraliza su producción subcontratando con proveedores externos ciertas actividades haciendo descansar sobre ellos el riesgo correspondiente). Así pues, la parte empleadora sí puede cambiar, sin que ello determine por sí solo la extinción del contrato inicialmente suscrito, y/o la liberalización de responsabilidades laborales del empleador originario.

Si existe una novación subjetiva del empleador, nos encontraremos ante una sucesión de empresas, pero podemos encontrarnos otros tipos de vicisitudes subjetivas que sin provocar necesariamente una novación subjetiva, determinan el nacimiento de responsabilidades a cargo de sujetos que formalmente no figuraban como empleadores originarios, pero que se implican laboralmente en las relaciones de trabajo formalizadas por un tercero y/o utilizan los resultados derivados de la actividad laboral de plantillas ajenas: hablamos entonces de la descentralización productiva y de la cesión de trabajadores¹.

2. RESPONSABILIDADES SALARIALES EN LA CONTRATACIÓN DE OBRAS Y SERVICIOS

2.1 Las contratas y subcontratas de obras o servicios como supuesto de descentralización productiva

2.1.1 EL CONCEPTO DE CONTRATA DE OBRAS Y SERVICIOS: LA EXIGENCIA DE LA PERTENENCIA DE LA OBRA O SERVICIO CONTRATADO A LA «PROPIA ACTIVIDAD» EMPRESARIAL

Las contratas y subcontratas de obras o servicios constituyen una de las modalidades de descentralización productiva más conocidas en la actualidad. Cualquier empresario puede contratar con otro/s la realización de obras

¹ Sobre la materia, véase GONZÁLEZ MARTÍNEZ, José Antonio: «Recensión a la obra de Faustino Cavas Martínez: Aspectos jurídico-laborales de la externalización productiva a través de empresas multi-servicios: estado de la cuestión y propuestas», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 220, 2019, pp. 385-389.

o servicios correspondientes o no a su propia actividad. Cuando esto sucede, estamos ante lo que laboralmente denominamos una contrata, en la que un empresario (empresario principal, o empresa comitente) encarga los trabajos a otro para realizarlos (contratista, o empresa auxiliar); e incluso puede que éste a su vez encargue parte de esos trabajos a un tercer empresario (subcontratista)².

Esta situación, que es absolutamente legal³, encuentra su régimen jurídico-laboral básicamente en los arts. 42 ET⁴ y 168.1 LGSS. El primero de los preceptos se aplica solo a las contratas en las que se dé el requisito de la propia actividad y supone la aplicación de la responsabilidad solidaria, mientras que el segundo se aplica a todas las contratas y subcontratas, con independencia de que esté presente ese requisito, siendo la responsabilidad que fija de carácter subsidiario.

Conforme al art. 42. ET, «antes de concertar la contrata» el empresario principal está obligado a comprobar que el contratista esté al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social (igual deber de comprobación tiene el contratista respecto del subcontratista); el resultado positivo de tal comprobación acredita la existencia real del contratista o subcontratista, así como su

² La STS 14 marzo 2006 (rec. 66/2005) puntualiza que el arrendamiento de servicios entre dos empresas es sólo un acuerdo de cesión que se agota en el suministro de mano de obra, no es una contrata o subcontrata de obras o servicios, al no poderse configurar una autonomía técnica de la contrata (por el objeto social de la contratada, por la fórmula de pago al aumentar o reducir el precio en función del aumento o disminución de número de trabajadores necesarios, y como no consta tampoco ninguna infraestructura, ello evidencia como cesión entendida como mero suministro de mano de obra).

³ Esta práctica se considera lícita, salvo prueba de fraude, al entender la STS de 27 de octubre de 1994 (RJ 1994/8531) que no puede partirse de un concepto rígido y autosuficiente de empresa, en virtud del cual el empresario debe ser titular directo de todos los elementos patrimoniales que intervienen en el proceso de producción y esa noción no corresponde a la realidad económica, ni a la jurídica. El ordenamiento jurídico no contiene ninguna prohibición general que impida al empresario recurrir a la contratación externa para integrar su actividad productiva, y así lo reconoce el art. 42.1 ET cuando se refiere a la contratación o subcontratación para la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de la empresa, lo que supone que, con carácter general, la denominada descentralización productiva es lícita, con independencia de las cautelas legales e interpretativas necesarias para evitar que por esta vía puedan vulnerarse derechos de los trabajadores.

⁴ El art. 42 ET, bajo la rúbrica «subcontratación de obras y servicios», dispone en su apartado primero que: Las empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquellas deberán comprobar que dichas contratistas están al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social. Al efecto, recabarán por escrito, con identificación de la empresa afectada, certificación negativa por descubiertos en la Tesorería General de la Seguridad Social, que deberá librar inexcusablemente dicha certificación en el término de treinta días improrrogables y en los términos que reglamentariamente se establezcan. Transcurrido este plazo, quedará exonerada de responsabilidad la empresa solicitante. Mencionar que éste artículo es de confusa redacción y su propio título olvida el supuesto de la contrata; en este sentido, LLANO SÁNCHEZ, Mónica: *Responsabilidad empresarial en las contratas y subcontratas*, Colección Relaciones Laborales, La Ley-Actualidad, Madrid, 1999, p. 27.

condición de empresario efectivo y solvente respecto de los trabajadores a su servicio⁵.

Se entiende que una contrata es de «propia actividad», cuando las obras o servicios que se encargan a otro empresario se integran en el producto o servicio que la empresa principal presta para el mercado, es decir, la contratista desempeña actividades inherentes al ciclo productivo de la empresa que ha encargado la contrata. En este sentido, la STS de 24 de noviembre de 1998, señala que el art. 42.2 ET establece la responsabilidad solidaria de empresario comitente y contratista, respecto a las deudas salariales de este último con los trabajadores empleados «en/durante la contrata»; responsabilidad inexistente si las obras o servicios objeto de la contrata no forman parte de la propia actividad del empresario principal. El concepto de obras o servicios de la propia actividad no ha sido pacífico desde que apareció en el Decreto 17 de diciembre de 1970, del que pasó al art. 19 de la Ley de Relaciones Laborales y, posteriormente, al actual art. 42 ET.

Caben en principio dos interpretaciones de dicho concepto: a) la que entiende que propia actividad es la actividad indispensable, de suerte que integrarán el concepto, además de las que constituyen el ciclo de producción de la empresa, todas aquellas que resulten necesarias para la organización del trabajo; y b) la que únicamente integra en el concepto las actividades inherentes, de modo que sólo las tareas que corresponden al ciclo productivo de la empresa principal se entenderán propia actividad de ella. En el primer caso, se incluyen como propias las tareas complementarias; en el segundo, estas labores no «nucleares» quedan excluidas del concepto y, en consecuencia, de la regulación del art. 42 ET⁶.

Así pues, como regla general, se incluyen todas las tareas inherentes o que integran el ciclo productivo de la empresa principal, no incluyendo las actividades complementarias. Pero, en todo caso, esas actividades complementarias sí pueden entrar en el concepto de propia actividad cuando sean inherentes y estrictamente necesarias para realizar la actividad o prestar el servi-

⁵ MONTAÑA MELGAR, Alfredo: *Derecho del Trabajo*, 45.ª Edición, Tecnos, Madrid, 2024, p. 459.

⁶ STS 24 noviembre 1998 (rec. 517/1998): como señala la sentencia de esta Sala de 18 de enero de 1995 «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». Es obvio que la primera de las interpretaciones posibles anula el efecto del mandato del art. 42 ET que no puede tener otra finalidad que reducir los supuestos de responsabilidad del empresario comitente. Por tanto, ha de acogerse la interpretación que entiende que propia actividad de la empresa es la que engloba las obras y servicios nucleares de la comitente, entendiendo, de acuerdo con la sentencia referida que «nos encontraríamos ante una contrata de este tipo cuando de no haberse concertado ésta, las obras y servicios debieran realizarse por el propio empresario comitente so pena de perjudicar sensiblemente su actividad empresarial».

cio principal, tal como se ha entendido, por ejemplo, en relación con los comedores escolares⁷. También se ha considerado como una contrata de propia actividad el encargo que hace una comunidad de propietarios de la gestión de servicios comunes a los vecinos y, por tanto, se entiende que es aplicable la responsabilidad por deudas salariales prevista en el art. 42 ET y que, en consecuencia, la comunidad de propietarios responde de los salarios impagados a las personas empleadas por la contrata (conserje subcontratado)⁸.

Igualmente se consideran actividad propia los supuestos de transporte sanitario tanto de urgencia, como el ordinario no urgente, porque el servicio de transporte sanitario es indispensable para prestar una correcta atención sanitaria⁹. También la actividad de comercialización del servicio de telefonía es, atendiendo al servicio de que se trata y a las circunstancias en las cuales se desarrolla el mercado de ese servicio, inherente y absolutamente indispensable para la realización de la actividad de la empresa de telefonía¹⁰.

⁷ STS 14 septiembre 2021 (rec. 652/2018): hay propia actividad y, por tanto, responsabilidad por deudas salariales en la subcontratación del servicio de comedor en los centros docentes educativos pues es una actividad complementaria. Recuerda, además, que la STS de 29 de octubre de 1998 (rec. 1213/1998), argumentó que el concepto jurídico indeterminado «propia actividad» puede explicarse conforme a dos teorías: 1.ª) La teoría del ciclo productivo, que incluye «las operaciones o labores que son inherentes a la producción de los bienes o servicios específicos que se propone prestar al público o colocar en el mercado»; y 2.ª) La teoría de las actividades indispensables, más amplia que aquella, que abarca «todas las labores, específicas o inespecíficas, que una determinada organización productiva debe desarrollar para desempeñar adecuadamente sus funciones». La doctrina jurisprudencial se inclinó por la primera, excluyendo las actividades complementarias inespecíficas, como la vigilancia de edificios o centros de trabajo. La razón es que las actividades del ciclo productivo, a diferencia de las actividades indispensables no inherentes a dicho ciclo, se incorporan al producto o resultado final de la empresa o entidad comitente, tanto si son realizadas directamente como si son encargadas a una empresa contratista, justificando así la responsabilidad patrimonial de la empresa o entidad comitente respecto de los salarios de los trabajadores empleados en la contrata.

⁸ STS 27 mayo 2022 (rec. 3307/2020). Señala que es cierto que los servicios comunes existentes en la finca urbana a la que pertenece la Comunidad de Propietarios los son, en principio pero no de forma excluyente, para el solo uso y disfrute compartido de quienes, por su condición de copropietarios, la componen pero ello no significa que esos servicios no encajen en lo que puede calificarse como ciclo productivo, a los efectos del art. 42 ET, en tanto que la actividad se pone a disposición de quienes tienen el uso y disfrute de las viviendas o locales de forma que aquella actividad se incorpora a lo que sería el resultado final respecto de una las competencias que la Comunidad debe atender, que es la de acordar las medidas necesarias o convenientes para el mejor servicio común, lo que se puede llevar a cabo bien directamente asumiendo ella el servicio o encargándose a otra empresa, cubriéndose con ello la finalidad del art. 42 cuando establece la responsabilidad de la empresa comitente respecto de los salarios de los empleados de la contrata.

⁹ STS 15 noviembre 2012 (rec. 191/2012).

¹⁰ STS 21 julio 2016 (rec. 2147/2014): hay conexión intensa entre las actividades del principal y del contratista, pues los empleados de las contratistas actúan en nombre de la principal, fidelizan al público como clientes de la principal, entran en el sistema operativo de la principal, resuelven dudas planteadas en relación con los servicios ofertados por la principal, actúan en nombre de la principal, etc. No cabe duda de que se trata de actividad inherente al ciclo productivo de una empresa de telefonía que suministra servicios a clientes finales.

Hay responsabilidad solidaria, y por tanto propia actividad, en deudas salariales del Ayuntamiento, Patronato Sociocultural y Empresa contratada para la actividad de atención al público destinatario de la programación cultural. Las tareas realizadas por el personal de la empresa subcontratada se incorporan directamente y de manera inescindible al resultado final del producto al servicio, que constituye la única finalidad del Patronato, y que no es otro que el de ofrecer al público las obras, espectáculos y actividades culturales que justifican su propia existencia¹¹.

Por otro lado, hay que diferenciar la normativa aplicable a las contrata y subcontratas, con la cesión de trabajadores, que, en caso de determinarse, el precepto que se aplicaría sería el art. 43 ET, siendo una situación ilegal al realizarse al margen de una ETT. En la contrata los trabajadores están sujetos al poder de dirección de su propio empresario, puesto que si lo están al del empresario principal se entenderá que es una cesión ilegal de trabajadores.

A este respecto, hay que partir de la base de que nuestro ordenamiento jurídico no contiene ninguna prohibición general que impida al empresario recurrir a la contratación externa para integrar su actividad productiva (así lo pone de manifiesto el art. 42.1 ET) lo que supone, con carácter general, que la denominada descentralización productiva es lícita, con independencia de las cautelas legales e interpretativas que son necesarias para evitar que por esta vía puedan vulnerarse derechos de los trabajadores; y habida cuenta de que los arts. 41 y 43 ET no fijan los límites entre la lícita contrata y la ilegal cesión temporal de trabajadores, ha sido la doctrina jurisprudencial la que ha ido cercenando las conductas abusivas.

De esta forma, mediante la lícita descentralización productiva, la empresa principal puede atribuir a una empresa contratista la realización de una parte de su actividad (siempre que sea suficientemente diferenciada), sin necesidad de que revista cualidad de complementaria o contingente, puesto que también las actividades inherentes al ciclo productivo pueden ser objeto de contrata externa. Pero en la válida «externalización» de la producción, la empresa principal se limita a recibir, con el lógico control, el resultado de la ejecución por la contratista, en la que esta aporta sus medios personales y materiales, con la consiguiente organización y dirección. Pero en la medida en que esta diferenciación es inexistente, dependiendo de la principal la organización

¹¹ SSTs 8 junio 2022 (rec. 674/2021) y 17 abril 2024 (rec. 3799/2021): a efectos del art. 42.2 ET, constituye propia actividad la externalizada y consistente en prestar atención al público destinatario de la programación cultural (información, control de aforos, taquillaje, portería, organización de comienzo y fin de actividades, medidas de seguridad, planes de evacuación, etc.), por resultar necesaria para la ejecución de los programas culturales del Ayuntamiento que este efectúa a través de un organismo autónomo.

y control de los trabajadores de la contratista, la contrata se habrá desnaturalizado y trastocado en simple provisión de mano de obra e integrará una cesión ilícita de trabajadores ¹².

Hay cesión ilegal si la empresa contratista cuenta con un coordinador que hace una única visita mensual, no dispone de medios y sus trabajadores reciben indicaciones de los responsables de la principal ¹³. No hay cesión ilegal de una trabajadora monitora de educación especial contratada cada curso escolar a través de distintas entidades adjudicatarias del servicio adjudicado por una Consejería, titular del mismo. Se trata de un tipo de descentralización muy habitual en la que la contratista paga el salario, aporta el material necesario y gestiona sustituciones e incidencias. No impide esta calificación que el coordinador vaya por los centros, pues la contratista realiza el control en la distancia ¹⁴.

2.1.2 EL ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD: OBLIGACIONES SALARIALES Y DE SEGURIDAD SOCIAL

Cuando se da la existencia de este requisito de «actividad propia», a la contrata le es de aplicación el art. 42.2 ET, pudiendo la empresa principal ser responsable solidaria de las obligaciones salariales ¹⁵ y de Seguridad Social ¹⁶ que el contratista y/o subcontratista ha incumplido respecto de sus trabajadores: de las primeras responderá durante el año siguiente a la finalización del encargo, y de las segundas durante los tres años siguientes.

Por tanto, cuando se produce una situación de contrata, los contratistas y subcontratistas deben pagar a sus trabajadores las retribuciones correspondientes y además deben cotizar por ellos a la Seguridad Social. Si se trata de deudas de naturaleza salarial (no de otras, como indemnizaciones por despido y similares) el empresario principal responde solidariamente durante el «año siguiente a la finalización del encargo»; y durante los «tres años siguientes a la

¹² STS 4 marzo 2008 (rec. 1310/2007).

¹³ STS 14 noviembre 2023 (rec. 3361/2020).

¹⁴ STS 30 mayo 2024 (rec. 1743/2023).

¹⁵ Puntualiza la STS 31 enero 2006 (rec. 4895/2004) que la retribución correspondiente al concepto de vacaciones es salario a todos los efectos, y en concreto a los efectos previstos en el art. 42.2 del ET, esto es, responder de su pago la empresa principal, condenada solidariamente con una de sus empresas contratistas a pagar a un trabajador los salarios dejados de abonar por la responsable directa.

¹⁶ Matiza la STS 14 febrero 2000 (rec. 181/1999), que la responsabilidad que establece el art. 42 ET no impone al contratista principal la obligación de responder del incumplimiento de las obligaciones que contrajo el contratista en materia de «mejoras voluntarias» de las prestaciones de la Seguridad Social.

terminación de su encargo», de las obligaciones referidas a la Seguridad Social contraídas por los contratistas y subcontratistas durante el periodo de vigencia de la contrata (no de obligaciones anteriores o posteriores a la misma), respecto de los trabajadores empleados en ella. Al ser una responsabilidad solidaria, no será necesario, por ejemplo, que los trabajadores reclamen primero a su empresario (contratista) sino que podrán dirigir su demanda directamente contra el empresario principal o contra ambos.

Ahora bien, cabe exceptuar de esta responsabilidad solidaria, solo en materia de Seguridad Social, en caso de que el empleador solicite a la TGSS una certificación negativa respecto de la existencia de descubiertos de cotización o situaciones de infracotización por parte del empleador contratista o, en su caso, subcontratista (art. 42.1. ET); dicha certificación se debe librar inexcusablemente «en el término de treinta días improrrogables y en los términos que reglamentariamente se establezcan»; y transcurrido este plazo sin que se haya emitido, quedará exonerado de responsabilidad el empresario solicitante (se permite que el empresario principal sea exonerado de las obligaciones referidas a la Seguridad Social, si ha recabado por escrito, con identificación de la empresa afectada, certificación negativa por descubiertos en la TGSS, produciéndose la exoneración cuando la entidad gestora no hubiera librado dentro del plazo la certificación pedida, y no cuando se emita en plazo certificación que refleje una situación de descubierto).

Y en el supuesto de que «no se aprecie la existencia de propia actividad», se aplica el art. 168.1 LGSS, que determina una responsabilidad subsidiaria del empresario principal en materia de Seguridad Social, tanto en materia de cotizaciones como de prestaciones por falta de cotización, alta o afiliación.

Matiza el Alto Tribunal que dichos preceptos legales (art. 42.2 ET y art. 168.1 LGSS) establecen respectivamente una responsabilidad solidaria y una responsabilidad subsidiaria respecto de las deudas de prestaciones de Seguridad Social contraídas por un subcontratista (la conexión o coordinación entre los mismos se efectúa mediante la conjunción «sin perjuicio», que aparece en el segundo de los citados preceptos). Lo que quiere decir que la delimitación de los campos de aplicación correspondientes a uno y otro, se determina atendiendo al supuesto de hecho legal del art. 42.2 ET: si las obras o servicios contratados o subcontratados pertenecen a la «propia actividad» de la empresa principal o de la contratista inicial se aplica tal precepto y la responsabilidad de tales empresarios comitentes es solidaria; si no es así se aplica el art. 168.1 LGSS, y la responsabilidad de los empresarios que hacen el encargo

es subsidiaria, es decir, se desencadena sólo en el supuesto en que el empleador subcontratista fuese declarado insolvente ¹⁷.

Además, por un lado, la responsabilidad empresarial por deudas salariales, en caso de contratas y subcontratas, tiene como límite las cantidades que hubieran correspondido al personal fijo de su plantilla, y de no existir este, «entra en juego como límite el salario establecido en el convenio colectivo aplicable», sin que pueda argumentarse «que si cobraban algo más que el mínimo del sector era porque su actividad era más provechosa... [pues]... si se ha aprovechado de su trabajo, lógico es que se extienda su responsabilidad a todo su salario, si en los límites fijados y los salarios establecidos no hay sospecha alguna de preconstitución fraudulenta de situaciones abusivas, ni los salarios pretendidos resultan desproporcionados con las cantidades que ordinariamente se pagan en las empresas del sector» ¹⁸.

Y por otro lado, existe responsabilidad en orden a las prestaciones de Seguridad Social, como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones de afiliación y alta, en un supuesto de subcontratación cuando se produce un accidente laboral padecido por un trabajador al servicio de la empresa subcontratista: si no hay propia actividad, la responsabilidad en el pago de las prestaciones del empresario principal debe ser declarada subsidiaria ¹⁹; de existir propia actividad la responsabilidad será solidaria ²⁰.

2.1.3 EL MARCO CONVENCIONAL APLICABLE

El art. 42.6 ET determina que el convenio colectivo sectorial de aplicación en las empresas contratistas y subcontratistas será el de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata, con independencia de su objeto social y forma jurídica, salvo que exista otro convenio sectorial aplicable conforme a lo dispuesto en el Título III. No obstante, cuando la empresa contratista o subcontratista cuente con un convenio propio, se aplicará este en los términos que resulten del art. 84 ET.

¹⁷ STS 9 diciembre 2010 (rec. 1266/2010).

¹⁸ STS 3 mayo 2004 (rec. 2765/2003).

¹⁹ STS 9 diciembre 2010 (rec. 1266/2010).

²⁰ STS 23 septiembre 2008 (rec. 1048/2007). Indica que en lo que concierne a las responsabilidades de los empresarios comitentes principales y empresarios contratistas, el art. 42.2 ET establece una responsabilidad solidaria de dichos empresarios respecto de las obligaciones referidas a la Seguridad Social de empresas subcontratistas, cuando la subcontratación tenga por objeto «la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllos». Esta regla del art. 42.2 ET ha de ser coordinada con la establecida en el art. 168.1 LGSS.

Conviene tener en cuenta que el art. 42 ET no obliga a que los trabajadores de la empresa contratista o subcontratista tengan las mismas condiciones salariales que las que tendrían de haber sido contratados directamente por la empresa principal, ni tampoco obliga a las empresas contratistas o subcontratistas a aplicar el convenio colectivo de la empresa principal, aun cuando realicen obras o servicios propios de la actividad de dicha empresa principal; es solo en caso de cesión de trabajadores en el que, de conformidad con el art. 43.4 ET, «los derechos y obligaciones del trabajador en la empresa cesionaria serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo».

Concreta el Alto Tribunal ²¹ que la ley no obliga a que el convenio aplicable sea el de la actividad de la empresa principal, ni obliga a la equiparación de condiciones como si los trabajadores hubiesen sido contratados por el principal, y ello aunque la actividad contratada esté dentro del núcleo esencial de actividad de la principal. En consecuencia, el convenio aplicable será el que corresponda a la actividad principal de la empresa contratada o subcontratada. Conforme a nuestra jurisprudencia, a los trabajadores de la empresa subcontratista se les tendrá que aplicar el convenio colectivo aplicable a la empresa contratista o subcontratista; convenio que, en principio, no será el mismo que se aplique a los trabajadores contratados directamente por una empresa hotelera (nuestro caso). Se pone de relieve aquí la diferencia entre una empresa que explota directamente el hotel con sus propios trabajadores, de aquella otra empresa que no explota directamente el hotel, sino a la que este último subcontrata parte de su actividad (en nuestro caso, la limpieza de las habitaciones) para que la realice con sus propios trabajadores. En este último caso, el convenio colectivo aplicable será, no el aplicable a la empresa hotelera principal y a los trabajadores por ella directamente contratados, sino el que resulte de aplicación a la empresa contratista o subcontratista.

Hasta 2018 la doctrina del TS señalaba que si una subrogación entre empresas contratistas se rige por lo dispuesto en un convenio colectivo, hay que estar a él en cuanto a la imputación de responsabilidad de no ser aplicable el art. 44 ET (sucesión de empresa). Si el convenio colectivo expresamente establece que la contratista saliente es la única obligada al pago de las retribuciones devengadas por el trabajo realizado antes de la subrogación, la entrante no

²¹ STS 12 febrero 2021 (rec. 2839/2019).

es responsable de las mismas²². Con la STS de 27 de septiembre de 2018²³, y en aplicación de la STJUE 11 julio 2018, C-60/17, rectifica su criterio, al entender que hay transmisión de empresa encuadrable en el art. 44 ET, cuando la sucesión de contratas va acompañada de la transmisión de una entidad económica entre las empresas saliente y entrante; en actividades donde la mano de obra constituye un factor esencial, se asume una parte relevante del personal adscrito a la contrata. En los casos en los que la mano de obra constituye un factor esencial, no la infraestructura, la subrogación solo procede si se da esa asunción de una parte relevante del personal.

Antes de la nueva regulación legal del art. 42 ET, que ahora llevaría posiblemente a la conclusión contraria, se había entendido que el convenio colectivo aplicable, a efectos de la fijación de la categoría y del salario regulador de las consecuencias derivadas de la declaración de nulidad del despido deberá ser el convenio de limpieza y no el de hostelería, por ser el primero el aplicable a la empresa con la que un hotel contrató el servicio de limpieza. En suma, a los trabajadores de la empresa subcontratista se les tendrá que aplicar el convenio colectivo aplicable a la empresa contratista o subcontratista; convenio que, en principio, no será el mismo que se aplique a los trabajadores contratados directamente por una empresa hotelera. Se pone de relieve aquí la diferencia entre una empresa que explota directamente el hotel con sus propios trabajadores, de aquella otra empresa que no explota directamente el hotel, sino a la que este último subcontrata parte de su actividad (limpieza de las habitaciones) para que la realice con sus propios trabajadores. En este último caso, el convenio colectivo aplicable será, no el aplicable a la empresa hotelera principal y a los trabajadores por ella directamente contratados, sino el que resulte de aplicación a la empresa contratista o subcontratista²⁴.

²² SSTS 7 abril 2016 (rec. 2269/2014): en el supuesto de sucesión de contratas seguridad en el que la empresa entrante asume la totalidad de los trabajadores de la empresa saliente por mandato de lo dispuesto en el Convenio Colectivo aplicable, la subrogación opera con los requisitos y límites que fija la norma convencional, que expresamente exonera de responsabilidad a la empresa entrante de las deudas salariales anteriores a la transmisión; 10 mayo 2016 (rec. 2957/2014): en el supuesto de sucesión de contratas seguridad en el que la empresa entrante asume la totalidad de los trabajadores de la empresa saliente por mandato de lo dispuesto en el Convenio Colectivo aplicable, la subrogación opera con los requisitos y límites que fija la norma convencional, que expresamente exonera de responsabilidad a la empresa entrante de las deudas salariales anteriores a la transmisión; y 1 junio 2016 (rec. 2468/2014): exención de responsabilidad de la empresa entrante en la deuda salarial contraída por la anterior contratista en supuestos de sucesión de contratas sujetas al Convenio colectivo sectorial de limpieza de edificios y locales, en aplicación de su art. 24 por no ser un supuesto de sucesión al amparo del art. 44 ET.

²³ STS 27 septiembre 2018 (rec. 2747/2016).

²⁴ STS 12 febrero 2021 (rec. 2839/2019): el art. 42 ET no obliga a las empresas contratistas o subcontratistas a aplicar a sus trabajadores el convenio colectivo que resulte de aplicación en la empresa principal, aun cuando realicen obras o servicios propios de la actividad de esa empresa principal, y, por tanto, tratándose de una empresa que se dedica a la gestión externalizada de lo que en los establecimien-

3. LA CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES

3.1 Su significación conceptual ante la presunción legal de ilicitud del art. 43 ET

El art. 43.1 ET prohíbe la cesión de trabajadores, al disponer que «la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa solo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas»²⁵. Y el art. 43.2 ET señala que en todo caso, se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores contemplada en este artículo cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias: que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria²⁶; o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad; o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario²⁷.

Para apreciar si concurre esta figura es decisivo comprobar que la empresa contratista ejerce como verdadero empresario (control, organización y dirección de la actividad laboral): distribución de tareas, determinación de los turnos, vacaciones, descansos, aplicación de las facultades disciplinarias etc. Debe acreditarse que ejerce las facultades organizativas y directivas de un verdadero empleador, que posea infraestructura organizativa suficiente y adecuada, asumiendo el correlativo riesgo empresarial siendo, la contrata una activi-

tos que lo hacen con personal propio se denomina «departamento de pisos», el convenio aplicable, para determinar los efectos de la declaración de nulidad del despido, es el de limpieza de edificios y locales de la provincia de Sevilla y no el del sector de la hostelería.

²⁵ A pesar de la defectuosa redacción del art. 43 ET, no es necesario que la contratación de trabajadores tenga, desde su inicio, la finalidad de ser cedidos; para que haya cesión, basta que se produzca un fenómeno interpositorio en virtud del cual, aparece en la posición contractual propia del empresario alguien que no tiene en realidad esa posición, es decir, quien se apropia efectivamente de los frutos del trabajo, dirige este y lo retribuye no es formalmente empresario, porque su lugar está ocupado por un titular ficticio; en este sentido, STS 20 julio 2007 (rec. 76/2006), sobre cesión ilegal de pilotos americanos contratados por compañía aérea estadounidense para prestar servicios para compañías aéreas españolas.

²⁶ No se aplica la cesión ilegal del art. 43 ET, si en la prestación de los servicios ha habido algo más que una mera puesta a disposición de mano de obra, y la contratista facilitó medios materiales y organizó el trabajo, actuando como verdadera empresaria; en este sentido, STSJ Islas Canarias (Santa Cruz de Tenerife) 22 febrero 2016 (rec. 623/2015).

²⁷ Pueden identificarse así 3 causas o criterios legales desencadenantes de la calificación de la cesión como ilegal, en principio sin posibilidad de prueba en contrario, pero que sí será posible desvirtuarlas en el caso concreto.

dad específica, delimitada y diferente de la actividad desarrollada por la empresa principal²⁸.

De la interpretación conjunta de los apartados 1 y 2 del art 43 ET, se prohíbe toda práctica o negocio que tenga como finalidad o efecto una interposición empresarial en el contrato de trabajo, aunque las empresas implicadas no persigan un fin fraudulento²⁹. La cesión ilegal queda sin definir, pero se establece una presunción *iuris et de iure* de ilegalidad, operativa sobre las diversas situaciones fácticas descritas por el legislador.

El art. 43 ET contempla el supuesto de la interposición, que es un fenómeno complejo, en virtud del cual 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, lo cual implica 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 éste y el empresario real, pero disimulado por el contrato de trabajo formal³⁰.

Así, en la válida «externalización», la empresa principal se limita a recibir (con el lógico control) el resultado de la ejecución por la contratista, en la que ésta aporta sus medios personales y materiales, con la consiguiente organización y dirección: HP pero en la medida en que esta diferenciación es inexistente, dependiendo de la principal la organización y control de los trabajadores de la contratista, la contrata sabrá desnaturalizado y trastocado en simple provisión de mano de obra e integrará una cesión ilícita de trabajadores³¹.

²⁸ MONTOTOY MELGAR, Alfredo: *Derecho del Trabajo*, cit., p. 467.

²⁹ No toda cesión es necesariamente fraudulenta o persigue un perjuicio de los derechos de los trabajadores, pudiendo producirse entre empresas reales. Bajo el concepto común de cesión del art. 43 ET se regulan en realidad fenómenos distintos: cesiones temporales de personal entre empresas reales, que no tienen necesariamente la finalidad de crear una falsa apariencia empresarial para eludir las obligaciones y responsabilidades de la legislación laboral a través de una empresa ficticia insolvente, y las cesiones en las que el cedente es un empresario ficticio. Puede darse una cesión de trabajadores sin una finalidad defraudatoria de los derechos de los mismos, pues es una situación objetiva, y por ello puede producirse entre empresas reales en el sentido de organizaciones dotadas de patrimonio y estructura productiva propios; en este sentido STS 4 julio 2013 (rec. 2277/2012).

³⁰ Por todas, SSTs 4 marzo 2008 (rec. 1310/2007), y 17 abril 2007 (rec. 504/2006).

³¹ CAVAS MARTÍNEZ, Faustino: *Aspectos jurídico-laborales de la externalización productiva a través de empresas multiservicios: estado de la cuestión y propuestas*, Thomson Reuters (Aranzadi), Cizur Menor (Navarra), 2019, p. 67.

La finalidad que persigue el art. 43 ET es que la relación laboral real coincida con la formal, y que quién es efectivamente empresario asuma las obligaciones que le corresponden, evitando así que se produzcan determinadas consecuencias que suelen asociarse a la interposición, como 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 o insolventes)³², o la pérdida de la estabilidad en el empleo³³.

Es cesión ilegal de trabajadores la que realiza una Diputación Provincial a través de un Patronato dependiente de ella a una Consejería para la prestación del servicio de enseñanza musical, bajo su exclusiva competencia, dirección y gestión. La Consejería debía de haberse subrogado en las relaciones laborales, pues no se trataba de una colaboración reglada entre entidades públicas, sin finalidad interpositaria³⁴. Es legítima la interposición de la acción reclamando que se reconozca cesión ilegal de trabajadores y el abono de una cantidad, aunque la cesión alegada haya desaparecido³⁵. Se reconoce que hay cesión ilegal cuando el trabajador realiza sus funciones bajo la supervisión directa de la empresa cesionaria, sin que existiera siquiera un coordinador en la empresa cedente³⁶.

3.2 Efectos retributivos de la cesión ilegal de mano de obra

3.2.1 RESPONSABILIDAD LABORAL, ADMINISTRATIVA Y PENAL

El art. 43.3 ET preceptúa que cuando se produce una cesión de trabajadores no autorizada, las empresas implicadas «responderán solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social, sin perjuicio de las demás responsabilidades, incluso penales, que procedan por dichos actos». Por tanto, se produce una comunicación de responsabilidad por deudas laborales y de Seguridad Social entre cedente y cesionario, con carácter solidario y sin limitación objetiva ni temporal alguna. Los efectos económi-

³² STS 30 noviembre 2005 (rec. 3630/2004). Entiende el Alto Tribunal que dicha facultad de optar está pensada para supuestos de cesión ilegal producida en el marco de relaciones entre empresas reales pues cuando fuera mera apariencia mal cabría optar por adquirir la condición de trabajador fijo en empresa que no existe.

³³ STS 16 junio 2003 (rec. 3054/2001).

³⁴ STS 18 mayo 2016 (rec. 3435/2014).

³⁵ STS 17 mayo 2018 (rec. 4153/2016).

³⁶ STSJ Madrid 31 enero 2018 (rec.107/2015).

cos de la cesión ilegal se retrotraen al inicio de esta, sin perjuicio del juego de la prescripción.

Adicionalmente, la declaración de la existencia de cesión ilegal determina el nacimiento de responsabilidad administrativa, y cedente y cesionario incurrir en una infracción muy grave (tipificada en el art. 8.2 LISOS), sancionada con las correspondientes multas en cuantía acorde a los criterios de graduación (arts. 39 a 41 LISOS); e incluso es posible que exista una responsabilidad penal³⁷.

3.2.2 LA OPCIÓN DEL TRABAJADOR DE INTEGRARSE EN LA EMPRESA CEDENTE O CESIONARIA, Y ADQUIRIR LA CONDICIÓN DE FIJO

Se reconoce el derecho de los trabajadores cedidos (sometidos al tráfico prohibido), a adquirir la condición de trabajadores fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria (art. 43.4 ET)³⁸, mientras subsista la cesión. La finalidad de ofrecer esta opción, es proteger el posible interés del trabajador de permanecer en la empresa cedente, aunque eliminado el efecto de la cesión (esto no impide que si se ejercita la opción por la relación laboral real, esta opción despliegue los efectos que le son propios y que son además los efectos naturales que se derivan de la eliminación de la interposición); en este sentido, la opción cuando se ejercita por la relación laboral real no tiene propiamente un efecto constitutivo, porque con ella no se crea una relación nueva, sino que se declara la que en verdad existía, deshaciendo así la mera apariencia creada por la interposición³⁹.

Existe cesión ilegal y se adquiere la condición de indefinido no fijo cuando la actividad se limita a prestar servicios en las oficinas de una entidad pública, con los medios materiales y en la jornada laboral de la misma, las funciones son las propias de ella, desarrolladas en su seno, bajo su dependencia y control, realizando incluso actividades no relacionadas con el objeto de la presunta encomienda de gestión, limitándose la empresa cedente al abono de salarios y cumplimiento de las obligaciones de Seguridad Social⁴⁰.

³⁷ Art. 312.1 CP: «Serán castigados con las penas de prisión de dos a cinco años y multa de seis a doce meses, los que trafiquen de manera ilegal con mano de obra».

³⁸ Los derechos y obligaciones del trabajador en la empresa cesionaria serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo, si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal.

³⁹ STS 5 diciembre 2006 (rec. 4927/2005), sobre eficacia *ex tunc* de las condiciones de trabajo, incluso en los supuestos en que la empresa cedente no es un empleador ficticio carente de organización empresarial.

⁴⁰ STSJ Castilla y León (Valladolid) 7 marzo 2018 (rec. 1997/2017).

En el caso de un Ayuntamiento que ha sido condenado por cesión ilegal de trabajadores se aplica la normativa con la salvedad de que si el trabajador opta por ser readmitido en el mismo no lo será como trabajador fijo, sino como trabajador por tiempo indefinido no fijo de plantilla. Se trata de una figura de creación jurisprudencial, en virtud de la cual el trabajador contratado por una empresa privada que presta sus servicios en un Ayuntamiento, al tratarse de una Administración pública, no consolida el puesto como fijo, sino por tiempo indefinido, hasta que la plaza se cubra reglamentariamente o se amortice ⁴¹.

Por otro lado, esta norma contenida en el art. 43 ET acerca de la cesión ilegal de trabajadores, concediendo a los ilegalmente cedidos la facultad de optar por cuál de las dos empresas (cedente o cesionaria) prefiere que siga siendo su empleadora, es totalmente independiente (y, por ello, irrelevante) en materia de quién sea el sujeto (empresa o trabajador) al que el art. 56 del ET confiera la opción entre la readmisión o la resolución contractual mediante la oportuna indemnización ⁴².

Sí el trabajador cedido opta por integrarse en la empresa cesionaria, la nueva relación que se constituye con el ejercicio de la facultad de optar, tiene como contenido el que corresponda a un trabajador de dicha empresa, al matizar el art. 43.4 ET que los derechos y obligaciones del trabajador en la empresa cesionaria serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios «en el mismo o equivalente puesto de trabajo», si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal.

Y además el trabajador cedido ilícitamente tiene derecho a las diferencias económicas eventualmente existentes, con carácter retroactivo, aunque la ley no lo establece de modo expreso ⁴³. Ahora bien, no puede pretender conservar el mejor salario que disfrutaba mientras estuvo vinculado al accidente ⁴⁴.

3.2.3 LA FACULTAD DE OPCIÓN ENTRE READMISIÓN O EXTINCIÓN INDEMNIZADA EN CASO DE DESPIDO

Ante la inexistencia de modificación alguna en materia de titularidad del derecho de opción en caso de despido, se aplica la regla general de que el titu-

⁴¹ STS 24 febrero 2009 (rec. 1365/2008).

⁴² STS 5 febrero 2008 (rec. 4713/2006).

⁴³ SSTs 24 noviembre 2010 (rec. 150/2010): el silencio de la norma no supone necesariamente la exclusión de efectos de lo silenciado, si tales efectos pueden tener amparo en la propia naturaleza de las relaciones jurídicas existentes; y 30 noviembre 2005 (rec. 3630/2004).

⁴⁴ SSTs 25 mayo 2010 (rec. 3077/2009) y 9 diciembre 2009 (rec. 339/2009).

lar del derecho de opción es el empresario, porque no concurre en el trabajador ninguna de las circunstancias que le confieren al mismo la titularidad de tal derecho⁴⁵. En caso de despido improcedente, la facultad de optar le corresponde a la empresa con la que el trabajador cedido haya decidido mantener la relación laboral, sin perjuicio de la responsabilidad de carácter solidario que se impone a las empresas implicadas.

Si bien la obligación de readmisión recae sobre el empresario elegido por el trabajador, el hecho de que la readmisión deba ser efectuada por quien ha decidido el trabajador, no exonera a la otra empresa del resto de consecuencias económicas del despido⁴⁶. Y el salario regulador de la indemnización por despido improcedente que corresponde al trabajador que opta por integrarse en la empresa cesionaria, es el que colectivamente se haya pactado para otro trabajador de igual categoría profesional y antigüedad, y no el que pudiera haber percibido en la empresa cedente⁴⁷.

Como el art. 43 ET no limita los efectos temporales de la opción en el procedimiento de cesión ilegal, la intención de limitar los efectos de la cesión ilegal reconocida en una sentencia, hasta la fecha en la que la empresa formal decidió extinguir la relación, cercena efectivamente tanto la declaración de la ilegalidad de la cesión, cuyos efectos resultan acotados o restringidos en el tiempo, como la de la opción ejercitada por la permanencia⁴⁸.

3.3 La borrosa frontera que la separa con la contrata de obras o servicios

3.3.1 DIFERENCIAS Y CONEXIONES ENTRE AMBAS FIGURAS

En ambas figuras, se desarrolla una prestación de servicios en el contexto de un contrato de trabajo celebrado con un empresario, y de los que va a resultar beneficiario otro empresario distinto a aquel que contrató al trabajador; ambos mecanismos permiten a un empresario disponer de prestaciones laborales y sin necesidad de vincularse jurídicamente con los trabajadores a través de un contrato de trabajo, y ello sobre la base de un negocio jurídico celebrado

⁴⁵ STS 5 febrero 2008 (rec. 4713/2006).

⁴⁶ SSTs 20 abril 2021 (rec. 2700/2018) y 15 octubre 2019 (rec. 1620/2017).

⁴⁷ SSTs 13 octubre 2020 (rec. 801/2018) y 16 julio 2020 (rec. 733/2018).

⁴⁸ STS 6 julio 2022 (rec. 2322/2019). Todo ello aboca a erradicar las limitaciones temporales de la opción de la actora que acuerda la sentencia recurrida, no sin antes precisar que ello no prejuzga las eventuales vicisitudes que pudiere aparejar la sentencia de despido, en la que la facultad de opción, ya se señalaba.

entre la empresa que contrata al trabajador y la que pretende ser beneficiaria de sus servicios⁴⁹.

La línea fronteriza entre una genuina contrata de servicios y una cesión ilegal de trabajadores (pseudo-contrata) nunca ha sido clara y ello sirve de incentivo a la contratación a través de este tipo de empresas: la jurisprudencia parte de la premisa de que cuando la contrata se concreta en una prestación de servicios que tiene lugar en el marco de la empresa principal o arrendataria, no es fácil diferenciarla de la cesión, lo que se agrava porque, en la práctica, se recurre a las contratas como medio formal de articular el acuerdo interpositorio de facilitación de trabajadores entre el cedente y el cesionario y es difícil reconocer en las circunstancias de cada caso, el límite entre un mero suministro de trabajadores y una descentralización productiva lícita⁵⁰.

La actuación empresarial en el marco de la contrata es un elemento clave de calificación, aunque, excepcionalmente, el ejercicio formal del poder de dirección empresarial por el contratista no sea suficiente para eliminar la cesión si se llega a la conclusión de que aquel no es más que un delegado de la empresa principal, como es el caso de los locutorios telefónicos⁵¹.

Cuando la contrata consiste en una prestación de servicios que tiene lugar en el marco de la empresa principal o arrendataria, no es fácil diferenciarla de la cesión, lo que se agrava porque en la práctica se recurre a las contratas como medio formal de articular un acuerdo interpositorio de facilitación de trabajadores entre el cedente y el cesionario y es difícil reconocer, en las circunstancias de cada caso, el límite entre un mero suministro de trabajadores y una descentralización productiva lícita; así, la doctrina judicial ha recurrido a la aplicación ponderada de diversos criterios de valoración que no son excluyentes, sino complementarios, y que tienen un valor indicativo u orientador: la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios y la realidad empresarial del contratista, que se pone de manifiesto en relación con datos de carácter económico, como capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva⁵².

⁴⁹ LLANO SÁNCHEZ, Mónica: *Responsabilidad empresarial en las contratas y subcontratas*, cit., pp. 99-100.

⁵⁰ CAVAS MARTÍNEZ, Faustino: *Aspectos jurídico-laborales de la externalización productiva a través de empresas multiservicios: estado de la cuestión y propuestas*, cit., p. 65.

⁵¹ Entre otras, SSTS 14 septiembre 2001 (rec. 2142/2000); 17 enero 2002 (rec. 3863/2000); 16 junio 2003 (rec. 3054/01); y 14 marzo 2006 (rec. 66/05).

⁵² STS 17 enero 1991 (rec. 990/90).

Y en otras ocasiones se ha dicho que la línea divisoria entre los supuestos de subcontratación lícita y de pseudo-contrata o cesión ilegal de trabajadores bajo falsa apariencia de contrata de obras o servicios ha de ser trazada de acuerdo con la doctrina del empresario efectivo⁵³, debiendo ponderarse el desempeño de la posición empresarial no de manera general sino en relación al trabajador concreto que la solicita⁵⁴.

En los casos de cesión ilegal de trabajadores que se prevén en el art. 43 del ET no es fácil que pueda producirse la contradicción entre sentencias que exige la normativa para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina, pues, en bastantes ocasiones, no es fácil fijar la diferencia entre los casos lícitos de contratas y subcontratas admitidos por el art. 42 ET, y los supuestos de cesión ilegal de trabajadores que proscribe el art. 43 ET, siendo necesario entonces, para llegar a una u otra solución, tener en cuenta las particulares circunstancias y elementos concurrentes en cada situación, pudiendo ser decisiva la aparición o no de una o varias de esas circunstancias y datos especiales⁵⁵.

Para establecer el límite entre la cesión y la contrata ha de atenderse a diversos criterios de valoración de carácter complementarios, como la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios, el ejercicio de los poderes empresariales, la realidad empresarial del contratista, etc., concluyendo además que la cesión puede llevarse a cabo incluso en empresas con patrimonio y estructura propia y al margen de la solvencia de la entidad de que se trate⁵⁶.

3.3.2 LA LOCALIZACIÓN DEL SERVICIO EN LAS DEPENDENCIAS DE LA EMPRESA PRINCIPAL

La localización del servicio en las dependencias de la empresa principal pone de manifiesto la ausencia de soporte empresarial en la empresa que actúa como contratista, sin que desvirtúe lo anterior el hecho de que el citado contratista retenga ciertas facultades empresariales como las de carácter disciplinario, ordenación de vacaciones y control de acceso y salida de per-

⁵³ STS 18 marzo 1994 (rec. 558/93).

⁵⁴ STS 19 enero 1994 (rec. 3400/92).

⁵⁵ STS 20 septiembre 2003 (Tol 410154)].

⁵⁶ STS 16 junio 2003 (rec. 3054/2001).

sonal, ya que tales funciones son plenamente compatibles con la cesión de trabajadores⁵⁷.

El hecho de que la actividad de la contratista se desarrolle en las dependencias de la empresa principal, la contratante, no conlleva la declaración automática de cesión ilegal, puesto que hay supuestos en los que el servicio debe prestarse necesariamente en el lugar de la empresa principal. Esto con independencia de que igualmente se usen ordenadores y medios informáticos de la entidad principal que contrata el servicio pues para prestar el servicio la contratista es posible que precise conocer los datos que almacenan⁵⁸.

4. LA RETRIBUCIÓN DE LOS TRABAJADORES ABONADA POR UNA ETT

4.1 Concepto y requisitos para su constitución

Como se ha señalado, sólo es legal la cesión de trabajadores realizada con la intermediación de una ETT (empresas que se dedican a contratar trabajadores para cederlos a otras empresas que los utilizan o a operar como agencias de colocación), siempre que se cumplan dos requisitos: a) subjetivo: la ETT ha de estar debidamente autorizada; y b) objetivo: la cesión de trabajadores temporales se ha de efectuar en los supuestos legalmente establecidos. Fuera de esos supuestos, toda cesión de mano de obra en favor de una empresa usuaria operada por empresas de trabajo temporal, aún estando está debidamente autorizada para operar en el tráfico mercantil, se considera ilegal.

Resulta ilegal la cesión de trabajadores no solamente cuando es llevada a cabo por empresas que no estén debidamente autorizadas como ETT, sino también cuando el contrato no se hubiese concertado en «los términos que legalmente se establezcan»; esto es, en los supuestos de contratación temporal legalmente autorizados, por así imponerlo la interpretación literal, sistemática e histórica del art. 43 ET⁵⁹. La provisión de fuerza de trabajo a empresas usuarias por medio de ETT es en nuestro Derecho la excepción a la norma general de la ilegalidad de la cesión de trabajadores, y como tal regla de excepción debe ser interpretada de manera estricta⁶⁰.

⁵⁷ STS 16 junio 2003 (rec. 3054/2001).

⁵⁸ STS 25 noviembre 2019 (rec. 81/2018).

⁵⁹ STS 4 julio 2006 (rec. 1077/05).

⁶⁰ STS 19 febrero 2009 (rec. 2748/2007).

Se formaliza una relación triangular (entre la ETT, la empresa usuaria y el trabajador) con el fin de cubrir una necesidad temporal de mano de obra de la empresa usuaria, no pudiendo utilizar esta modalidad contractual para necesidades permanentes; por tanto, se formalizan dos contratos: por un lado, el contrato laboral entre la ETT y el trabajador; y por otro, el contrato entre la ETT y la empresa usuaria, que se denomina de puesta a disposición (art. 6.2 LETT). El contrato que formalice la ETT con el trabajador puede ser indefinido o temporal. La modalidad fijo-discontinuo pueden concertarla, incluso para ceder a trabajadores con esas características, según parece desprenderse del art. 16.1 ET que alude a esta contratación de una persona «para ser cedida», si bien parece que ello será en los supuestos en los que la empresa la puede necesitar conforme a las posibilidades de la LETT, y por tanto para necesidades temporales.

4.2 Especialidades en la retribución

La retribución de los trabajadores puestos a disposición, la abona la ETT, así como la cotización a la Seguridad Social. Cuando los trabajadores desarrollen tareas en el ámbito de la empresa usuaria, las facultades de dirección y control de la actividad laboral serán ejercidas por aquella durante el tiempo de prestación de servicios en su ámbito (art. 15.1 LETT). Esto no incluye el poder sancionador, del que siempre es titular la ETT, teniendo la empresa usuaria, cuando considere que por parte del trabajador se hubiera producido un incumplimiento contractual, que ponerlo en conocimiento de la ETT a fin de que esta adopte las medidas sancionadoras correspondientes (art. 15.2 LETT).

Los trabajadores cedidos tienen los mismos derechos básicos respecto de las condiciones esenciales de trabajo y empleo (remuneración, la duración de la jornada, las horas extraordinarias, los periodos de descanso, el trabajo nocturno, las vacaciones y los días festivos) que si los hubiera contratado directamente la empresa usuaria; se trata de un principio (equiparación de derechos) axial y celosamente defendido por la jurisprudencia tanto nacional como comunitaria ⁶¹

Los trabajadores cedidos tienen derecho a percibir, no solo las retribuciones fijadas en el convenio colectivo aplicable a la empresa usuaria, sino el salario total que esta abona a sus propios trabajadores; es claro que por respeto a ese derecho la empresa usuaria está obligada, a «consignar dicho salario en el

⁶¹ MONTÓYA MELGAR, Alfredo: *Derecho del Trabajo*, cit., p. 465.

contrato de puesta a disposición del trabajador». No obstante, procede hacer algunas matizaciones ⁶²:

– El que el art. 11.1 de la Ley 14/1994 establezca «una garantía de mínimos» (tendrán derecho durante los periodos de prestación de servicios en las mismas a percibir, como mínimo, la retribución total), no excluye la obligación de abonar «la retribución total» que satisface la empresa usuaria; al contrario, lo que permite el precepto es que incluso tales retribuciones totales puedan ser superadas por pacto entre la ETT y sus trabajadores.

– La obligación de abono se extiende, no solo a los conceptos salariales en sentido estricto, sino a todo tipo de «retribuciones». Lo que llevó a calificar como tal una «compensación por ayuda alimentaria», tras razonar que la obligación de abono alcanza a «las indemnizaciones o suplidos de los gastos realizados por el trabajador como consecuencia de la actividad laboral», pero no, como es lógico, a las «mejoras voluntarias de la Seguridad Social y la llamada acción social empresarial», ni tampoco a las «indemnizaciones por suspensiones y extinciones de la relación laboral» ⁶³.

El empresario usuario o cliente no paga a los trabajadores de las empresas de trabajo temporal ni cotiza por ellos a la seguridad social, pero si la empresa de trabajo temporal incumpliese esas obligaciones, así como de la indemnización económica derivada de la extinción del contrato de trabajo, es responsable subsidiario de su cumplimiento, lo que quiere decir que los trabajadores primero reclamarían a la empresa de trabajo temporal, y, en caso de no abonarles lo adeudado, podrían reclamar a la empresa usuaria.

La asimilación de los trabajadores puestos a disposición a los trabajadores de la empresa usuaria debe comprender también las condiciones retributivas que deriven de decisiones del empresario, siempre que tales decisiones tengan eficacia personal general en el ámbito de la empresa usuaria, como sucede con las que la doctrina científica denomina condiciones más beneficiosas o mejoras voluntarias de carácter colectivo, no así los pactos individuales y los complementos denominados «*ad personam*», no vinculados al puesto de trabajo ⁶⁴.

⁶² STS 22 enero 2009 (rec. 4262/2007).

⁶³ La sentencia extendió tal obligación incluso a «las condiciones retributivas que deriven de decisiones del empresario siempre que tales decisiones tengan eficacia personal general en el ámbito de la empresa usuaria, como sucede con las que la doctrina científica denomina condiciones más beneficiosas de carácter colectivo», pero porque ello se deducía del Convenio Colectivo aplicable en aquel caso.

⁶⁴ STS 25 septiembre 2002 (rec. 70/2002).

Por lo que se refiere al complemento de incapacidad temporal para el personal de la empresa usuaria, no queda comprendido en la equiparación entre trabajadores de la empresa usuaria y trabajadores puestos a disposición por tratarse de una percepción que se produce cuando el contrato de trabajo está suspendido y la garantía del art. 11 LETT no se aplica a un complemento no salarial no vinculado al puesto de trabajo⁶⁵.

Para cumplir la finalidad de equiparación salarial perseguida por el art. 11 LETT es obligado interpretar la referencia del mismo al «convenio colectivo aplicable a la empresa usuaria» en un sentido amplio, que comprenda las distintas modalidades de la negociación colectiva que se encargan de determinar retribuciones, cualquiera que sea su naturaleza y eficacia. De no ser así el efecto útil de la norma se vería perjudicado en todos aquellos supuestos, bastante frecuentes en la vida de las empresas, en que o bien no existe un convenio colectivo aplicable que se haya tramitado por el cauce del Título III del ET, o bien las retribuciones de los convenios colectivos estatutarios o de eficacia general se han elevado a través de acuerdos o pactos de empresa⁶⁶.

Existe el derecho de los trabajadores de la ETT, legalmente cedidos a la empresa usuaria, a percibir el importe de beneficios que cobraron los trabajadores de la usuaria. Los trabajadores cedidos tienen derecho a percibir, no solo las retribuciones fijadas en el convenio colectivo aplicable a la empresa usuaria, sino el salario total que ésta abona a sus propios trabajadores. Se extiende tal obligación incluso a las condiciones retributivas que deriven de decisiones del empresario siempre que éstas tengan eficacia personal general en el ámbito de la empresa usuaria⁶⁷.

Los trabajadores de la ETT tienen derecho a percibir las mismas retribuciones que los trabajadores de la empresa usuaria de manera que, si se convino una retribución variable (paga de beneficios) para éstos, debe hacerse extensiva a los trabajadores cedidos⁶⁸.

Por último, señalar que es procedente la sanción a una empresa cesionaria por los numerosos contratos de puesta a disposición celebrados en fraude de ley de manera continua con la ETT cedente y la cesionaria, pues evidencia que se trataba de una necesidad continua de personal para cubrir necesidades estructurales y permanentes. Es irrelevante que no hubiera un plan preconce-

⁶⁵ STS 7 febrero 2007 (rec. 104/2005).

⁶⁶ STS 25 septiembre 2002 (rec. 70/2002).

⁶⁷ SAN 7 marzo 2019 (rec. 16/2019).

⁶⁸ STS 20 octubre 2020 (rec. 110/2019).

bido, pues las empresas deben conocer la normativa más aún, si la situación se prolongó durante mucho tiempo ininterrumpidamente ⁶⁹.

5. CONCLUSIONES

Primera. La responsabilidad del empresario principal no se extiende a todas las deudas laborales y de Seguridad Social asumidas por la empresa contratista o subcontratista, sino que se ciña los créditos por salarios a las deudas de Seguridad Social correspondientes a cotizaciones y a prestaciones de carácter obligatorio y a los recargos y las prestaciones por incumplimiento de los deberes de seguridad higiene que competen al empresario principal. Quedan excluidos del ámbito de esta garantía, las deudas de naturaleza extrasalarial, las correspondientes a salarios de tramitación, así como las mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social.

Segunda. Únicamente se tienen que tener en cuenta los créditos nacidos dentro del periodo de vigencia de la contrata respecto del personal utilizado por el comitente, quedando comprendidas tanto las tareas productivas como las administrativas. Y dicha responsabilidad tiene la limitación temporal de 3 años a contar desde la terminación del encargo en lo que respecta a las deudas de Seguridad Social y el plazo de 1 año para las deudas salariales.

Tercera. Si el empresario principal incumple con la obligación de solicitar a la TGSS la certificación negativa por descubierto en las cotizaciones, y existir deudas pendientes por este concepto, responde solidariamente, aunque correspondan a un periodo anterior al de la vigencia de la contrata.

Cuarta. Si la contrata se desnaturaliza dándose paso a una situación de cesión ilegal de la mano de obra, las consecuencias y garantías aplicables a los trabajadores afectados serán las previstas en el art. Hoy no hoy no cuando se te ha atrasado un poco te tenía que haber quedado Jumilla 43 ET, y por tanto, más onerosas.

Quinta. Los casos de empresas contratistas que asumen la posición de empresarios o empleadores respecto de sus trabajadores, desempeñando los poderes y afrontando las responsabilidades propias de tal posición se incluyen en la subcontratación lícita (del art. 42 ET), mientras que los casos de contratas ficticias de obras o servicios que encubren una mera provisión de mano de obra constituyen cesión ilegal de trabajadores (prohibida y regulada por el 43 ET). Siendo ello así, para proceder a la calificación que corresponda

⁶⁹ STS 20 marzo 2024 (rec. 134/2022).

en cada caso es necesario en cada litigio considerar las circunstancias concretas que rodean la prestación de servicios del trabajador, las relaciones efectivamente establecidas entre el mismo y las empresas que figuran como comitente y contratista, y los derechos y obligaciones del nexo contractual existente entre estas últimas.

Sexta. Las ETT pueden contratar trabajadores con carácter indefinido o temporal para ponerlos a disposición temporalmente, si bien, en la mayoría de los casos, los contratan de forma temporal, siendo la duración de este contrato equivalente a la del contrato de puesta a disposición que formalizan las ETT y la empresa usuaria. Y, en todo caso, solo pueden ceder trabajadores a otro empresario si este tiene una necesidad de las que le hubiese permitido acudir a una contratación temporal, pero nunca para cubrir puestos que puedan considerarse fijos: si se contrata trabajadores a través de una ETT para atender necesidades permanentes la contratación es fraudulenta, siendo solidaria la responsabilidad de la ETT y la empresa usuaria. Si los contrata por tiempo indefinido hay obligación de pagar el salario y de cotizar a la Seguridad Social en los periodos de inactividad entre misión y misión.

6. BIBLIOGRAFÍA

- CAVAS MARTÍNEZ, Faustino: *Aspectos jurídico-laborales de la externalización productiva a través de empresas multiservicios: estado de la cuestión y propuestas*, Thomson Reuters (Aranzadi), Cizur Menor (Navarra), 2019.
- GONZÁLEZ MARTÍNEZ, José Antonio: «Recensión a la obra de Faustino Cavas Martínez: Aspectos jurídico-laborales de la externalización productiva a través de empresas multiservicios: estado de la cuestión y propuestas», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 220, 2019.
- LLANO SÁNCHEZ, Mónica: *Responsabilidad empresarial en las contrata y subcontratas*, Colección Relaciones Laborales, La Ley-Actualidad, Madrid, 1999.
- MONTÓYA MELGAR, Alfredo: *Derecho del Trabajo*, 45.ª Edición, Tecnos, Madrid, 2024.

CAPÍTULO XXVI

SOCIALIZACIÓN DEL RIESGO DE INSOLVENCIA EMPRESARIAL: EL FONDO DE GARANTÍA SALARIAL

SUSANA BRAVO SANTAMARÍA

Abogada. Exprofesora asociada URJC

Representante por UGT en el Consejo Rector de FOGASA

1. LA PROTECCIÓN DEL SALARIO EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL: LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO Y LOS CONVENIOS APLICABLES

La protección del salario en el ámbito internacional, en Naciones Unidas, concretamente en los convenios internacionales y demás instrumentos normativos promulgados dentro del ámbito de la Organización internacional del trabajo (OIT), se remontan a la mitad del siglo pasado.

La OIT, ha adoptado cinco convenios específicamente centrados en la protección de los salarios, independientemente de otros en los que de manera tangencial también se haya protegido, todos con sus correspondientes Recomendaciones: tres sobre la fijación de salarios mínimos (los núms. 26, 99 y 131); uno sobre igualdad de remuneración (núm. 100); y dos sobre medidas de protección del salario (los núms. 95 y 173).

Inicialmente, por ejemplo, y en materia de garantía salarial en caso de insolvencia empresarial, el Convenio núm. 95 fue adoptado por la Conferencia

General, en su 32.^a reunión, el 8 de junio de 1949, y ratificado por 98 países, que permanece en vigor.

España concretamente lo ratificó el 24 de junio de 1958, aunque excluyendo su art. 11, debido a la ratificación del Convenio núm. 173, sobre protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador. En dicho convenio concretamente en los arts. 10 y 11, del mismo, se establece como garantía de protección del salario, la imposibilidad de embargo o cesión, dentro de unos límites, para garantizar el mantenimiento del trabajador y de su familia (art. 10.2).

También se establece que en caso de quiebra (o concurso de acreedores) o de liquidación judicial de una empresa, las personas trabajadoras, empleadas en la misma, deberán ser consideradas como acreedores preferentes en lo que respecta a los salarios que se les deban por los servicios prestados durante un período anterior a la quiebra o a la liquidación judicial, aunque ésta debe ser determinada por la legislación nacional. (art. 11.1).

El salario que constituya un crédito preferente se deberá pagar íntegramente antes de que los acreedores ordinarios puedan reclamar la parte del activo que les corresponda (art. 11.2). La legislación nacional deberá determinar la relación de prioridad entre el salario que constituya un crédito preferente y los demás créditos preferentes (art. 11.3).

Con posterioridad, y revisando en parte el Convenio anterior, el Convenio 173 se adoptó por la Conferencia General de la OIT, en su 79.^a reunión, el 3 de junio de 1992, aunque inicialmente solo fue ratificado por 21 países.

España lo ratificó el 16 de mayo de 1995, aceptando parcialmente sus obligaciones, excluyendo a los empleados públicos y al personal de trabajo doméstico. Entró en vigor el 8 de junio de 1995. También se adoptó la Recomendación núm. 180, sobre la protección de los créditos laborales de insolvencia del empleador.

Este Convenio determina la posibilidad de optar por distintos sistemas de protección del salario en caso de insolvencia de los empresarios o empleadores, basándose en primer lugar en otorgar, aunque en este aspecto lo hace, como el convenio predecesor, un privilegio a los créditos salariales, frente a otros créditos, y, en segundo lugar, pudiendo proteger parte de dichos créditos mediante una institución de garantía.

Además, incluye como concepto de insolvencia a aquella situación en la cual y de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, se haya abierto un procedimiento relativo a los activos de un empleador, con objeto de pagar colectivamente a sus acreedores. Es importante destacar que cualquier Estado que haya ratificado dicho Convenio puede extender este concepto a cualquier situación en la que no puedan pagarse los créditos labora-

les, debido a determinada causa o situación financiera de un empleador, y siempre que los activos de éste sean insuficientes para abonar los créditos salariales pendientes de pago.

La Recomendación 180, que acompaña al Convenio, es necesario tenerla muy en cuenta, porque concreta la posibilidad de incluir otras situaciones añadidas como ejemplos, al concepto de insolvencia como son:

- a) Cuando haya cerrado la empresa o hayan cesado sus actividades, o sea objeto de una liquidación voluntaria;
- b) cuando el monto de los activos del empleador sea insuficiente para justificar la apertura de un procedimiento de insolvencia;
- c) cuando las sumas que se adeudan al trabajador, en razón de su empleo, estén en vías de cobro y se constate que el empleador carece de activos o que éstos no bastan para pagar la deuda en cuestión;
- d) cuando haya fallecido el empleador, se haya puesto su patrimonio en manos de un administrador y no puedan saldarse las sumas adeudadas con el activo de la sucesión.

Volviendo a la protección de los créditos laborales mediante su consideración de privilegiados, el Convenio señala que, deberán quedar protegidos por un privilegio, en relación al listado de acreedores, de modo que sean pagados con cargo a los activos del empleador insolvente antes de que los acreedores no privilegiados puedan cobrar la parte que les corresponda (art. 5). Dicho privilegio deberá cubrir, al menos los créditos laborales correspondientes a un período determinado, precedente a la insolvencia o a la terminación de la relación de trabajo, que no debería ser inferior a tres meses.

Es necesario añadir que la Recomendación 180, en su punto 3.1, sugiere:

- a) Que el privilegio debería comprender las primas por horas extraordinarias, comisiones y otras modalidades de remuneración y ampliar el plazo a doce meses como mínimo;
- b) las sumas adeudadas en concepto de vacaciones pagadas correspondientes al trabajo efectuado en el curso del año en el que ha sobrevenido la insolvencia o la terminación de la relación de trabajo, así como las correspondientes al año anterior;
- c) las sumas adeudadas en concepto de otras ausencias retribuidas, correspondientes a un período determinado, que no deberá ser inferior a tres

meses, precedente a la insolvencia o a la terminación de la relación de trabajo. De la misma manera, este apartado habla de incluir las primas de fin de año (pagas extraordinarias), y otras primas establecidas en la legislación nacional, los convenios colectivos o los contratos individuales de trabajo y ampliar el plazo a doce meses como mínimo;

d) las indemnizaciones por fin de servicios adeudadas al trabajador con motivo de la terminación de la relación de trabajo.

También esta Recomendación, sugiere cubrir los pagos adeudados en sustitución del preaviso de despido, las indemnizaciones por despido injustificado y otras sumas adeudadas a los trabajadores con motivo de la terminación de su relación de trabajo, y las indemnizaciones por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, cuando corran directamente a cargo del empleador.

Además, añade que la protección conferida por un privilegio podría cubrir los siguientes créditos:

a) Las cotizaciones adeudadas en virtud de los regímenes legales nacionales de Seguridad Social, cuando su falta de pago perjudique los derechos de los trabajadores;

b) las cotizaciones adeudadas a los regímenes privados de protección social, sean profesionales, interprofesionales o de empresa, que existan independientemente de los regímenes legales nacionales de Seguridad Social, cuando su falta de pago perjudique los derechos de los trabajadores;

c) las prestaciones a que tuviesen derecho los trabajadores antes de la insolvencia, en virtud de su participación en regímenes de protección social de la empresa y cuyo pago incumba al empleador.

Es importante subrayar que, para esta Recomendación, los créditos a que se refiere el punto 3, párrafos 1) y 2), reconocidos a una persona trabajadora por sentencia o laudo arbitral, en los doce meses anteriores a la insolvencia, deberían ser cubiertos por el privilegio correspondiente, independientemente de los límites de tiempo mencionados en dichos párrafos.

La legislación nacional podrá limitar, sin embargo, el alcance del privilegio de los créditos laborales a una determinada cuantía, que no deberá ser inferior a un mínimo socialmente aceptable, debiendo modificarse según sea

necesario en función de la variación de la economía o el nivel de vida de las ciudadanas y los ciudadanos.

El Punto 4 de la Recomendación, señala que, la mencionada cuantía debería tener en cuenta variables como el salario mínimo, la parte correspondiente e inembargable del salario, el salario que sirva de base para calcular las cotizaciones a la Seguridad Social o el salario medio en determinados sectores. La Recomendación señala, que cuando se autorice la continuación de las actividades de una empresa que sea objeto de un procedimiento de insolvencia, en virtud de la legislación nacional, los créditos laborales correspondientes al trabajo efectuado a partir de la fecha en que se decidió esa continuación deberían quedar excluidos del procedimiento y saldarse a sus vencimientos respectivos con los fondos disponibles (Punto 5).

También añade cual debería ser el rango del privilegio de los créditos salariales como garantía para su abono. La legislación nacional deberá atribuir a los créditos laborales un rango de privilegio superior al de la mayoría de los demás créditos privilegiados, y en particular a los del Estado (Hacienda pública, por ejemplo) y de la Seguridad Social (art. 8.1), salvo cuando los mismos están protegidos por una institución de garantía, en cuyo caso, se les podrá atribuir un rango de privilegio menos elevado que el de los créditos del Estado y de la Seguridad Social (art. 8.2).

1.1 El procedimiento del pronto pago

La propia Recomendación habla de que determinado tipo de créditos deberían ser abonados por medio de un procedimiento de «pronto pago». Si el procedimiento de insolvencia no permitiera asegurar el pago rápido de los créditos laborales protegidos por un privilegio, la Recomendación señala que debería existir un procedimiento de pronto pago para que dichos créditos fueran pagados antes de concluir el procedimiento de insolvencia, con los fondos disponibles o tan pronto como queden disponibles, a menos que el pronto pago de los créditos laborales esté asegurado por una institución de garantía (Punto 6.1). Dicho pronto pago que debería amparar a la totalidad del crédito protegido por un determinado privilegio, o por lo menos a una parte del mismo, según la legislación nacional (Punto 6.3) podría asegurarse (Punto 6.2) de la siguiente manera:

a) o bien por la persona o la institución encargada de administrar el patrimonio del empleador insolvente que debería pagar dichos créditos, una vez verificada su autenticidad y su exigibilidad;

b) o, en caso de impugnación, en el procedimiento de insolvencia de que se trate, el trabajador debería estar habilitado para hacer reconocer la validez de sus créditos por un tribunal o cualquier otro organismo competente en la materia, a fin de obtener entonces el pago de conformidad con el apartado anterior.

Me gustaría subrayar como autora de este trabajo que la Recomendación a la que se está haciendo referencia, señala que la cuantía salarial en todo caso, que debe ser garantizada tiene que tener un componente muy importante, también subrayada por la Carta Social europea, y es que dicha cuantía tenga un importe mínimo «socialmente aceptable».

Si según los instrumentos internacionales puestos de manifiesto, como luego se desarrollará al hablar de la regulación de la Carta Social Europea, consideran que el salario garantizado debe ser socialmente aceptable y que según la Recomendación mencionada reiteradas veces en este apartado, junto al Convenio al que se anexiona, señala que para que dicha cuantía sea socialmente responsable es necesario tener en cuenta variables o determinaciones tales como el salario mínimo (se entiende interprofesional, SMI), la cuantía inembargable del SMI, el salario que sirve de base para calcular las cotizaciones a la Seguridad Social o el salario medio en general en el sector más importante de una economía, no parece que en la actualidad España cumpla, con sus obligaciones internacionales.

Es más, durante determinada época, concretamente durante los años 2012-2014, la cobertura de nuestra institución de garantía: el Fondo de Garantía Salarial, tuvo cientos de miles de trabajadores, esperando más dos años para ver abonadas sus prestaciones por insolvencia empresarial, años muy difíciles, en los que además dicho organismo fue descapitalizado, perdido su patrimonio y debiendo ver autorizadas las cuantías o nóminas correspondientes de abono de las prestaciones debidas con cargo a los presupuestos generales del Estado.

2. LA REGULACIÓN DEL ASEGURAMIENTO DEL SALARIO POR EL ORDENAMIENTO COMUNITARIO

La Directiva 2008/94/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario modifica y codifica a la anterior, sobre la

misma materia: Directiva 80/987/CEE del Consejo, modificada con anterioridad por la Directiva 2002/74/CE¹.

Como sus predecesoras, la Directiva 2008/94, tiene por objeto garantizar el pago de los salarios o remuneraciones de las personas trabajadoras por cuenta ajena, en caso de que el empresario o empleador, alcance una situación de insolvencia empresarial. De esta manera la Unión Europea (UE), obliga a todos los Estados Miembros a establecer instituciones de garantía y además establece las modalidades en caso de insolvencia de los empresarios transfronterizos.

En realidad, esta Directiva, debido a varias reformas llevadas a cabo sobre la Directiva 80/987/CEE, viene a codificar tales modificaciones, recogiendo las tendencias legislativas en la materia, y abarcando procedimientos de insolvencia distintos de la liquidación, con el objetivo de la supervivencia empresarial, además de añadir el trato procedimental como uno solo, de una situación de insolvencia que pueda dar lugar a varios procedimientos. Pero también aunque parcialmente, ha sido objeto de modificaciones por la Directiva 2015/1794 del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de octubre de 2015, relativa a la gente del mar².

También su objeto se centra en garantizar la seguridad jurídica de las percepciones salariales de las personas trabajadoras en caso de insolvencia cuando éstas ejerzan sus actividades en varios Estados Miembros, consolidando los derechos provenientes de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), con el objeto de aclarar que institución será la competente para el pago de los créditos debidos en estos casos.

La Directiva tiene como objetivo fundamental, garantizar que los trabajadores por cuenta ajena no pierdan sus derechos económicos (principalmente salarios e indemnizaciones), cuando su empleador se encuentre en una situación, reversible o no, de insolvencia, y créditos laborales impagados, derivados de la relación de trabajo. Esta protección se considera esencial para caminar hacia la consagración de los derechos sociales de la UE, aunque por supuesto proviene de los Convenios internacionales de la OIT, que mayoritariamente han sido ratificado por todos los países integrantes de la Unión.

¹ Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario y Directiva 2002/74/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que la modificó.

² Directiva 2015/1794 del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de octubre de 2015, por la que se modifican las Directivas 2008/94/CE, 2009/38/CE y 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y las Directivas 98/59/CE y 2001/23/CE del Consejo, en lo que se refiere a la gente de mar.

Para la Directiva codificadora, un empresario se considera insolvente cuando: se inicia un procedimiento legal colectivo que implique el desapoderamiento parcial o total de sus facultades de gestión, de tal manera que se proceda o bien a declarar la insuficiencia de activos para hacer frente a sus créditos o bien, incluso la liquidación de la empresa.

La regulación de la Directiva, por supuesto es para las personas trabajadoras por cuenta ajena, tal y como hemos anunciado, eso sí, independientemente del tipo de contrato, y tanto si el contrato es de duración determinada como indefinido, o si es a tiempo completo, como a tiempo parcial, sin que exista una duración mínima para dar lugar a las prestaciones por insolvencia de que se haga cargo la institución de garantía.

Los Estados Miembros deben establecer instituciones que garanticen el pago de créditos laborales impagados, independientes del capital empresarial y no embargables, y contribuyendo los empresarios a su financiación salvo que esté garantizado por fondos públicos.

Esto sí, las limitaciones de las cuantías garantizadas, las deben establecer los Estados Miembros, aunque pudiendo limitarse los pagos, se deben cubrir al menos tres meses de salarios debidos, aunque se podrían establecer períodos de referencia más amplios (hasta 18 meses), con límites mínimos de ocho semanas, y siempre que sean socialmente compatibles y comunicados a la Comisión Europea (CE).

Sobre la compatibilidad social reiteramos que se hará una referencia en el apartado de la Carta Social Europea, puesto que en materia de insolvencia es importante su consideración.

No hay que olvidar en todo caso que, la norma comunitaria, considera que un empresario no puede hacer frente a sus deudas:

- Cuando se haya solicitado la apertura de un procedimiento colectivo basado en la insolvencia del empresario, previsto por las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de un Estado Miembro, que implique el desapoderamiento parcial o total de éste y el nombramiento de un síndico o persona que ejerza una función similar;

- la autoridad competente haya decidido la apertura del procedimiento o haya comprobado el cierre definitivo de la empresa o del centro de trabajo de que se trate, así como la insuficiencia del activo disponible para justificar la apertura del procedimiento.

También hay que tener en cuenta que la Directiva no hace distinción entre comerciantes y no comerciantes, empresas grandes o pequeñas, empresas con

o sin beneficios, y las instituciones de garantía de los Estados Miembros tampoco deben hacer estas distinciones³.

En cualquier caso, el artículo 2.4 de la Directiva permite a los Estados Miembros ampliar la protección de los trabajadores por cuenta ajena a otras situaciones de insolvencia, que no se ajusten a las condiciones establecidas en el artículo 2, apartado 1, ampliando así la cobertura de los salarios o remuneraciones.

Por supuesto, las legislaciones nacionales deben definir el concepto de «pago», lo que ha conllevado diferencias entre los Estados Miembros en lo referente al alcance de la garantía. Sin embargo, el Derecho interno debe respetar el principio general de igualdad y no discriminación al determinar las prestaciones a cargo de la institución de garantía⁴, la Directiva también permite a los Estados Miembros limitar la obligación de pago de las instituciones de garantía de dos maneras:

a) fijando la duración del periodo que dé lugar al pago de los créditos impagados, duración que no puede ser inferior a un plazo correspondiente a la remuneración de los tres últimos meses de la relación laboral o,

b) a ocho semanas si el periodo de referencia es de dieciocho meses como mínimo estableciendo límites a los pagos efectuados por la institución de garantía; esos límites no pueden ser inferiores a un umbral socialmente compatible con el objetivo social de la Directiva (artículo 4, apartado 3).

Todos los Estados Miembros han fijado tales topes salvo los Países Bajos, pero el método de cálculo de estos límites varía considerablemente. La Directiva no recoge disposiciones precisas al respecto. Sin embargo, como reconoció la CE en su informe sobre la aplicación de la Directiva, se supone que si los pagos de garantía se consideraran equivalentes, en el análisis final, a los pagos de la asistencia social o al SMI, podrían surgir problemas de compatibilidad con el objetivo social de la Directiva⁵.

³ No obstante, la CE ha comunicado que solo determinados tipos de personas o de entidades pueden someterse a procedimientos de concurso de acreedores, por ejemplo, en Hungría. Lo mismo sucede en Luxemburgo, donde solo pueden ponerse en marcha procedimientos de concurso de acreedores en relación con una empresa comercial o una persona física considerada un comerciante. Lo que significa que lo anterior puede conllevar que queden excluidos de la protección de la Directiva trabajadores contratados por determinadas personas físicas o jurídicas, en algunos Estados Miembros.

⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) (STJUE), de 16 de diciembre de 2004, José Vicente Olaso Valero -Fondo de Garantía Salarial (Fogasa), (C-520/03, Rec. 2004, p. I-12065), apartado 34.

⁵ Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la transposición y la aplicación de determinadas disposiciones de la Directiva 2008/94/CE, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario Bruselas, 28.2.2011 COM (2011) 84 final.

3. LA REGULACIÓN DE LA GARANTÍA SALARIAL EN CASO DE INSOLVENCIA EMPRESARIAL EN LA CARTA SOCIAL EUROPEA

El artículo 25 de la Carta Social Europea (revisada) (CSE), ratificada por España el 11 de junio de 2021, determina el derecho de los trabajadores a la tutela de sus créditos, en caso de insolvencia de su empleador: «Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de los trabajadores a la tutela de sus créditos en caso de insolvencia de su empleador, las Partes se comprometen a que los créditos de los trabajadores derivados de contratos de trabajo o de relaciones laborales sean garantizados por una institución de garantía o por cualquier otro medio efectivo de protección».

También señala que de manera excepcional y siempre previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores, se excluya a determinadas categorías de trabajadores de la protección prevista, en atención a la especial naturaleza de su relación laboral, debiendo determinarse la definición del término insolvencia en la ley o por las prácticas nacionales.

La misma CSE revisada, también determina que créditos de los trabajadores como mínimo deben incluirse:

- Los créditos de los trabajadores por los salarios correspondientes a un periodo determinado, que no podrá ser inferior a tres meses en un sistema de créditos privilegiados y a ocho semanas en un sistema de garantía anterior a la insolvencia o a la cesación de la relación laboral.

- Los créditos de los trabajadores en concepto de las vacaciones pagadas devengadas como resultado del trabajo efectuado en el curso del año en que se produzca la insolvencia o la cesación de la relación laboral.

- Los créditos de los trabajadores por los importes debidos por otros permisos remunerados correspondientes a un período determinado, que no podrá ser inferior a tres meses en un sistema de créditos privilegiados y a ocho semanas en un sistema de garantía, anteriores a la insolvencia o a la cesación de la relación laboral.

Además, establece que las leyes y los reglamentos nacionales podrán limitar la protección de los créditos de los trabajadores a un importe determinado que deberá ser de un nivel «socialmente aceptable»⁶.

La redacción de este artículo 25, es muy claro, por lo que en general, salvo conclusiones de incumplimiento o de necesidad de pedir mayor informa-

⁶ Sobre el nivel socialmente aceptable cabría la equiparación con la Directiva 2022/2041, de 19 de octubre sobre unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea.

ción el Comité de derechos sociales (CDS), que es el órgano encargado de vigilar el cumplimiento de la CSE, por medio de varios procedimientos, dicho órgano, no ha emitido mucha jurisprudencia (no sería el término preciso, pero sí muy expresivo) o decisiones en relación con este artículo.

En todo caso la redacción del mismo se inspiró en la redacción del Convenio 173 OIT, y en la Directiva 80/987 de la Comunidad Europea sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario. Así estableció el principio general del derecho de los trabajadores a la protección de sus créditos en caso de insolvencia del empresario, teniendo en cuenta que el concepto de insolvencia debía establecerse por la legislación nacional ⁷.

La idea fundamental que se encuentra dentro del mencionado artículo de éste tan importante instrumento político-jurídico del Consejo de Europa, incluye también, la posibilidad de regular una institución de garantía, y cualquier otra forma de protección de los salarios, como puede ser el sistema de privilegios de la insolvencia, garantizando dicha institución por sí sola la protección del cobro por parte de las trabajadoras y los trabajadores. No obstante, añade un límite a dicha garantía: que el pago de los salarios pendientes por la insolvencia empresarial, sea siempre superior a los activos de la empresa. Incluyendo a casi la totalidad de trabajadores y contratos, con la sola exclusión de los empleados públicos y el personal directivo de las pequeñas empresas.

A este respecto, en España por ejemplo, el art. 30 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, establece el régimen de disponibilidad de los bienes y derechos de dominio público o demaniales, estableciéndose que son «inalienables, imprescriptibles e inembargables», por lo que las posibles deudas a este respecto no podrían ser objeto de responsabilidad de una institución de garantía en estos casos ⁸.

Según el informe mencionado, el término «insolvencia» debe ser determinado por la legislación y las prácticas nacionales incluyendo por tanto, las situaciones en las que se haya abierto un procedimiento relativo a los activos de un empresario con vistas al reembolso colectivo de sus acreedores (concurso de acreedores en nuestra legislación), pero también podrá aplicarse a otras situaciones en las que los créditos de los trabajadores no puedan pagarse debido a la situación financiera del empresario, por ejemplo, cuando se reconozca

⁷ Informe explicativo a la Carta Social Europea (revisada) Estrasburgo, 3. V.1996. <https://rm.coe.int/16800ccde4>

⁸ Los bienes y derechos patrimoniales podrían ser enajenados siguiendo el procedimiento y previo el cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos. De igual forma, estos bienes y derechos podrían ser objeto de prescripción adquisitiva por terceros de acuerdo con lo dispuesto en el Código Civil y en las leyes especiales.

que el importe de los activos del empresario es insuficiente para justificar la apertura de un procedimiento de insolvencia⁹. Además, sería contrario a la CSE, establecer un sistema de privilegios y no una institución de garantía, porque si no queda nada en una empresa, no hay privilegios que valgan¹⁰.

No se deben excluir en cambio a otras categorías de trabajadores, como, por ejemplo, los que hayan trabajado menos de un año para un mismo empresario, los trabajadores a tiempo parcial y con contratos temporales¹¹.

4. LA REGULACIÓN DE LA PROTECCIÓN DE LOS SALARIOS EN ESPAÑA EN CASO DE INSOLVENCIA. EL FONDO DE GARANTÍA SALARIAL (FOGASA)

El Fondo de Garantía Salarial O. A. (Fogasa), fue creado por la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales. En aquel momento se estableció como su principal objetivo: evitar la falta de cobro de los salarios en situaciones de insolvencia producidas por las crisis económicas.

Con posterioridad los arts. 32 y 33 de la Ley 8/80 de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, vinieron a regular tanto las garantías del salario y su privilegio, como la responsabilidad del Fogasa en el caso de la insolvencia empresarial.

La primera vez que se redujeron las garantías de dicha regulación, con la reforma del año 1994, los sindicatos, desde luego, lo consideraron casi una ofensa contra el consenso inicial de la regulación contenida en esta primera norma de las relaciones laborales en la democracia española. Aunque no es momento de entrar en esta polémica si es cierto, que fue una pérdida de derechos importante.

En la actualidad el art. 33 del Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, establece que el Fondo de Garantía Salarial O. A. es un organismo autónomo, adscrito al Ministerio de Trabajo y Economía social, con personalidad jurídica y capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines.

Asimismo, el artículo 89 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, establece que, como organismo autónomo, tiene personalidad jurídica diferenciada, patrimonio y tesorería propios y autonomía de gestión.

⁹ Según el informe, en esos casos los trabajadores tienen derecho a presentar sus reclamaciones ante los tribunales.

¹⁰ Conclusiones 2012, Albania, Article 25, 2012/def/ALB/25/EN

¹¹ Conclusiones 2012, Turquía Article 25 2012/def/TUR/25/EN y Declaración interpretativa art. 25 http://hudoc.esc.coe.int/engri=2008_Ob_7/Ob/EN

Organizativamente, se articula a través de la Secretaría General y cincuenta y dos Unidades Administrativas Periféricas, ubicadas en cada una de las provincias y ciudades autónomas del territorio nacional. Aunque esto, debido a su propia carga de trabajo, y cambios internos no funciona en la actualidad como lo hacía en el momento de su creación.

Su trabajo y objetivo principal es gestionar, acordar, administrar y abonar, las prestaciones en caso de insolvencia empresarial determinadas en el Estatuto de los Trabajadores (ET).

4.1 El Registro electrónico de la solicitud de prestaciones

En su actualización constante y en desarrollo de la llamada e-administración, dando cumplimiento a lo establecido en la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, así como en las leyes 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, complementadas por el Real Decreto 203/2021, que aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos, se creó el registro electrónico para la solicitud de las prestaciones que debe abonar el organismo, registro que permite la presentación de solicitudes todos los días del año, durante las 24 horas del día, debiendo tenerse por supuesto también en cuenta la Orden TES/388/2022 que regula el Registro Electrónico de apoderamientos del FOGASA.

En dicha solicitud, muy intuitiva, se podrán y deberán adjuntar los archivos que se consideren oportunos, y sobre todo necesarios conjuntamente con la solicitud de las correspondientes prestaciones, y tanto si la persona solicitante de la prestación es el interesado, como si es representante del interesado, o los sindicatos de que se traten, que gestionan las prestaciones tras, habitualmente, las correspondientes acciones judiciales necesarias, debiendo acreditarse antes dicha representación también telemáticamente mediante la aplicación o sistema: @podera.

Este sistema, @podera, se regula mediante la Orden PCM/1384/2021, de 9 de diciembre, por la que se regula el Registro Electrónico de apoderamientos en el ámbito de la Administración General del Estado, que concreta el Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, antes mencionado, desarrollando reglamentariamente la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas ¹².

¹² Las últimas modificaciones son: Resolución de 14 de septiembre de 2023. Se modifica el modelo de solicitud de prestaciones al Fogasa para incluir la fecha en la que la administración concursal certificó la inclusión del crédito en la lista de acreedores.

4.2 Organización del Fogasa. El Consejo Rector

El Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial, desarrolla cómo se organiza y cuál es el régimen de funcionamiento de la gestión y el abono de las prestaciones en desarrollo del art. 33 del ET, en caso de insolvencia empresarial.

En cuanto a la dirección y gobierno del organismo, corresponde al Consejo Rector y a la Secretaría General. Además, y todavía en la actualidad, para la instrucción de los correspondientes expedientes de solicitud de prestaciones, y en su caso, para ejercitar las acciones de subrogación para el recobro de las correspondientes cantidades abonadas por el organismo, se constituyen unidades administrativas periféricas que se encuentran integradas en las Direcciones Provinciales de Trabajo y Seguridad Social, aunque en algunos territorios la dependencia es directa de la Secretaría general.

El Consejo Rector, es el órgano superior colegiado de dirección del organismo y está integrado, por el Presidente, cargo que ejerce el Secretario de Estado de Trabajo, cuatro representantes de la Administración Pública, cinco representantes de las Organizaciones sindicales y cinco representantes de las Organizaciones empresariales más representativas con arreglo a la Ley, designados de acuerdo con sus Estatutos, y un Secretario, que será el propio Secretario General del Fondo.

Entre sus funciones se encuentran aprobar el anteproyecto de presupuestos y de su liquidación anual, la memoria anual de actividades del organismo, y las propuestas de cambios de personal, independientemente de que esto se lleva a cabo en la mesa delegada del Ministerio de trabajo y Economía Social, teniendo en cuenta lo establecido en el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, y demás normativa reguladora del personal funcionario y, en su caso, por el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, para el personal laboral que además se regirá por el Convenio Colectivo correspondiente y vigente.

El Consejo Rector se reúne, previa convocatoria de su Presidente, al menos dos veces al año, y a propuesta de la representación sindical o empresarial, creándose en ocasiones grupos de trabajo en función de las necesidades del organismo.

La relativa a la ampliación de la cobertura Fogasa a las personas que trabajan con un contrato calificado de relación laboral especial al servicio del hogar familiar. Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre.

4.3 Memorias anuales de trabajo

Cada año en función de lo establecido en el art. 6 del RD 505/1984, el Fogasa publica una memoria anual en la que se contienen sus objetivos, el grado de cumplimiento de los mismos, la garantía del reconocimiento y abono de las prestaciones, así como las opciones de acortar los tiempos medios de tramitación y pago de las prestaciones por indemnizaciones o salarios pendientes de pago. Además, recoge las gestiones judiciales tanto precautorias como recuperatorias de las cantidades que en su caso de deben abonar y se puede recuperar su abono¹³.

4.4 El abono de las prestaciones por el Fogasa: indemnizaciones y salarios

Con carácter previo es necesario señalar que según el art. 32 del ET, los salarios de las personas trabajadoras debidos por causa de insolvencia empresarial, gozan de preferencia sobre otros créditos, como son: los relativos a los últimos 30 días de trabajo sobre cualquier otro crédito hasta el doble del SMI, y los relativos a los objetos elaborados por los trabajadores, mientras sean propiedad o estén en posesión del empresario.

Los créditos por salarios no protegidos según lo anterior, tendrán la condición de singularmente privilegiados en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del SMI por el número de días de salario pendientes de pago, gozando de preferencia sobre cualquier otro crédito, excepto los créditos con derecho real, en los supuestos en los que éstos, con arreglo a la ley, sean preferentes. La misma consideración tendrán las indemnizaciones por despido, en la cuantía correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base que no supere el triple del SMI.

El plazo para ejercitar los derechos de preferencia del crédito salarial es de un año, a contar desde el momento en que debió percibirse el salario, transcurrido el cual prescribirán tales derechos, pudiendo interrumpirse la prescripción con arreglo a las normas vigentes, y sobre todo interponiendo o iniciando el correspondiente procedimiento judicial.

Las preferencias anteriores, serán de aplicación en todos los supuestos en los que, no hallándose el empresario declarado en concurso, los correspondientes créditos concurren con otro u otros sobre bienes de aquél. En caso de concurso, serán de aplicación las disposiciones de la Ley Concursal sobre cla-

¹³ <https://www.mites.gob.es/fogasa/memorias.html>

sificación de créditos, ejecuciones y apremios, con reglas especiales en relación al concurso laboral, que no serán relatadas en este trabajo, más específico sobre determinadas cuestiones generales del Fogasa.

Volviendo al abono de las prestaciones por el organismo, en virtud de lo establecido en el art. 33 del ET, el Fogasa abona los salarios pendientes de pago, en caso de insolvencia empresarial, incluidos los salarios de tramitación, cuando una empresa es declarada por medio de la correspondiente resolución judicial como insolvente, o está en concurso de acreedores.

Sin embargo, no abona las cuantías totales salvo que no lleguen al límite que marca la legislación vigente, dado que la cuantía máxima a abonar se calcula multiplicando por dos, o elevando al doble, el SMI vigente en el momento del reconocimiento de la prestación, con el tope máximo de 120 días de salario.

Este límite no fue siempre así. Con ocasión del Acuerdo para la mejora del crecimiento y el empleo que suscribieron las organizaciones empresariales y sindicales más representativas: CEOE, CEPYME, UGT y CCOO, y que se integró en la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, se modificó el art. 33.1 del ET, pasando a ser del triple del SMI, y un máximo de 150 días, que sin embargo fue derogado por la reforma llevada a cabo en el año 2012.

Este límite para el abono de los salarios pendientes de pago, incluye el prorrateo de las pagas extraordinarias para su cálculo, pero no incluye conceptos de naturaleza indemnizatoria como pueden ser determinados complementos no salariales tales como pluses de transporte, dietas, desplazamientos, gastos en viajes, etc.

Las indemnizaciones que abona el organismo, son como consecuencia de haberse interpuesto un procedimiento judicial, haber sido reconocidas en sentencia, cuantificadas en el correspondiente Auto, acto de conciliación judicial, no otro tipo de conciliación, o resolución administrativa a favor de las personas trabajadoras y como consecuencia de o bien una resolución del contrato de trabajo a instancias del empresario (despido) o bien que dicha resolución de contrato sea a instancia de un trabajador o trabajadora, por incumplimientos empresariales por ejemplo, y otros motivos, pero conforme a los artículos 50, 51, 52, 40.1 y 41.3 ET, y en caso de extinción de contratos, conforme se establece en la Ley Concursal (LC)¹⁴, no siendo rescindibles en caso de concurso, los actos de constitución de garantías a favor del Fogasa (art. 230, 3.º LC), así como las indemnizaciones por extinción de contratos temporales o de duración

¹⁴ Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal.

determinada en los casos que legalmente procedan. En todos los casos con el límite máximo de 12 mensualidades, excepto en el supuesto del artículo 41.3 ET que el límite máximo sería de 9 mensualidades, sin que el salario diario, base del cálculo, como ya se ha dicho, pueda exceder del doble del SMI, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias.

El importe de la indemnización, a los efectos del pago de la prestación Fogasa, para los casos de despido o extinción de los contratos según los artículos 50 y 56 ET, se calculará sobre la base de treinta días de salario por año de servicio, con el límite ya mencionado.

En el caso de que la causa de la rescisión de los contratos sea por fuerza mayor, la Autoridad Laboral que constate la misma podrá acordar que la totalidad o una parte de las indemnizaciones a abonar a las personas trabajadoras sea satisfecha por el Fogasa independientemente del derecho del organismo a recuperar parte de dichas cuantías, salvo si las trabajadoras y los trabajadores, constituyen una sociedad laboral o una cooperativa de trabajo asociado.

En el año 2025 y 2026, los límites máximos para las indemnizaciones por despido son de 33.550,80 euros y 34.594,70 euros respectivamente, calculado sobre la base del doble del SMI diario con la parte proporcional de las pagas extras, considerando un máximo de 30 días por año trabajado, hasta un máximo de una anualidad.

En el caso de los salarios, para los años 2025 y 2026, igualmente con la cuantía relativa al SMI de este año la cantidad máxima es (120 días): 11.030,40 euros y 11.373,60 euros respectivamente. El Fogasa paga tanto los salarios pendientes de abono, como los salarios de tramitación, en relación a los que corresponden según la legislación vigente en materia de despido, y siempre que la empresa haya sido declarada insolvente o esté en concurso de acreedores.

5. PLAN DE MEDIDAS ANTIFRAUDE

La Resolución de 29 de diciembre de 2021, de la Dirección General del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se aprueba el Plan De Medidas Antifraude, ha venido a incluir al Fogasa.

La preocupación de la UE por la que los Estados Miembros puedan gestionar los fondos europeos en determinadas ocasiones, llevó a la publicación de la Orden del Ministerio de Hacienda y Función Pública HFP/1030/2021, de 29 de septiembre, por la que se configura el sistema de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, que fue regulado por el Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprobaron las medidas urgentes para la modernización de las Administración y para la ejecución de dicho Plan.

Esta norma adapta varios procedimientos administrativos para facilitar una gestión eficaz y eficiente de su ejecución, incluyendo la gestión presupuestaria y la fiscalización en el ejercicio de la función de control.

Como el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia se ha constituido en una base fundamental para el desembolso de la contribución financiera de la UE, según el Reglamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de febrero de 2021, por el que establece el Mecanismo del mismo nombre, tomar medidas para su control es justificable, teniendo algunas de ellas como finalidad, garantizar que los solicitantes y beneficiarios de prestaciones cumplan en todo momento con los requisitos de acceso y mantenimiento del derecho a las prestaciones y subsidios por desempleo.

Estas actuaciones se realizan a partir de cruces e intercambio de información con otros organismos: Agencia Estatal de la Administración Tributaria, Tesorería General de la Seguridad Social, Instituto Nacional de la Seguridad Social, y por supuesto el Fogasa.

Asimismo, se realizan planes para el control de la gestión, que incluye la revisión de muestras aleatorias, o dirigidas, de la documentación contenida en los expedientes de reconocimiento de las prestaciones ¹⁵.

6 ALGUNAS SENTENCIA RELEVANTES DEL TJUE

Como es bien sabido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), tiene entre sus funciones, garantizar la correcta interpretación y aplicación del Derecho de la UE en todos los Estados Miembros. No solo se encarga de controlar la legalidad de los actos de las instituciones de la UE, y de asegurar que los Estados Miembros cumplan sus obligaciones, sino que, como garante, interpreta el Derecho de la UE, a petición de jueces y tribunales nacionales y resuelve litigios entre los gobiernos nacionales y las instituciones europeas.

En esa labor de interpretación, su doctrina es fundamental en todos los ámbitos, por lo que a nivel práctico este apartado se centra en destacar algunos de sus pronunciamientos para mayor facilidad de los usuarios jurídicos que se acerquen al contenido de esta obra y este capítulo:

STJUE 10 Mar. 2011, C-477/2009 TJCE\2011\53Trabajadores desplazados: Fogasa del Estado miembro del domicilio social del empresario donde cumple su obligación de contribución a la financiación de dicha institución:

¹⁵ Plan de medidas antifraude. Gobierno de España. 2024.

posibilidad del trabajador de acogerse a la garantía de una institución diferente de aquella indicada en aplicación de la Directiva, cuando ello le resulte favorable y el Derecho nacional prevea tal posibilidad.

STJUE 7 Sep. 2006, C-81/2005 TJCE\2006\225A bono por Fogasa de indemnizaciones adoptada antes de la regulación de la institución de garantía que además vulneraba principio de igualdad de trato.

STJUE de 22 Feb. 2024, C-125/2023 JUR\2024\56443. Es contrario a la normativa europea que un país tenga una institución de garantía para dar protección a los trabajadores ante los impagos por resoluciones contractuales instadas por el empresario, administrador judicial o concursal y sin embargo no haya cobertura para cuando el trabajador solicita la extinción voluntaria de su contrato por incumplimientos graves del empleador.

STJUE de 28 Jun. 2018, C-57/2017 TJCE\2018\172. Derecho al bono por el Fogasa de Indemnizaciones debidas al término de la relación laboral: inclusión: indemnización que tiene su origen en la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador afectado por la decisión de su empresario de cambiar el lugar de trabajo.

STJUE de 28 Nov. 2013, C-309/2012 TJCE\2013\401 No se vulnera la directiva comunitaria, si la normativa nacional no garantiza los créditos salariales vencidos antes de los seis meses que preceden al ejercicio de la acción de declaración de insolvencia del empresario, aun en el caso de que los trabajadores hayan entablado, antes del inicio de dicho período, un procedimiento judicial contra el empresario al objeto de obtener la determinación del importe de sus créditos y su cobro ejecutivo.

STJUE de 4 Mar. 2004, C-19/2001. TJCE\2004\58. Vulneración de la Directiva por una normativa nacional que limita la obligación de pago de las instituciones de garantía a una suma que cubra las necesidades básicas de los trabajadores afectados y de la que se deducen cantidades abonadas por el empresario durante el período cubierto por la garantía.

STJUE de 17 Nov. 2011, C-435/2010. TJCE\2011\363. Vulneración de la Directiva por una normativa nacional que supedita la posibilidad, para los trabajadores cuyo empresario se encuentra en situación de insolvencia, de ejercitar plenamente su derecho al pago de los créditos salariales impagados, a la obligación de registrarse como demandante de empleo.

STJUE de 21 Feb. 2008, C-498/2006 TJCE\2008\33. Vulnera la Directiva la conciliación extrajudicial con el objeto de pretender el pago de Fogasa,: justificación: «evitar abusos» en el sentido del art. 10 a) de la Directiva.

STJUE de 3 Mar. 2021, C-841/2019. JUR\2022\47354. El Estatuto de los trabajadores que en lo referente al pago por el Fogasa de los salarios e indem-

nizaciones que no se han pagado a los trabajadores a causa de la insolvencia de su empresario, prevé un límite a ese pago en lo concerniente a los trabajadores a tiempo completo, el cual, respecto de los trabajadores a tiempo parcial, se reduce proporcionalmente a la jornada realizada por estos últimos en relación con la jornada realizada por los trabajadores a tiempo completo: correcta aplicación del principio de «pro rata temporis».

STJUE de 16 Feb. 2023, C-710/2021. JUR\2023\460580. Cuando el empleado trabaja una semana en el domicilio social de la empresa y otra en otro Estado donde se halla su residencia principal, no puede considerarse que el empresario desarrolle actividades en dos Estados miembros. El núcleo de la actividad se desarrolla en el Estado del domicilio social. Por tanto, la institución de garantía competente para el pago de los créditos impagados será la de este Estado y no la del Estado de residencia.

STJUE de 18 Abr. 2013, C-247/2012. TJCE\2013\260. Se puede establecer la posibilidad de limitar la garantía a los créditos anteriores a la inscripción en el Registro Mercantil de la resolución de apertura del procedimiento de insolvencia, aun cuando dicha resolución no ordene el cese de las actividades del empresario.

STJUE de 16 Jul. 2009, C-69/2008. TJCE\2009\236. El plazo de prescripción de la solicitud a la institución de garantía la puede fijar el Estado miembro.

STJUE de 25 Nov. 2020, C-799/2019. TJCE\2020\283Si el derecho nacional incluye en los pagos Fogasa otro tipo de indemnizaciones como por ejemplo la causada por el daño moral sufrido como consecuencia del fallecimiento de un empleado a raíz de un accidente de trabajo, se pueden incluir.

STJUE de 16 Feb. 2023, C-524/2021. JUR\2023\375875. Requisitos de la recuperación de las cantidades pagadas indebidamente por la institución de garantía.

Auto TJUE Auto de 13 Dic. 2005, C-177/2005. TJCE\2005\381. Retribución. Vulneración del principio de igualdad de trato y no discriminación: normativa nacional que establece que los créditos correspondientes a una indemnización por despido improcedente que deben ser abonados por la institución de garantía son únicamente los créditos correspondientes a una indemnización por despido improcedente reconocidos por una resolución judicial y no los acordados mediante acto de conciliación.

STJUE de 10 Feb. 2011, C-30/2010. TJCE\2011\18. Exclusión de las prestaciones Fogasa, de las personas que, en los seis meses anteriores a la solicitud de declaración de concurso de la sociedad que las contrata, eran propietarias de una parte esencial de ésta y ejercían una influencia considerable en ella¹⁶.

¹⁶ Fuente: Aranzadi digital.

CAPÍTULO XXVII

TUTELA PÚBLICA: INFRACCIONES Y SANCIONES RELACIONADAS CON EL SALARIO

MARÍA DEL MAR ALARCÓN CASTELLANOS
Profesora Titular (i) del Departamento del Trabajo
Universidad Rey Juan Carlos

1. INTRODUCCIÓN

El salario constituye no solo una contraprestación económica por el trabajo prestado, sino también un derecho esencial de la persona trabajadora cuya protección efectiva exige mecanismos jurídicos adecuados. En el marco del ordenamiento laboral español, esta tutela no se agota en las vías jurisdiccionales, sino que encuentra un pilar fundamental en la potestad sancionadora de la Administración pública. En efecto, el sistema de infracciones y sanciones previsto en la LISOS ofrece un cauce específico para castigar los incumplimientos empresariales en materia salarial, reforzando la garantía de los derechos retributivos a través de la intervención de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y su facultad de proponer sanciones económicas a las empresas incumplidoras. El presente capítulo tiene por objeto analizar las distintas infracciones administrativas relacionadas con el salario, conforme a su gravedad –leves, graves y muy graves–, abordando tanto su configuración jurídica como su régimen sancionador.

2. LAS INFRACCIONES RELACIONADAS CON LA RETRIBUCIÓN DE LA PERSONA TRABAJADORA SEGÚN SU GRAVEDAD

Como es sabido, la LISOS¹ constituye el marco jurídico fundamental para sancionar los incumplimientos de los distintos sujetos responsables en materias del orden social (Seguridad Social, laboral, empleo, trabajo temporal, prevención de riesgos laborales, etc.).

Dentro de este contexto, las infracciones relacionadas con la retribución de la persona trabajadora corresponden al ámbito laboral² y adquieren una relevancia especial, dado que el salario constituye un derecho básico y prioritario de la persona trabajadora, reconocido expresamente en el artículo 4.2.f) ET³. Dicho precepto establece que los trabajadores tienen derecho a la percepción puntual de la remuneración pactada o legalmente establecida. Además, como es bien sabido, el salario constituye, en la mayoría de los casos, la principal fuente de ingresos de las personas trabajadoras.

A diferencia de otras áreas del ámbito social en las que pueden concurrir distintos sujetos responsables –como ocurre, por ejemplo, en materia de Seguridad Social con los solicitantes o perceptores de prestaciones por desempleo, y las Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social–, en el ámbito de las infracciones en materia salarial el responsable único es el empleador. Esto se debe a que es quien recibe y aprovecha el trabajo prestado por la persona trabajadora, derivándose de dicha relación laboral la obligación de abonar la remuneración correspondiente.

La LISOS clasifica las infracciones en leves, graves y muy graves (art. 1.3 LISOS), tomando como criterio prioritario la naturaleza del deber infringido y la entidad del derecho afectado.

Siguiendo esta clasificación, el presente capítulo se estructurará en torno al análisis de las infracciones cometidas por la empresa en materia salarial, atendiendo a su gravedad. Por ello, se abordará de manera individualizada

¹ Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (BOE 8 de agosto de 2000)

² Las infracciones laborales se regulan en el capítulo II de la LISOS. Se definen en el art. 5.1 de la citada norma como aquellas «acciones u omisiones de los empresarios contrarias a las normas legales, reglamentarias y cláusulas normativas de los convenios colectivos en materia de relaciones laborales, tanto individuales como colectivas, de colocación, empleo, formación profesional para el empleo, de trabajo temporal y de inserción sociolaboral, tipificadas y sancionadas de conformidad con la presente ley (...)».

³ Ciertamente, el art. 4 ET, titulado «Derechos laborales», en su apartado 2 dice que en la «relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho «A la percepción puntual de la remuneración pactada o legalmente establecida», según reza su apartado f).

cada una de las infracciones en materia retributiva, conforme al orden sistemático establecido por la LISOS.

3. INFRACCIONES LEVES

Las infracciones leves en materia retributiva previstas en la LISOS se refieren principalmente al incumplimiento de obligaciones formales o documentales relacionadas con la remuneración, que sin afectar directamente a la cuantía del salario sí inciden en la transparencia y seguridad jurídica de su percepción. En este sentido, el artículo 6 de la LISOS enumera varias conductas sancionables como leves, entre ellas las vinculadas con la documentación y la necesidad de informar a la persona trabajadora sobre las condiciones retributivas de su prestación laboral. Además, se cierra la lista con una cláusula general para sancionar cualquier otro incumplimiento meramente formal o documental en materia laboral.

A continuación, se detallan las infracciones leves más relevantes en materia salarial.

3.1 **Falta de entrega puntual del recibo de salarios o no utilizar el modelo oficial (art. 6.2 LISOS)**

En este caso, la infracción presenta dos modalidades:

- En primer lugar, la falta de entrega de la nómina en el plazo legal o convencionalmente establecido, lo que priva a la persona trabajadora de la constancia de lo cobrado e impide verificar el cumplimiento cabal de las obligaciones retributivas, y, por ende, exigir su cumplimiento al empresario. En este caso, la infracción puede apreciarse tanto si no se entrega el recibo en el momento oportuno, como si se entrega habitualmente con retraso o únicamente a petición del trabajador, lo cual vulnera la obligación legal de entrega periódica y puntual.

- En segundo lugar, la utilización de un recibo de salarios distinto al autorizado legal o convencionalmente, lo que posibilita ocultar información o dificultar su comprensión, vulnerando las exigencias mínimas de claridad y transparencia en la nómina. En este caso, sí se entrega el documento de recibo salarial, pero se incumple la obligación de consignar las cantidades adeudadas a la persona trabajadora en el modelo aceptado por el legislador o negociado convencionalmente.

3.1.1 INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN EMPRESARIAL DE ENTREGA PUNTUAL DEL RECIBO DE SALARIOS

Como se ha indicado, el art. 6.2 LISOS califica como infracción leve «no entregar puntualmente al trabajador el recibo de salarios»⁴. Dicha obligación se encuentra recogida en el art. 29.1 ET, que exige entregar a la persona trabajadora un recibo individual justificativo de la remuneración abonada realmente por el empresario. Ciertamente, el art. 29 ET dice así: «la liquidación y el pago del salario se harán puntual y documentalmente en la fecha y lugar convenidos o conforme a los usos y costumbres (...). Así es, el mismo art. 29, en su apartado 2, nos dice que «la documentación del salario se realizará mediante la entrega al trabajador de un recibo individual y justificativo del pago del mismo».

En consecuencia, el legislador impone al empresario el deber de facilitar al trabajador, en el momento del pago, un recibo individual acreditativo de la cuantía de los conceptos salariales y extrasalariales abonados⁵, así como de las cantidades retenidas en concepto de cotizaciones a la Seguridad social y cuotas de recaudación conjunta e IRPF. Por su parte, también debe recogerse en el recibo de salarios la cantidad neta a ingresar a la persona trabajadora como contraprestación de la ejecución de su prestación laboral. Y es que su principal finalidad es asegurar que la persona trabajadora tenga un conocimiento preciso de su estructura retributiva, facilitándole la comprobación de que su empleador cumple con lo pactado o lo recogido en el convenio colectivo de aplicación.

Aunque sea una obligación formal, su incumplimiento no es una cuestión baladí⁶, puesto que la exigencia de entrega puntual del recibo de salarios no tiene únicamente valor probatorio⁷. Ciertamente, la falta de entrega puntual de la nómina es contraria a la transparencia retributiva y dificulta al trabajador reclamar diferencias salariales o comprobar si se ha cotizado correctamente, lo que puede tener una repercusión directa en las prestaciones futuras.

⁴ En esta línea, la STSJ de Galicia 1605/2017, de 10 de marzo, rec. 3890/2016, recuerda que la única forma legal de acreditación del pago salarial es la entrega de la correspondiente nómina, constituyendo esta exigencia una norma de derecho necesario, y, por tanto, de cumplimiento obligatorio por parte del empleador, de tal manera que su inobservancia implica la comisión de dicha infracción administrativa.

⁵ En efecto, la cuantía que debe figurar en la nómina es la realmente abonada, aunque sea inferior a la que le corresponda a la persona trabajadora.

⁶ Así lo expresa el TSJ de Baleares, en su Sentencia 5/2017, de 12 de enero (Rec. 372/2016), cuando afirma que no se trata de una «obligación baladí».

⁷ En efecto, la cantidad consignada en el recibo de salarios firmado por el trabajador se presume efectivamente percibida, sin perjuicio de que se pueda probar por otro medio lo contrario, es decir, la no percepción: STSJ País Vasco (Bilbao) 1096/2009, de 12 mayo (rec. 293/2009).

Cabe señalar que esta infracción no exige un resultado lesivo directo, puesto que la persona trabajadora puede haber cobrado su salario; por ello, basta con el mero incumplimiento documental en sí mismo para cometer la conducta infractora⁸. De hecho, si se incumple el deber de abono del pago del salario, el empleador incurriría en una infracción grave o muy grave, como se analizará a continuación.

Como dijimos al principio, el legislador laboral exige que la liquidación y pago del salario se haga puntual y documentalmente. Esto es, se exige expresamente la puntualidad en el abono y la entrega del documento que acredite dicho pago⁹. La entrega puntual, además, debe producirse mensualmente, puesto que el mismo artículo aclara que el periodo de tiempo «a que se refiere el abono de las retribuciones periódicas y regulares no podrá exceder de un mes»¹⁰. Por tanto, se debe cumplir mensualmente también con la obligación de la entrega del documento salarial.

A mayor abundancia, dentro de la conducta infractora general contenida en el art. 6.2 LISOS nos podemos encontrar con distintos matices. En efecto, debemos diferenciar la falta absoluta de entrega del recibo de salarios de la entrega del recibo de salarios en un soporte distinto al papel. Así es, en torno a la entrega del recibo de salarios, la doctrina judicial ha evolucionado considerablemente en los últimos años, adaptándose a los innegables avances tecnológicos introducidos en la práctica empresarial en los últimos decenios.

Como es sabido, en un inicio, el TS exigió a las empresas la entrega del recibo en soporte papel, rechazando expresamente el uso de medios informáticos¹¹. Sin embargo, posteriormente y en consonancia con la creciente implantación de la digitalización en el ámbito empresarial, se flexibiliza la postura de la doctrina judicial reconociendo la validez de la entrega del recibo de salarios por medios informáticos, siempre que se garanticen ciertas condiciones esenciales. Por tanto, es posible el acceso al recibo de salario a través

⁸ Así es, la STSJ de Andalucía 260/2016, de 4 de febrero (Rec. 256/2015) afirma que la sanción del art. 6.2 LISOS se vincula al incumplimiento de la obligación de naturaleza meramente administrativa, sin que dicho incumplimiento implique necesariamente la existencia de deuda salarial.

⁹ Para mayor claridad, la norma adjetiva se refiere expresamente a la entrega puntual del documento salarial (art. 6.2 LISOS).

¹⁰ «El recibo de salarios se referirá a meses naturales. Las empresas que abonen a los trabajadores salarios por periodos inferiores deberán documentar dichos abonos como anticipos a cuenta de la liquidación definitiva, que se extenderá en el recibo mensual de salarios» (art. 1.2 Orden de 27 de diciembre de 1994 por la que se aprueba el modelo de recibo individual de salarios).

¹¹ STS (Social) de 22 diciembre 2011 (Rec. 3/2011). En el mismo sentido, la STSJ (Principado de Asturias) 2345/2014, 7 nov. 2014 (Rec. 2012/2014) y SAN (Social) 76/2015, 28 abr. 2015 (Rec. 36/2015). Sobre esta cuestión resulta muy interesante la lectura de SEMPERE NAVARRO, Antonio V., *Entrega del recibo de salarios en papel*, *Revista Aranzadi Doctrinal*, N.º 3, Sección Tribuna, marzo 2012.

medios informáticos, por ejemplo, de una plataforma segura, utilizando su número de DNI y una clave de acceso personal (de modo que pueda visualizar e imprimir el documento en un formato equivalente al que se venía entregando en soporte papel)¹², pero siempre que los recursos tecnológicos proporcionados por la empresa sean suficientes y no obliguen a la persona trabajadora a acceder a ellos durante su tiempo de descanso¹³. De hecho, en tales situaciones, la empresa sigue estando obligada a entregar el recibo de salarios en papel, garantizando así el acceso efectivo al documento¹⁴.

En consecuencia, constituirá incumplimiento empresarial de entrega del recibo de salario, no solo aquellos supuestos en los que exista un incumplimiento absoluto de dicha obligación, sino aquellos otros en los que la empresa ponga a disposición de los trabajadores dicho documento por medios informáticos, pero en condiciones difícilmente accesibles para las personas trabajadoras en consonancia con la doctrina judicial expuesta¹⁵.

3.1.2 INCUMPLIMIENTO DE ENTREGA DEL DOCUMENTO OFICIAL DEL ABONO DEL SALARIO

En el apartado anterior, nos hemos referido a la entrega del recibo de salario en el modelo oficial, pero también se recoge expresamente la LISOS como infracción leve la utilización de un modelo de recibo salarial distinto al oficial o pactado.

La obligación de documentar el abono de la retribución salarial por un modelo específico se recoge en el párrafo tercero del art. 29.1 ET cuando ordena que el empresario debe ajustar el documento salarial «al modelo que apruebe el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, salvo que por convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se establezca otro modelo que contenga con la debida clari-

¹² Así se recoge en el FD Tercero de la STS de 1 de diciembre de 2016 (Rec. 3690/2014). Sobre esta cuestión se recomienda la lectura de MERCADER UGUINA, Jesús Rafael «Nuevos escenarios para el Estatuto de los Trabajadores del siglo XXI: digitalización y cambio tecnológico», *Trabajo y Derecho*, n.º 63, Sección Estudios, marzo, 2020, La Ley y PALOMINO SAURINA, Pilar, «Entrega del recibo de salarios en formato electrónico (Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 2016 Rec. núm. 3690/2014)», *Diario La Ley*, n.º 8934, Sección Tribuna, 6 de marzo, de 2017.

¹³ FD 4 y 5 SAN 76/2015 de 28 Abr. 2015 (Rec. 36/2015).

¹⁴ SAN de 28 de abril de 2015.

¹⁵ En todos estos supuestos, la omisión de la entrega puntual del recibo de salarios constituye una infracción administrativa leve, sancionable con una multa que puede oscilar entre 70 y 750 euros, conforme a lo establecido en los artículos 6.2 y 40.1.a) de la LISOS.

dad y separación las diferentes percepciones del trabajador, así como las deducciones que legalmente procedan»

Por su parte, el modelo oficial que acredita el abono de la retribución así, como las diferentes partidas salariales y extrasalariales, y sus correspondientes descuentos, cotizaciones y retenciones, se aprobó por la Orden de 27 de diciembre de 1994¹⁶, que establece el contenido mínimo del recibo, incluyendo salario base, complementos, horas extraordinarias, deducciones y percepciones extrasalariales, con claridad y separación. También se permite otro modelo distinto siempre que esté pactado en convenio colectivo o se haya acordado con los representantes de los trabajadores. En estos últimos casos, se deberá desglosar con claridad todas las percepciones salariales y deducciones aplicables.

El recibo salarial tiene como finalidad principal proporcionar a la persona trabajadora un conocimiento claro y detallado de los distintos conceptos que conforman su retribución. Esto permite al trabajador contrastar la información reflejada en el recibo con las cantidades efectivamente percibidas, facilitando así la posibilidad de reclamar en caso de discrepancia¹⁷. Para cumplir con este objetivo, las nóminas deberán desglosar de manera separada y con claridad cada uno de los conceptos salariales y extrasalariales, en su caso, que conformen la retribución de la persona trabajadora¹⁸. Así es, uno de los requisitos exigidos por el legislador es la claridad, por tanto, la transparencia en la información recogida en el recibo que documente el abono de la retribución, siendo de fácil comprensión para el trabajador que no tiene que usar otros datos que los reflejados en el recibo salarial para conocer el importe de cada concepto y de cada descuento que figure en el mismo.

Por ello, atendiendo a la finalidad indicada, se considerarán válidos los recibos salariales que, sin modificar la denominación de los conceptos ni suprimir ninguno de ellos, incluyan elementos adicionales informativos que faciliten al trabajador el conocimiento preciso de su retribución¹⁹, no implicando —estas pequeñas modificaciones— la adopción de un modelo de recibo de sala-

¹⁶ BOE 11, de 13/01/1995. Dicha Orden se modificó mediante la Orden ESS/2098/2014, de 6 de noviembre por la que se dio cumplimiento al art. 142.2 LGSS que dispone que los recibos de salario deben incluir las cuantías de las aportaciones a la Seguridad Social tanto de la persona trabajadora como del empresario.

¹⁷ Además, garantiza el derecho a la percepción puntual de la remuneración pactada o legalmente establecida, tal como reconoce el artículo 4.1.f) ET.

¹⁸ Así lo ha establecido la Audiencia Nacional en la SAN 70/2017 de 16 mayo 2017 (Rec. 95/2017) que concluye en su FD 4.º que en el caso enjuiciado las nóminas «no superan los cánones de claridad y transparencia» exigidos por el legislador laboral.

¹⁹ Ciertamente, la simple modificación de la forma de hacer constar los conceptos salariales en la nómina es una facultad empresarial, por lo que no constituye una modificación sustancial de condiciones

rios distinto del aprobado oficialmente y su inclusión no precisará, por ello, de un convenio colectivo o acuerdo de empresa.

Por el contrario, cuando la modificación introduce confusión o falta de claridad respecto a los conceptos retributivos, la empresa estaría incumpliendo su obligación de recoger en la nómina los conceptos salariales con claridad y separación²⁰.

Cuestión distinta es la prueba del cumplimiento de la entrega del recibo de salario, que no se cuestionará si el recibo de salario contiene la preceptiva firma y sello de la empresa²¹ y de la persona trabajadora. Por el contrario, la firma de esta no es necesaria si recibe su retribución mediante transferencia bancaria que hoy en día es la práctica habitual en todas las empresas²².

La firma del trabajador en el recibo de salarios acredita exclusivamente la percepción de las cantidades consignadas, sin que ello implique su conformidad con el importe. Por lo tanto, el trabajador conserva el derecho a reclamar las cantidades que considere devengadas, pero no percibidas²³.

Finalmente, debemos indicar que la LISOS tipifica el incumplimiento del respeto al modelo salarial oficial, convencional o acordado como infracción leve susceptible de ser sancionada con una sanción pecuniaria cuyo importe oscila entre 70 y 750 €²⁴.

3.2 Falta de información por escrito de las condiciones esenciales de la relación laboral (art. 6.4 LISOS)

El art. 6.4 LISOS dispone como infracción leve «no informar por escrito al trabajador sobre los elementos esenciales del contrato y las principales condiciones de ejecución de la prestación laboral, en los términos y plazos reglamentariamente establecidos». Esta previsión refleja la importancia que el legislador otorga a la transparencia en la relación laboral, reconociendo el

de trabajo (FD 4.º STSJ (Murcia) 191/1993 de 5 abril 1993 –Rec. 103/1993–). En el mismo sentido, la STSJ Castilla y León (Valladolid) 1287/2010, 15 de septiembre 2010 (Rec. 1287/2010).

²⁰ STSJ Andalucía, 9 de octubre de 2015. En consecuencia, no es admisible en ningún caso sustituir el recibo de salarios por resúmenes genéricos, hojas de cálculo no identificadas o informes contables internos.

²¹ Ahora bien, incluso si no se incluye el sello de la empresa, la nómina puede considerarse auténtica a efectos de prueba (STSJ Navarra 232/1997 de 14 de mayo de 1997).

²² art. 2 apartados 1 y 2 de la OM 27 de diciembre de 1994. En este sentido, la STS 29 de octubre 1993 (Rec.4088).

²³ Art. 2.1 OM 27 de diciembre de 1994. En este sentido la STSJ Andalucía (Granada), 18 de enero de 1999 y STSJ Castilla y León (Valladolid), 20 de septiembre de 1999).

²⁴ Arts. 6.2 y 40.1.a) de la LISOS.

derecho del trabajador a estar plenamente informado sobre las condiciones esenciales que regirán su vínculo contractual.

Esta obligación deriva de la normativa de la Unión Europea, inicialmente establecida en la Directiva 91/533/CEE, de 14 de octubre²⁵, que se refuerza por la entrada en vigor de la Directiva (UE) 2019/1152²⁶, que exige a los empleadores comunicar por escrito a la persona trabajadora la información fundamental sobre sus condiciones de empleo cuando no exista un contrato escrito o en casos previstos por la ley²⁷.

Así lo recoge el legislador laboral en su art. 8.5 ET²⁸, desarrollado por el RD 659/1998²⁹, que exige que figure, entre los elementos esenciales del contrato, el «salario base y complementos retributivos, así como la periodicidad de su abono»³⁰. El objetivo fundamental de esta obligación es garantizar que el trabajador tenga pleno conocimiento de sus derechos y deberes desde el inicio de la relación laboral, entre ellos, el dato fundamental de cuál va a ser el importe de su salario, que habrá sido determinante para aceptar el trabajo. Así, la falta de esta información no solo constituye un incumplimiento formal, sino que puede generar situaciones de indefensión para la persona trabajadora, al no conocer con precisión los términos contractuales pactados, y, en este caso, el salario que puede exigir como contraprestación al trabajo prestado.

Esta previsión garantiza la transparencia contractual y evita la indefensión del trabajador ante el desconocimiento de sus derechos salariales desde el inicio de la relación laboral.

Debemos tener en cuenta que la falta de información escrita *per se* no implica impago ni merma salarial, constituye un incumplimiento formal que

²⁵ Directiva del Consejo, de 14 de octubre de 1991, relativa a la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral que fue derogada por la Directiva (UE) 2019/1152.

²⁶ 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 (DOUE, de 11 de julio de 2019), que deroga y reemplaza a la Directiva 91/533/CEE, de 14 de octubre.

²⁷ Tradicionalmente, en España, esta obligación se cumplía mediante la entrega de la copia básica del contrato o un documento informativo en los dos meses posteriores al inicio de la relación laboral (RD 1659/1998, que transponía la Directiva 91/533/CEE). Sin embargo, esta normativa fue actualizada por el RD 618/2020, a fin de incorporar las mejoras introducidas por la Directiva (UE) 2019/1152.

²⁸ «Cuando la relación laboral sea de duración superior a cuatro semanas, el empresario deberá informar por escrito al trabajador, en los términos y plazos que se establezcan reglamentariamente, sobre los elementos esenciales del contrato y las principales condiciones de ejecución de la prestación laboral, siempre que tales elementos y condiciones no figuren en el contrato de trabajo formalizado por escrito».

²⁹ RD 659/1998, de 24 de julio, por el que se desarrolla el artículo 8, apartado 5, de la Ley del Estatuto de los Trabajadores en materia de información al trabajador sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo.

³⁰ Además de la identidad de las partes, fecha de inicio de la relación laboral, jornada, lugar de trabajo, categoría, etc.

la LISOS califica de leve. La infracción se configura por la omisión de dicha información en plazo. Cabe destacar que esta obligación ha cobrado nueva relevancia tras la entrada en vigor de la Directiva (UE) 2019/1152, que refuerza el derecho a información sobre las condiciones laborales, incluido el detalle de la composición del salario, periodicidad de pago y duración de la jornada, entre otros.

Su incumplimiento se tipifica también como infracción leve conforme a la LISOS, que se sanciona de manera idéntica a lo señalado en los apartados anteriores.

3.3 Incumplimientos meramente formales o documentales en materia retributiva (cláusula general del art. 6.6 LISOS)

Finalmente, el art. 6.6 LISOS también tipifica como infracciones leves «cualesquiera otros incumplimientos que afecten a obligaciones meramente formales o documentales» en el orden social³¹. Esta cláusula abierta permite sancionar infracciones que, sin estar expresamente contempladas en otros preceptos, impliquen el incumplimiento de requisitos documentales relacionados con el salario, siempre que no afecten de manera directa al derecho sustantivo de percepción salarial.

Por ejemplo, se podría encuadrar aquí la falta de entrega de duplicados de nómina solicitados, errores formales reiterados en los recibos salariales que no alteran la cuantía, o deficiencias en la conservación de documentación salarial obligatoria. En este sentido, debemos recordar que la empresa está obligada a conservar los recibos de salarios durante un período mínimo de cinco años³².

Lo importante es que se trate de obligaciones accesorias o instrumentales cuya infracción no afecta por sí misma al derecho sustantivo al salario, sino a su constancia o comunicación.

Esta previsión refuerza la idea de que toda obligación documental en materia laboral es exigible: si bien las consecuencias más graves (impagos, abono de un salario inferior, etc.) se sancionan como graves o muy graves, incluso los aspectos formales menores pueden dar lugar a sanción.

³¹ En el contexto de la derogada Ley 8/1988, esta infracción abarca principalmente las omisiones empresariales impuestas por normativas estatales, quedando excluidas las obligaciones de carácter formal que puedan estar recogidas en los convenios colectivos. GARCÍA BLASCO J. «Infracciones y sanciones en materia laboral. Un comentario a la Ley 8/1988, de 7 de abril», Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1989, p. 93.

³² Art. 3 OM 27 de diciembre de 1994. Sin embargo, la prescripción de la eventual infracción se producirá a los «tres años contados desde la fecha de la infracción», como reza el art. 4.1 LISOS.

En conclusión, la LISOS asegura a través de la tipificación de las infracciones leves que el empleador cumpla con la buena administración documental del salario, base para la transparencia y el control de las obligaciones salariales³³.

4. INFRACCIONES GRAVES

Las infracciones graves en materia retributiva implican un incumplimiento que trasciende al simple error formal, afectando a derechos salariales relevantes. No alcanzan, sin embargo, la gravedad de las conductas discriminatorias o el impago reiterado de salarios.

En efecto, la diferencia existente entre infracción leve y grave radica, por tanto, en la naturaleza del incumplimiento: mientras que las infracciones leves sancionan la ausencia de documentación o formalización que facilite el control administrativo, las infracciones graves se producen cuando el empleador incumple un deber esencial en materia salarial³⁴.

Debemos acudir al art. 7 LISOS para aproximarnos a los diversos supuestos de infracción grave en materia salarial, destacando aquellos que afectan de manera directa o indirecta a la remuneración de los trabajadores. Entre estos supuestos se encuentran la entrega de recibos de salario que no reflejan la realidad de lo abonado a las personas trabajadoras, el incumplimiento de las normas salariales (como el abono del salario por debajo de los mínimos legales o convencionales) y la vulneración de derechos laborales básicos, siempre que la conducta no alcance el grado de infracción muy grave.

Por otro lado, resulta especialmente relevante la función de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social al subsumir los hechos en una categoría infractora determinada. Debemos tener en cuenta que estamos dentro del ámbito del Derecho administrativo sancionador, regido, entre otros, por los principios de legalidad y tipicidad. Estos principios, según ha señalado el TC, exigen la previa determinación normativa tanto de las conductas ilícitas como de las sanciones aplicables. Esto garantiza que la norma sancionadora permita prever, con

³³ Tal y como indicamos en los apartados anteriores, las infracciones leves son sancionadas con una multa de entre 70 a 750 €, en relación con la concurrencia de los agravantes previstos en el art. 39 LISOS.

³⁴ Así lo explica la STSJ Cataluña (Contencioso-Administrativo), 875/2002, de 24 de julio de 2002 (Rec. 1148/1997), confirmó la imposición de una sanción grave conforme al artículo 7.2 de la LISOS a una empresa que pagaba a sus trabajadores cantidades superiores a los gastos de desplazamiento, sin registrarlas en los recibos salariales. En este caso, la gravedad no radica en la ausencia de formalización documental, sino en la vulneración del artículo 26 ET, ya que dichas cantidades debían considerarse salario.

suficiente certeza, qué comportamientos constituyen infracción y qué tipo y grado de sanción³⁵ pueden corresponder al sujeto infractor³⁶.

Por tanto, la distinción entre infracciones leves y graves en materia retributiva no solo depende de la existencia de una formalización deficiente, sino de la afectación directa a derechos salariales esenciales, siendo determinante la correcta valoración de la conducta empresarial en el contexto normativo aplicable³⁷.

Dentro del ámbito de las infracciones graves en materia retributiva, podemos destacar las siguientes.

4.1 Consignación incorrecta de los salarios abonados a las personas trabajadoras en los recibos de salarios

El legislador laboral califica como infracción grave la conducta empresarial consistente en «no consignar en el recibo de salarios las cantidades realmente abonadas al trabajador»³⁸.

La infracción se configura, por tanto, como una omisión o alteración del contenido documental de la nómina respecto a la realidad del abono efectuado. Su presupuesto esencial es la discordancia entre lo realmente pagado al trabajador y lo que figura formalmente en el recibo de salarios. Esto puede manifestarse, por ejemplo, en la inclusión de conceptos retributivos que no han sido efectivamente abonados, en la omisión de cantidades realmente abonadas,

³⁵ STC 120/1996, de 8 Jul, recogida en el FD 4.º de la STSJ Cataluña (Contencioso-administrativo) 875/2002 de 24 Julio 2002 (Rec. 1148/1997).

³⁶ Así ocurre en el supuesto contemplado en la SJS N.º. 1 de Toledo, 87/2020 de 14 febrero 2020 (Proc. 690/2019), en el cual la ITSS extendió un acta de infracción por infracción muy grave (Art. 8.1 LISOS) basándose en el impago y los retrasos reiterados en el pago de salarios, la afectación a múltiples trabajadores y el incumplimiento de lo dispuesto en el Convenio Colectivo de Hostelería de Toledo, que exige el abono del salario el último día de cada mes. Sin embargo, la magistrada aclara que el art. 8.1 LISOS exige «retrasos reiterados», entendiéndose como tales varias mensualidades sucesivas impagadas o con retrasos importantes. Sin embargo en el caso concreto enjuiciado los impagos fueron puntuales y afectaron solo a tres trabajadores; en el resto de los casos, los retrasos fueron de solo una o dos mensualidades, y con un retraso medio de 5 ó 6 días, en un período de siete meses, no habiendo reiteración ni incumplimientos graves y continuados. Por ello, concluye que no se cumple el requisito de «reiteración» necesario para tipificar como infracción muy grave, sino como grave encuadrándola en el art. 7.10 LISOS.

³⁷ CAMAÑ RODA, Ferrán, «Las infracciones y sanciones administrativas del empresario en el orden social». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, ISSN-e 2792-8322, ISSN 2792-8314, n.º 254, 2004, p. 29

³⁸ Art. 7.3 de la LISOS.

pero no consignadas en la nómina³⁹, o en deducciones aplicadas sin causa legal o sin reflejo en el recibo.

Debemos recordar que el legislador laboral obliga a la empresa a reflejar «con la debida claridad y separación las diferentes percepciones del trabajador, así como las deducciones que legalmente procedan»⁴⁰, no dejando margen de duda al deber de consignar exactamente la cantidad abonada al trabajador por cada uno de los conceptos salariales y extrasalariales, así como el importe exacto de las deducciones que legalmente deban realizarse.

La previsión de esta infracción grave en la LISOS responde a la necesidad de garantizar la transparencia y la trazabilidad del salario, asegurando que el trabajador disponga de una documentación clara, fidedigna y suficiente sobre su retribución. Ello no solo facilita el control por parte del propio trabajador, sino también la labor de tutela sindical y el ejercicio efectivo de derechos individuales y colectivos vinculados al salario.

Este tipo infractor no exige necesariamente que se haya producido un impago o retraso salarial reiterado, —que son supuestos que se sancionan como infracciones muy graves conforme al art. 8.1 LISOS—, lo que castiga, por el contrario, es la inexactitud o falsedad documental en el soporte formal del recibo de salarios, incluso aunque se haya producido el abono material según lo previsto contractual, convencional o legalmente. Se sanciona, por tanto, el incumplimiento del deber de transparencia salarial que exige al empresario una correcta consignación de todas las cantidades percibidas por el trabajador, así como de las retenciones o deducciones practicadas⁴¹.

La manipulación o la falta de claridad en el contenido del recibo de salario dificulta la posibilidad de reclamación de diferencias salariales al desconocer la cantidad que realmente debería consignarse en el recibo de salarios, y

³⁹ Este supuesto se recoge en el FD 2.º de la STSJ Cataluña (Social), 75/2022, de 5 de enero de 2022 (Rec. 5507/2021). En este caso, el trabajador percibía parte de su salario en efectivo sin que dicha cantidad quedara reflejada en el recibo salarial, lo cual constituye una vulneración de la obligación documental establecida por la normativa laboral. Este incumplimiento se prolongó incluso durante el periodo de incapacidad temporal, en el que la empresa continuó abonando de manera irregular un importe reducido respecto al salario pactado. El STSJ Cataluña concluye que esta práctica vulnera el artículo 7.3 de la LISOS y justifica la extinción indemnizada del contrato por incumplimiento grave de las obligaciones empresariales. También se recoge la infracción de no recoger en los recibos salariales «las cantidades realmente abonadas» por el empresario en distintos conceptos en la STSJ Les Illes Balears (Contencioso-administrativo) 498/2004 de 18 de junio de 2004 (Rec. 563/2002).

⁴⁰ Art. 29.1 ET.

⁴¹ De ahí que el recibo de salarios constituya un documento de carácter obligatorio que debe ajustarse al modelo aprobado por la Orden de 27 de diciembre de 1994 (u otro acordado por convenio o acuerdo) que precisamente permite, por un lado, acreditar el cumplimiento de la obligación retributiva del empresario; y por otro, permitir al trabajador conocer con exactitud el desglose de su salario y verificar su corrección. A todo ello nos hemos referido en el apartado anterior.

puede perjudicar las prestaciones futuras de la Seguridad Social si la cantidad consignada en las nóminas es inferior a la que corresponda a la persona trabajadora⁴². Por ello, la LISOS sanciona esta conducta no como una mera irregularidad administrativa formal, sino como un incumplimiento sustancial del deber de transparencia salarial.

Por otra parte, la infracción contenida en el art. 7.3 LISOS tiene un marcado carácter objetivo, lo que implica que no requiere acreditar dolo, fraude o intencionalidad por parte del empleador, sino simplemente constatar la existencia de una discrepancia relevante entre el contenido del recibo y las cantidades realmente abonadas. Sin embargo, la posible intencionalidad podrá influir, como se verá más adelante, en la graduación de la sanción.

Al tratarse de una infracción grave, la sanción aplicable conforme al artículo 40 de la LISOS oscila entre los 751 euros y los 7.500 euros, dependiendo de la existencia o ausencia de criterios agravantes. En este caso, pueden tener más relevancia determinados agravantes como la intencionalidad o negligencia, el número de trabajadores afectados, el carácter reiterado de la conducta, y el perjuicio causado a las personas trabajadoras. No es equiparable, desde el punto de vista jurídico, una errata puntual o una omisión material sin mayor trascendencia a la existencia de un sistema empresarial deliberado de falseamiento de nóminas. Esta última situación reviste especial gravedad cuando afecta a un número significativo de trabajadores o repercute en otros derechos laborales o de Seguridad Social.

Por otro lado, es importante tener en cuenta que, en los casos de especial gravedad, la conducta puede ser calificada como infracción muy grave si se demuestra que forma parte de un esquema de fraude sistemático o de discriminación indirecta. Esto es particularmente relevante cuando la infracción perjudica de manera desproporcionada a determinados colectivos, como mujeres, trabajadores temporales o inmigrantes, o cuando se vincula a otras infracciones de mayor entidad.

4.2 Incumplimiento de las obligaciones en la tramitación de los recibos de finiquito (art. 7.4 LISOS)

El art. 7.4 LISOS señala como infracción grave «el incumplimiento de las obligaciones establecidas en materia de tramitación de los recibos de finiquito».

⁴² FD 2.º de la STSJ Cataluña (Social), 75/2022, de 5 de enero de 2022. Lo que podría generar también responsabilidad en materia fiscal, si se produce una declaración inexacta de rendimientos del trabajo.

Esta previsión sancionadora se conecta directamente con las obligaciones que impone el artículo 49.2 ET en el momento de la extinción del contrato. En concreto, el art. 49.2 ET dispone que el empresario, «con ocasión de la extinción del contrato, al comunicar a los trabajadores la denuncia, o, en su caso, el preaviso de la extinción del mismo, deberá acompañar una propuesta del documento de liquidación de las cantidades adeudadas». Asimismo, el propio precepto otorga a la persona trabajadora el derecho a solicitar la presencia de un representante legal de los trabajadores al tiempo de la firma del recibo de finiquito, haciéndose constar en el mismo si se firma en presencia del representante o que el trabajador no ejercitó tal derecho. En consecuencia, si el empresario impidiese la presencia del representante en el momento de la firma, el trabajador podrá hacerlo constar en el propio recibo, a los efectos oportunos.

Mediante la negociación colectiva se podrán acordar otras reglas distintas (modelo específico de finiquito y el contenido concreto, por ejemplo) cuyo incumplimiento también puede constituir una infracción grave que estaría incluida en el mismo precepto.

Estas exigencias normativas –entrega de la propuesta de liquidación y garantía de asistencia sindical si el trabajador así lo solicita– constituyen el núcleo de las «obligaciones en materia de tramitación del finiquito» cuyo incumplimiento implica la comisión de la infracción grave del art. 7.4 LISOS.

Cabe añadir que el ET prevé otro mecanismo de control preventivo recogido en el art. 64.4 b) ET, que reconoce al comité de empresa el derecho a conocer los modelos de finiquito utilizados por el empleador, reforzando la necesidad de transparencia en esta documentación de la extinción laboral.

En suma, la normativa laboral «blinda» la fase de liquidación del contrato mediante estas obligaciones formales, para asegurar la transparencia y el respeto de los derechos de la persona trabajadora al finalizar la relación; su inobservancia se considera de suficiente entidad como para merecer la imposición de una sanción administrativa grave.

Por tanto, a la luz de la normativa laboral expuesta, el empresario debe acompañar la decisión extintiva con una «propuesta del documento de liquidación de las cantidades adeudadas», lo que implica la presentación por escrito del cálculo de los conceptos adeudados (salarios del mes, partes proporcionales de pagas extraordinarias, vacaciones no disfrutadas, indemnización si procede, etc.) para que la persona trabajadora conozca con antelación el contenido económico desglosado de su finiquito. Seguidamente, en el momento efectivo del cese, debe facilitarse al trabajador el recibo de saldo y finiquito definitivo para su firma, que refleje la liquidación final de todas las obligaciones econó-

micas de la relación laboral (si la propuesta enviada anteriormente era correcta, coincidirá con el documento final del finiquito).

Es, por tanto, esencial que este documento de saldo y finiquito sea claro y detallado, normalmente desglosando cada concepto abonado y las cuantías correspondientes a cada uno de ellos, de forma que el trabajador entienda exactamente qué cantidades percibe y a que conceptos corresponden exactamente.

Por ello, entregar una liquidación poco transparente o incompleta podría vulnerar el deber general de información y buena fe, vaciando de contenido real la conformidad del trabajador. Por ello, la doctrina insiste en la necesidad de evitar prácticas abusivas, como hacer firmar al trabajador documentos en blanco o con renunciaciones encubiertas de derechos, o no darle copia de su finiquito, ya que tales actos contravienen la obligación de transparencia en la extinción contractual.

Además de lo anterior, se determina el derecho de la persona trabajadora a la asistencia de un representante de los trabajadores en el momento de la firma del finiquito. Esta garantía pretende equilibrar la posición de las partes, permitiendo al trabajador contar con asesoramiento o testigo en un momento delicado, para asegurar que su consentimiento al saldo y finiquito final es libre y plenamente informado. La empresa, por tanto, debe ofrecer y no obstaculizar dicha asistencia. En consecuencia, impedir la presencia del representante solicitado constituiría una vulneración de lo dispuesto en el art. 49.2 ET⁴³.

Desde la óptica sancionadora, que es el objeto de este capítulo, la omisión de las obligaciones contenidas en el art. 49.2 ET son constitutiva de infracción por parte del empresario, sin que sea necesario probar daño económico o perjuicio concreto a la persona trabajadora⁴⁴. Por otra parte, las situaciones que, en la práctica, han dado lugar a la imposición de sanciones administrativas se refieren a la falta de entrega al trabajador de la propuesta de liquidación junto con la carta de despido o preaviso; a la omisión de proporcionar el documento de finiquito en el momento del cese⁴⁵ (impidiendo que el trabajador

⁴³ Cuestión ajena al derecho sancionador es la eficacia del finiquito si se incumplen las disposiciones legales y, los efectos de dicho incumplimiento en el efecto liberatorio del mismo. En estos casos, se impone al empresario la carga probatoria del cobro real de las cantidades reflejadas en el documento, así como la firma informada y consciente de la persona trabajadora (STSJ Andalucía (Sevilla) 16 de marzo de 1999).

⁴⁴ En la SJS N.º 1 de Toledo, 85/2020 de 14 Feb. 2020 (Proc. 691/2019) a pesar de no haberse probado ningún perjuicio concreto para las personas trabajadoras, se confirma la sanción por infracción grave del art. 7.4 LISOS por incumplimiento de la obligación de entrega del finiquito, puesto que se confirmó que no fue puesto a su disposición.

⁴⁵ Supuesto contemplado en la SJS N.º 1 de Toledo, 87/2020 de 14, Febrero 2020 (Proc. 690/2019). Se recoge en el FD 4.º la SJS 87/2020 que la empresa no cumplió con la obligación de entrega del finiquito.

firme la liquidación); a la falta de constancia de la firma o de la recepción del finiquito por parte del trabajador (indicativa de que no se le facilitó correctamente); o la negativa empresarial a permitir la presencia del representante solicitada por el empleado en la firma del finiquito. Cualquiera de estos comportamientos supone desconocer las garantías legales en la extinción contractual y puede encuadrarse en el tipo infractor del art. 7.4 LISOS.

La conducta se tipifica como infracción grave, correspondiendo, por tanto, una sanción que oscila entre 751 y 7.500 euros, en función de los criterios agravantes que se tenga en cuenta por la ITSS, que a su vez valorará las circunstancias concurrentes en el caso concreto. Como es sabido, dentro de las infracciones graves, la sanción se puede imponer en el tramo mínimo, medio o máximo según el número de trabajadores afectados, la cuantía del perjuicio económico, la intencionalidad o negligencia del infractor, la reincidencia, entre otros criterios⁴⁶. En los supuestos de infracción grave de la normativa relativa a la tramitación de los recibos de finiquito, suele valorarse especialmente el alcance colectivo de la falta; puesto que no conlleva el mismo reproche jurídico el incumplimiento afecte a un solo trabajador que el que constituya una práctica habitual de la empresa afectando a todos los trabajadores que ven extinguida su relación laboral⁴⁷. Estas resoluciones ponen de manifiesto la proporcionalidad en la aplicación de la sanción: la infracción existe por el solo hecho de incumplir las obligaciones del finiquito, pero la cuantía de la sanción variará según la entidad del incumplimiento.

4.3 Establecimiento de condiciones salariales inferiores a las legales o convencionales (art. 7.10 LISOS)

Se califica de grave el establecimiento de «condiciones de trabajo inferiores a las legalmente o convencionalmente establecidas»⁴⁸ así como cualquier acto u omisión contrario a los derechos reconocidos en el art. 4 ET, salvo que deba calificarse como muy grave. La infracción recogida en este

to en el momento de la extinción del contrato, tal como exige el artículo 49.2 ET.

⁴⁶ Art. 39 LISOS.

⁴⁷ Así, en la SJS n.º 1 de Toledo de 14 de febrero de 2020 (proc. 691/2019), se confirmó una sanción por infracción del art. 7.4 LISOS a una empresa que no había entregado los finiquitos a diez trabajadores; la multa se graduó en el grado mínimo del tramo medio dada la pluralidad de afectados (800 euros). En otro caso similar resuelto el mismo día por el mismo juzgado (Sent. 87/2020, proc. 690/2019), se apreció el incumplimiento respecto de un solo trabajador (finiquito no puesto a su disposición), aplicándose la sanción en grado mínimo, tramo inferior (626 euros) conforme a la escala económica recogida en la LISOS.

⁴⁸ Art. 7.10 LISOS.

apartado, en sus manifestaciones más graves, podría dar lugar a responsabilidad penal, en función de los criterios de gravedad del perjuicio ocasionado o del abuso cometido⁴⁹. Se trata de un precepto de carácter amplio y residual, un «cajón de sastre»⁵⁰ que agrupa diversas conductas lesivas de distintos derechos laborales.

Además, esta es una cláusula de enorme trascendencia práctica en materia salarial que conlleva la comisión de una infracción grave por el abono de salarios por debajo de los mínimos obligatorios. Por tanto, estarían comprendidos en este supuesto, el abono de retribuciones inferiores a los salarios mínimos recogidos en el convenio colectivo de aplicación según las funciones y grupo profesional que corresponda, así como la retribución inferior al SMI en aquellos sectores en los que no exista convenio, y cualquier otro supuesto que implique el abono de un salario inferior al que legal o convencionalmente corresponda⁵¹, incluso aunque hubiera consentimiento por parte de la persona trabajadora, puesto que los derechos salariales mínimos son irrenunciables⁵².

A mayor abundancia, el art. 7.10 LISOS actúa como cláusula general que garantiza el derecho básico a la percepción puntual e íntegra del salario⁵³ y que permite incluir aquellos supuestos que quedan fuera de la conducta tipificable como infracción muy grave por el art. 8.1 LISOS⁵⁴.

Así, determinados incumplimientos salariales que no alcancen la gravedad suficiente para ser considerados muy graves son reconducidos a esta tipificación. Por ejemplo, un retraso aislado en el pago de la nómina, aun siendo contrario al derecho del trabajador, no cumple el requisito de reiteración exigi-

⁴⁹ La STSJ Valencia, 2132/2022, de 27 de junio (rec. 150/2020), destaca la importancia de diferenciar adecuadamente cuándo una conducta debe tratarse como una infracción administrativa regulada en el art. 7.10 LISOS y cuando alcanza la gravedad suficiente como para constituir un delito penal bajo el amparo del art. 311 CP. Para establecer una delimitación correcta, se debe valorar tanto el criterio de la gravedad del perjuicio ocasionado o como el del abuso cometido. Ahora bien, ambos preceptos constituyen una vía de protección reforzada de las condiciones mínimas e irrenunciables de los trabajadores, tal y como dispone el art. 3.5 ET.

⁵⁰ BANDERA GALLEG0, Juan C. *Las sanciones administrativas en el orden social por impago parcial de salarios: una controvertida decisión de la autoridad laboral de la Junta de Andalucía*, Revista Crítica De Relaciones de Trabajo, Estudios Doctrinales, n.º 13 (4.º Trimestre 2024) Laborum, ISSN: 2792-7962 – ISSNc: 2792-7970, p. 138.

⁵¹ También se incluye el aumento del salario en especie superando el tope legal del 30% que implicaría que el trabajador recibe menos dinero del que le corresponde (art. 26.1 ET).

⁵² Art. 3.5 ET.

⁵³ Art. 4.2.f) ET que dice que, en la relación de trabajo, la persona trabajadora tiene derecho a «la percepción puntual de la remuneración pactada o legalmente establecida».

⁵⁴ El art. 8.1 LISOS califica como muy grave, «el impago y los retrasos reiterados en el pago del salario debido».

do para la infracción muy grave del art. 8.1 LISOS⁵⁵; en tal caso, ese retraso individual en el abono salarial podría sancionarse vía art. 7.10 LISOS como infracción grave⁵⁶.

De igual modo, el impago de conceptos extrasalariales (p. ej. dietas, pluses de transporte, etc.), total o parcial, podrá encajar en el art. 7.10 LISOS cuando, por su literalidad, dichos conceptos quedan fuera del art. 8.1 LISOS (que solo alude al salario debido). En efecto, el art. 4.2.f) ET reconoce el derecho a la «remuneración» de la persona trabajadora, término que abarca tanto las percepciones salariales como las de naturaleza extrasalarial.

Por tanto, el límite entre la infracción grave del art. 7.10 y la infracción muy grave del art. 8.1 LISOS radica fundamentalmente en la entidad y reiteración del incumplimiento salarial. El art. 8.1 LISOS tipifica como muy grave «el impago y los retrasos reiterados en el pago del salario debido». Por tanto, de una lectura sistemática se infiere que este precepto contempla dos supuestos muy graves: la falta de pago reiterada del salario y el retraso reiterado en abonarlo (es decir, incumplimientos de carácter persistente). Por el contrario, impagos o retrasos aislados o esporádicos en las obligaciones salariales quedan fuera del art. 8.1 LISOS y se sancionan como infracción grave conforme al art. 7.10 LISOS. Como más adelante analizaremos, hasta la reciente reforma del art. 50 ET⁵⁷, la norma no definía expresamente cuándo un incumplimiento empresarial en materia salarial se debía considerar grave, debiendo recurrir a la doctrina judicial⁵⁸.

La actual redacción del artículo 50 ET considera como causa justificada para que la persona trabajadora solicite la extinción del contrato con derecho a indemnización la falta de pago del salario o los retrasos reiterados en su abono. A estos efectos, se precisa que existe retraso cuando el pago se efectúa con

⁵⁵ Así sucede en la SJSO 1056/2020, de 14 de febrero, rec. 690/2019, en la que aclara que el tipo infractor previsto en el art. 8.1 LISOS requiere la concurrencia de «impago y los retrasos reiterados» en el abono salarial. En consecuencia, considera que un retraso puntual en una o dos mensualidades dentro de un periodo de siete meses no cumple el requisito de reiteración exigido para calificar la conducta como infracción muy grave. Por ello, el juzgado encuadra finalmente la conducta dentro del art. 7.10 LISOS, relativo a las infracciones graves.

⁵⁶ Lo mismo sucede en el supuesto enjuiciado por la SJS n.º 1 de Toledo 87/2020, de 14 de febrero (Proc. 690/2019), en la que se recalificó como grave (art. 7.10 LISOS) una conducta inicialmente sancionada como muy grave por la Inspección. En dicho caso, una empresa había incurrido en demoras en el pago de salarios, pero tales incumplimientos fueron puntuales, de pocos días y no en mensualidades consecutivas. El juzgado aclaró que el tipo del art. 8.1 requiere impagos o retrasos reiterados, lo que no concurrió en el caso, y recalificó la conducta como infracción grave del art. 7.10 LISOS.

⁵⁷ El art. 50 ET se modificó por la disposición final 26.1 de la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, con efectos de 3 de abril de 2025.

⁵⁸ SSTs de 3 de diciembre de 2012 (rec. 612/2012) y 9 de diciembre de 2010 (rec.3762/2009), entre muchas otras.

más de quince días de demora respecto de la fecha establecida. Asimismo, se entenderá que concurre la causa extintiva cuando, en el plazo de un año, se adeuden al trabajador o trabajadora tres mensualidades completas, aunque no sean consecutivas, o cuando el pago del salario se haya retrasado durante seis meses, también sin necesidad de que sean consecutivos⁵⁹. En todo caso, cuando no concurre ese patrón de gravedad continuada, la calificación jurídica correcta es la de infracción grave por imponer a la persona trabajadora condiciones salariales inferiores a las debidas.

La concurrencia de múltiples trabajadores afectados por la conducta infractora no implica, por sí misma, elevar la calificación a muy grave. El propio art. 7.10 LISOS resulta de aplicación aun cuando la infracción salarial se extienda a un colectivo amplio de empleados, considerándose en tal caso una única infracción grave a la que le corresponderá igualmente una sanción única, que podrá agravarse, eso sí, por la aplicación del agravante relativo al número de trabajadores perjudicados⁶⁰. En efecto, los criterios de graduación recogidos en el art. 39 LISOS «operan dentro de las fronteras del tipo, leve, grave o muy grave, pero no constituyen elementos definitorios del mismo»⁶¹. Por ello, se podría calificar la infracción de muy grave en los casos en los que concurren elementos adicionales de excepcional gravedad⁶².

Como es sabido, en estos casos solo constituirá infracción y, por tanto, la conducta será susceptible de ser sancionada, si se tratara de una conducta culpable⁶³. En consecuencia, no existirá infracción en aquellos casos en que el pago de salarios inferiores esté amparado por una decisión empresarial adoptada en cumplimiento de las disposiciones legales o convencionales vigentes.

⁵⁹ «Sin perjuicio de otros supuestos que por el juez, la jueza o el tribunal puedan considerarse causa justa a estos efectos» como reza el art. 50.1. b) párrafo 2.º ET.

⁶⁰ Como ocurre en la reciente, STS 282/2025, de 3 de abril de 2025 (Social), rec 94/2023. En este caso, una ETT abonaba a 4.039 trabajadores cedidos un salario inferior al debido según el CC de aplicación, mediante un sistema de pago a destajo que redujo de *facto* su retribución por hora de trabajo. el TS concluye que tal práctica constituye una infracción grave del art. 7.10 LISOS dado que los salarios se abonaban en tiempo, aunque por una cuantía algo inferior a lo exigido por el CC. La sanción se impuso en su tramo medio teniendo en cuenta el agravante del número de trabajadores afectados (art. 39 LISOS).

⁶¹ FD 3.º Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia 282/2025 de 3 Abr. 2025, Rec. 94/2023.

⁶² Por ejemplo, una desigualdad retributiva por motivo discriminatorio debería sancionarse a través de la infracción específica de discriminación (art. 8.12 LISOS, muy grave), en lugar de por el art. 7.10.

⁶³ En efecto, la STSJ Extremadura (Social) 639/2012 de 19 diciembre, 2012 (rec. 508/2012) que afirma que para que sea posible imponer una sanción a esta conducta empresarial, es imprescindible que exista la culpabilidad necesaria. En el presente caso, la sanción impuesta fue revocada al acreditarse que su origen radicaba en problemas de tesorería ajenos a la voluntad empresarial, derivados, entre otros factores, del retraso en el abono de subvenciones y de las cantidades comprometidas en un convenio suscrito con la Comunidad Autónoma; por ello, el TSJ estimó el recurso de suplicación presentado por el Ayuntamiento recurrente, declarando nula la sanción impuesta por la Administración laboral.

En particular, si la empresa ha inaplicado temporalmente las condiciones salariales del convenio mediante el procedimiento legal del art. 82.3 ET, o ha efectuado una modificación sustancial de salarios al amparo del art. 41 ET⁶⁴, entre otros supuestos, no habrá conducta culpable que castigar.

4.4 Incumplimiento de las obligaciones en materia de planes y medidas de igualdad (art. 7.13 LISOS)

La promoción de la igualdad entre mujeres y hombres ha generado obligaciones específicas para las empresas, cuyo incumplimiento está tipificado como grave, reflejando así la voluntad del legislador laboral de dotar de eficacia al mandato de respetar el principio de igualdad dentro del ámbito laboral mediante sanciones administrativas que disuadan a las empresas de su incumplimiento. En particular, el art. 7.13 LISOS sanciona «no cumplir las obligaciones que en materia de planes y medidas de igualdad establecen la Ley Orgánica 3/2007, el Estatuto de los Trabajadores o el convenio colectivo».

En este caso, la naturaleza de la infracción administrativa es esencialmente formal, pues se consuma por la mera omisión de las obligaciones exigidas por el legislador laboral (si la empresa carece de un registro salarial o de plan de igualdad, cuando tenga cincuenta trabajadores o más), sin necesidad de acreditar la existencia efectiva de un perjuicio concreto.

El incumplimiento de los planes y medidas de igualdad hace incurrir a la empresa automáticamente en el incumplimiento sancionable por el art. 7.13 LISOS. La doctrina judicial ha resaltado que «en la tipificación de los hechos sancionados no existe grado alguno de discrecionalidad»⁶⁵ por la autoridad laboral, ni por el órgano judicial, puesto que si la empresa incumple su obligación de negociar y aprobar un plan de igualdad incurre automáticamente en la infracción del art. 7.13 LISOS.

Con relación al Plan de Igualdad, recordemos que inicialmente la obligación de contar con un plan de igualdad se circunscribía a empresas de gran tamaño (más de 250 trabajadores), pero tras la reforma operada por el RDL 6/2019⁶⁶ el umbral se redujo progresivamente hasta 50 trabajadores. Recordemos que el plan de igualdad debe incluir las medidas y acciones necesa-

⁶⁴ Puesto que en este caso no se puede reducir el salario mínimo legal o convencional.

⁶⁵ STSJ Canarias Santa Cruz de Tenerife (Contencioso-administrativo) 390/2013 de 18 de noviembre de 2013 (rec. 435/2011).

⁶⁶ RD-L 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.

rias para asegurar la igualdad de trato y oportunidades, que pueden incluir las medidas necesarias para conseguir la igualdad retributiva.

De cualquier manera, la obligación de tener un plan de igualdad no es meramente formal puesto que es evidente que el legislador también exige que el plan sea efectivamente implementado, sancionando por el mismo precepto dicho incumplimiento⁶⁷. Por tanto, el deber empresarial comprende tanto la elaboración del plan en sí mismo como el cumplimiento real de las acciones previstas en él, de manera que el incumplimiento sustancial de las medidas previstas en el plan constituye infracción grave *ex art. 7.13 LISOS*.

Por otra parte, con relación a las medidas de transparencia retributiva, debemos recordar que además de los planes de igualdad, el legislador laboral⁶⁸ obliga a todas las empresas, con independencia de su tamaño, a llevar un registro retributivo de toda su plantilla, con los valores medios de salarios, complementos y percepciones extrasalariales desagregados por sexo. Esta medida busca aportar transparencia salarial dentro de la empresa. Además, las empresas que estén obligadas a un plan de igualdad deben realizar una auditoría retributiva (como parte del plan) para evaluar en profundidad la equidad salarial y establecer un plan de actuación para corregir diferencias. El incumplimiento de estas medidas de transparencia retributiva también queda comprendido en el art. 7.13 LISOS.

5. INFRACCIONES MUY GRAVES

Las infracciones muy graves engloban las conductas más lesivas en el ámbito retributivo, aquellas que atentan de forma grave contra derechos básicos o causan perjuicios sustanciales a los trabajadores.

⁶⁷ En efecto, la Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 1 de Toledo 428/2018, de 21 de septiembre de 2018 (núm. 186/2018) subrayó que no basta con contar con un plan sobre el papel, sino que constituye infracción grave «no llevar a cabo actuaciones a fin de intentar la consecución de los objetivos establecidos en el plan». En ese caso, la empresa había dejado de ejecutar las medidas de su plan de igualdad durante casi cinco años, incurriendo así en el incumplimiento sancionable por el art. 7.13 LISOS. En el mismo sentido, la SJS n.º 3 de Oviedo 454/2019, de 10 de octubre de 2019 (núm. 137/2019).

⁶⁸ El empresario tiene el deber legal de elaborar y conservar un registro que refleje los valores medios de los salarios, incluyendo tanto los complementos salariales como las percepciones extrasalariales, correspondientes al conjunto de la plantilla. Dichos datos deben presentarse desglosados por sexo y organizados conforme a los grupos profesionales, categorías o puestos de trabajo equivalentes o de igual valor (art. 28.2 ET). Esta medida se introdujo por el RDL 6/2019 y ha sido desarrollada mediante el RD 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres.

En materia salarial, la LISOS califica de muy grave dos supuestos distintos: el impago o retraso reiterado de salarios (que afecta directamente al derecho de la persona trabajadora a su remuneración) y la discriminación retributiva por razones prohibidas (que vulnera el derecho constitucional a la igualdad y a la no discriminación).

5.1 Impago o retraso reiterado del salario debido *ex art. 8.1 LISOS*

El artículo 8.1 de la LISOS tipifica como infracción muy grave el impago o los retrasos reiterados en el pago del salario debido.

La previsión expresa de esta infracción en el artículo 8.1 LISOS constituye una garantía reforzada del derecho a percibir puntualmente la remuneración, recogido en el artículo 4.2.f) del ET. Esta calificación como infracción muy grave fortalece el valor jurídico del salario como elemento esencial del contrato de trabajo y como manifestación directa del principio constitucional de suficiencia retributiva.

La función de la norma es tanto disuasoria como punitiva: previene conductas empresariales abusivas y permite a la Administración laboral actuar ante incumplimientos empresariales especialmente reprochables. La imposición de una sanción por impago o retrasos reiterados cumple, además, una función ejemplarizante que contribuye a la protección colectiva del derecho salarial, promoviendo el cumplimiento voluntario de las obligaciones retributivas.

Se trata, por tanto, de una previsión dirigida a proteger el derecho básico del trabajador a la remuneración puntual, consagrado en el art. 4.2.f) del ET.

El legislador laboral recoge dos modalidades infractoras distintas: el impago total o parcial del salario una vez vencido el plazo legal o pactado⁶⁹, y el retraso sistemático en su abono.

⁶⁹ Se entiende cumplida la obligación de pago puntual del salario, no cuando el empresario ordena su pago, sino cuando este se realiza efectivamente. Por ello, si la empresa (entidad bancaria) ordenaba la transferencia de los salarios de sus trabajadores en las últimas horas del último día del mes natural, es evidente que los trabajadores siempre cobraban con retraso, puesto que el CC exigía que el cobro fuera efectivo «antes del día primero del mes siguiente al del devengo». Por ello, la conducta de la empresa queda circunscrita dentro del tipo del art. 8.1 LISOS. A este respecto traemos a colación la STSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de Navarra, de 23 de octubre de 2003 (JUR 2004\4008), que incluye dentro de la infracción muy grave prevista por el artículo 8.1 de la LISOS la conducta de una empresa que ordenaba a la entidad bancaria la transferencia de los salarios de sus trabajadores en las horas postreras del último día del mes natural con lo que hacía imposible que éstos cobraran «antes del día primero del mes siguiente al del devengo», como venía exigido por el Convenio colectivo aplicable a las relaciones laborales en conflicto, ya que, a tenor de la sentencia para considerar cumplida la obligación del empleador no basta con la mera orden de pago sino que se requiere la realización efectiva del mismo.

En ambos casos, la acción u omisión empresarial supone el incumplimiento del plazo legal o pactado para abonar la retribución debida al trabajador. Como acabamos de exponer, el impago puede ser total o parcial, puesto que la falta de abono de parte del salario⁷⁰ equivale a un impago de la cantidad devengada y no abonada. En efecto, el abono del salario en cuantía inferior a la debida legal o convencionalmente, se considera impago parcial y, si es reiterado, estaría incluido dentro del tipo infractor del art. 8.1 LISOS⁷¹.

Ahora bien, no se sanciona el incumplimiento aislado o esporádico de la obligación del abono del salario puntualmente, sino la reiteración⁷² o la persistencia, que evidencia un comportamiento empresarial estructuralmente incumplidor, puesto que el calificativo de retrasos o impagos «reiterados» resulta esencial para delimitar el ámbito del art. 8.1 LISOS⁷³.

Aunque ni la legislación sustantiva⁷⁴ ni la adjetiva cuantificaban el número exacto de impagos o retrasos que debían constituir el tipo infractor, la doctrina judicial sí había aclarado que en ningún caso podría tratarse de un retraso meramente esporádico, sino de un comportamiento continuado y persistente⁷⁵.

⁷⁰ Por ejemplo, no aplicar un incremento pactado, pagar por debajo del mínimo legal o convenio, etc.

⁷¹ Un caso ilustrativo está recogido en la STSJ Comunidad Valenciana 564/2016 de 8 marzo 2016 (Rec. 1659/2015 de 8 de marzo de 2016) donde se constató que la empresa venía remunerando a destajo a sus recolectores por importes muy inferiores a los establecidos en convenio y por debajo del Salario Mínimo por hora, con diferencias del 40-50% menos de lo que correspondía, lo cual evidenciaba un impago parcial sostenido de los salarios debidos.

⁷² En este sentido, la STSJ de Aragón, de 10 de noviembre (rec. 476/2020), aclara que para valorar la gravedad o trascendencia del retraso en el cumplimiento de las obligaciones establecidas en los arts. 4.2.f) y 29.1 ET –referidas a la puntualidad en el abono del salario–, debe atenderse al carácter reiterado de la conducta. Así, se considera que concurre gravedad exigida cuando no se trata de un retraso meramente ocasional, sino de un incumplimiento persistente y continuado en el tiempo, revelador de una infracción sustancial del deber empresarial de satisfacer puntualmente las retribuciones debidas.

⁷³ STS Andalucía (Málaga), Sala de lo Social, 1311/2018 de 18 julio 2018 (rec. 387/2018). En esta Sentencia el TSJ confirma el acta de infracción por infracción muy grave del art. 8.1 LISOS al haberse comprobado la merma reiterada en el abono de salarios durante varios meses a un gran número de trabajadores. En el mismo sentido, la STSJ de Illes Balears, 213/2018, de 18 de mayo (Rec. 17/2018). En ese caso, el tribunal concluyó que la empresa había retrasado sistemáticamente durante ocho meses consecutivos (enero a agosto de 2014) el abono de los salarios íntegros, incluidas las pagas extraordinarias, a toda la plantilla. Además, se demostró que esos incumplimientos se arrastraban desde el año anterior y que la empresa había desoído advertencias previas de la Inspección, lo que reforzó la calificación como infracción muy grave.

⁷⁴ art. 50.1.b) ET.

⁷⁵ Entre muchas otras, podemos citar las SSTS (Social) de 3 de diciembre de 2012 (rec. 612/2012), de 25 de febrero de 2013 (rec. 380/2012); 9 de diciembre de 2016 (rec. 743/2015) y 10 de setiembre de 2020 (rec. 105/2018). En virtud de dichas pautas, se ha venido considerando orientativamente que la falta de pago de tres mensualidades completas dentro de un año o el retraso sistemático durante varios meses configura ya una infracción grave del deber retributivo.

De hecho, el legislador laboral ha positivizado recientemente la doctrina judicial precedente tras la reforma operada por la LO 1/2025⁷⁶, el art. 50.1.b) ET dispone expresamente que «se entenderá que hay retraso cuando se supere en quince días la fecha fijada para el abono del salario» y que concurre la gravedad suficiente de la falta de pago «cuando se adeuden al trabajador, en el período de un año, tres mensualidades completas de salario, aun no consecutivas, o cuando concorra retraso en el pago del salario durante seis meses, aun no consecutivos».

Aunque esta definición se ubica en el ámbito de la extinción contractual solicitada por la persona trabajadora, refleja claramente el estándar de reiteración y gravedad exigido por el legislador laboral, puesto que un solo retraso no es suficiente para acreditar un incumplimiento grave del empresario; es necesario, en consecuencia, que haya varios impagos o demoras prolongadas más allá de la mera morosidad puntual tolerable⁷⁷.

De esta manera, en el ámbito del derecho sustantivo, a partir de la entrada en vigor de la reforma del art. 50.1.b) ET, se debe interpretar que existe incumplimiento grave del empresario que permite la extinción contractual del contrato de trabajo cuando se producen retrasos en el pago del salario, esto es, cuando hayan transcurrido al menos quince días desde la fecha en que debía haberse realizado el pago del mismo, sin haberlo recibido. Además de lo anterior, el retraso en el pago debe afectar al menos a tres mensualidades completas de salario en el plazo de un año (con independencia de si corresponde o no a mensualidades consecutivas) o cuando el retraso en el pago, ya sea de una sola mensualidad o de varias, alcance una duración mínima de seis meses (sean o no consecutivos). En todos estos casos procederá la extinción del contrato *ex art. 50.1. b) ET*.

Volviendo al derecho adjetivo, conviene precisar el objeto material de esta infracción, puesto que el legislador únicamente se refiere al salario debido, debemos precisar que incluye dicho concepto. La palabra «salario» en la descripción legal implica que solo la falta o el retraso en el pago de conceptos de natu-

⁷⁶ DF 26 Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, con efectos a partir del día 3 de abril de 2025 según dispone la DF 38.ª1 de la LO 1/2025.

⁷⁷ Aunque tiene consecuencias económicas ya que se devengará el 10% de mora y podría dar lugar a la imposición de una sanción grave (art. 7.10 LISOS) como vimos en el apartado anterior. Así lo invocó, por ejemplo, la empresa recurrente en la STSJ Andalucía (Granada) 1798/2018, de 7 de junio de 2018 (Rec. 1987/2017), que fue inadmitida, alegando que un retraso de un mes debía reconducirse a la vía civil de intereses moratorios y no a una infracción muy grave.

raleza salarial⁷⁸ queda subsumida en el art. 8.1 LISOS⁷⁹, quedando excluidas otras obligaciones pecuniarias de índole no salarial (como el impago de indemnizaciones por gastos, compensaciones de dietas u otras partidas extrasalariales)⁸⁰.

A efectos de tipicidad basta con que el empleador haya incumplido objetivamente su obligación de pago en las condiciones descritas, sin necesidad de probar un ánimo deliberado de eludir el pago, por ello, la ausencia de voluntad de incumplir no excluye la infracción si objetivamente se dejaron de pagar los salarios en tiempo y forma. En este sentido, la doctrina judicial es clara cuando afirma que los problemas financieros no eximen de responsabilidad a la empresa. En efecto, la mera alegación de crisis de liquidez de la empresa no elimina su responsabilidad, pues se considera que los riesgos económicos forman parte de la actividad empresarial y no pueden trasladarse a la persona trabajadora.

En suma, salvo prueba de una causa de fuerza mayor o ajena verdaderamente impeditiva, el empresario no puede eludir la sanción alegando falta de intención o falta de medios económicos⁸¹. Así es, la infracción se configura por el incumplimiento objetivo y se entiende cometida por culpa del empleador, al menos a título de negligencia grave por no arbitrar los medios para cumplir con una obligación esencial⁸².

⁷⁸ Por tanto, entre otros, el salario base, complementos salariales, pagas extraordinarias, horas extra devengadas. Ciertamente, el término salario comprende todos los elementos que forman parte de la remuneración, incluyendo las pagas extraordinarias. Por lo tanto, la falta de abono de alguna parte de esta última puede constituir una infracción, especialmente cuando dicha omisión presenta un carácter reiterado (STSJ (Contencioso-Administrativo) de Canarias (Santa Cruz de Tenerife), de 26 de septiembre de 1997).

⁷⁹ Así ocurre en el supuesto analizado en la STSJ de Castilla-La Mancha Sentencia 1342/2017 de 31 octubre 2017 (rec. 1407/2016) en el cual una empresa había dejado de abonar durante varios meses determinados complementos salariales previstos en CC (concretamente, los correspondientes al trabajo en sábados por la tarde, domingos y festivos). El tribunal entendió que dicha conducta se subsumía correctamente en el concepto de «*impago del salario debido*» contemplado en el artículo 8.1 de la LISOS, al tratarse de partidas salariales devengadas y exigibles que la empresa había dejado de satisfacer de forma reiterada. Del mismo modo, el TSJ Canarias considera incluido en el tipo infractor del mismo artículo 8.1 el impago parcial de una paga extraordinaria (STSJ Canarias 26-9-1997).

⁸⁰ Obligaciones pecuniarias a las que debe hacer frente igualmente el empresario, y cuyo incumplimiento se castiga en otros preceptos de la LISOS, entre otros, el art. 7.10 LISOS antes analizado.

⁸¹ Que es precisamente lo que ocurre en la anteriormente citada STSJ Extremadura (Social) 639/2012, de 19 de diciembre de 2012 (rec. 508/2012). Como indicamos, la sanción impuesta fue revocada al acreditarse que su origen radicaba en problemas de tesorería ajenos a la voluntad empresarial, derivados, entre otros factores, del retraso en el abono de subvenciones y de las cantidades comprometidas en un convenio suscrito con la Comunidad Autónoma; por ello, el TSJ estimó el recurso de suplicación presentado por el Ayuntamiento recurrente, declarando nula la sanción impuesta por la Administración laboral.

⁸² De hecho, la STSJ de Illes Balears, 213/2018 de 18 mayo 2018 (Rec. 17/2018) refuerza esta postura al señalar que una situación económica difícil no es suficiente para excusar la culpabilidad del empleador. En este fallo, el tribunal destacó que, a pesar de la situación económica delicada de la empresa, la culpabilidad del empleador sigue existiendo. Esto implica que el empresario debe tomar las medidas que le correspondan para evitar los incumplimientos, y que la mera alegación de dificultades financieras no puede considerarse una justificación para la infracción cometida.

A mayor abundancia, la regularización tardía de los pagos, es decir, el abono de los salarios atrasados una vez que la infracción ha sido detectada o durante el proceso de inspección no elimina en ningún caso la responsabilidad por los incumplimientos cometidos, sí se podría tener en cuenta para la graduación de la sanción, pero no forma parte del tipo infractor.

Por otra parte, debemos recordar que la carga probatoria de la infracción propuesta le corresponde a la ITSS que deberá recoger los medios de prueba que acreditan la infracción cometida por el empleador en el acta de infracción dentro del periodo de actuaciones previas que tendrá como finalidad precisamente acreditar el retraso en el pago del salario o la ausencia del mismo, no pudiendo proponer sanción alguna en caso contrario ⁸³.

La realización de una conducta que puede ser calificada como muy grave conforme al artículo 8.1 LISOS da lugar a la imposición de una sanción administrativa a la empresa infractora, cuyo importe puede oscilar entre un mínimo de 7.501 euros y un máximo de 225.000 euros, en función de la graduación de la infracción, como veremos al final del capítulo.

Además de la sanción administrativa, como se indicó anteriormente, el incumplimiento continuado de la falta de pago puntual del salario está reconocido en el art. 50.1.b) ET como causa justa que faculta al trabajador para solicitar judicialmente la extinción indemnizada de su contrato de trabajo. A mayor abundancia, en los casos en los que se aprecie por los jueces y tribunales del orden social la falta o retraso en el pago de los salarios como infracción muy grave que permita la extinción del contrato, la tipificación de estas conductas y sus sanciones sirve como criterio orientativo para cuantificar indemnizaciones por daños morales ⁸⁴.

De esta manera, la gravedad de tal conducta es incuestionable al conllevar doble perjuicio para el empresario ⁸⁵, equivalente probablemente al que ha infligido previamente al trabajador con su reprochable conducta.

La combinación de estos mecanismos –sanción administrativa muy grave, facultad resolutoria indemnizada e intereses de mora– conforma un sistema de protección integral que no solo responde ante el incumplimiento empresa-

⁸³ Por ello, en la STSJ Valencia (Social) 2316/2016, de 3 de noviembre (Rec. 15/2016), el TSJ revoca las dos sanciones impuestas a una ETT. En ese caso, no se acreditó de forma concluyente que el salario abonado hubiera sido inferior al que correspondía conforme al convenio, ni se aportó prueba suficiente del impago o pago defectuoso.

⁸⁴ El TS en su S de 25 de marzo de 2025 (rec. 1287/2024) aceptó, como criterio orientativo para cuantificar la indemnización adicional por daños morales, el importe mínimo de la infracción muy grave (7.501 euros).

⁸⁵ Que conserva evidentemente el derecho de recibir el abono de las cantidades devengadas y no pagadas por la empresa que se deberán incrementar con el recargo por mora en los términos del art. 29.3 ET.

rial, sino que también garantiza el ejercicio efectivo del derecho al salario, reafirmando su condición protagonista dentro del marco jurídico-laboral.

5.2 Discriminación retributiva por razón de sexo u otras causas como infracción muy grave

5.2.1 APROXIMACIÓN A LA NORMATIVA COMUNITARIA Y DERECHO INTERNO

La igualdad retributiva entre mujeres y hombres constituye uno de los principios fundacionales del Derecho de la Unión Europea. En efecto, el artículo 157 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) impone a los Estados miembros la obligación de garantizar la igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras por un mismo trabajo o por trabajos de igual valor, prohibiendo toda discriminación salarial por razón de sexo en los elementos y condiciones de la remuneración⁸⁶.

Este mandato ha sido desarrollado por normativa derivada, destacando especialmente la Directiva 2006/54/CE, que establece la prohibición expresa de cualquier discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo en materia retributiva. La reciente Directiva (UE) 2023/970, de 10 de mayo, ha reforzado sustancialmente este principio mediante la introducción de mecanismos de transparencia retributiva y garantías procesales que los Estados deben transponer antes del 7 de junio de 2026.

Entre las medidas previstas en esta última directiva⁸⁷ para proteger, restituir y castigar a los infractores destacan los preceptos relativos al derecho de la reparación íntegra del perjudicado por discriminación retributiva, las garantías procesales y administrativas y el régimen sancionador.

En primer lugar, en cuanto al derecho a la reparación íntegra del daño debemos apuntar que consiste en el reconocimiento expreso del derecho de toda persona trabajadora que haya sufrido discriminación retributiva a obtener una compensación íntegra por los perjuicios derivados de dicha infracción⁸⁸. Este derecho implica no solo la recuperación de los atrasos salariales y otras cantidades económicas dejadas de percibir (incluidas primas y retribuciones en especie), sino también la posibilidad de reclamar daños morales, pérdida de

⁸⁶ La STJUE de 3 de junio 2021, C-624/2019, establece que el art. 157 TFUE –que recoge el principio de igualdad de retribución– puede ser invocado en litigios entre particulares en los que se invoca la vulneración de este derecho.

⁸⁷ Concretamente en el Cap. III titulado «vías de reparación y cumplimiento efectivo» (arts. 14 a 26).

⁸⁸ Art. 16 Directiva 2023/970.

oportunidades profesionales, e incluso otros perjuicios relacionados con la discriminación interseccional. La reparación, tal como se configura, debe tener un carácter real y efectivo, y no puede estar limitada por topes cuantitativos preestablecidos. El objetivo es restituir a la persona afectada en la situación en la que se habría encontrado de no haberse producido la discriminación.

En segundo lugar, la Directiva exige, además, que los Estados miembros dispongan de procedimientos judiciales y administrativos eficaces que permitan a las personas trabajadoras hacer valer los derechos contenidos en la misma⁸⁹. Estos procedimientos deben contemplar consecuencias jurídicas efectivas ante la vulneración de las obligaciones en materia de igualdad retributiva, lo que incluye no solo la reparación del daño, sino también la adopción de medidas correctoras por parte del empleador.

Asimismo, se refuerza la tutela judicial mediante la inversión de la carga de la prueba⁹⁰. De este modo, cuando una persona trabajadora aporte indicios fundados de que ha sido objeto de una discriminación salarial por razón de sexo, corresponderá al empleador demostrar que no ha existido tal discriminación. Este principio solo cede en situaciones en las que el incumplimiento sea manifiestamente involuntario y de escasa entidad, sin impacto real en el derecho a la igualdad retributiva. Este enfoque reconoce la especial dificultad probatoria que enfrentan las víctimas de discriminación y refuerza su posición procesal para facilitar la protección ante las conductas prohibidas en materia de igualdad retributiva.

En tercer lugar y dentro del ámbito sancionador, la Directiva obliga a los Estados miembros a establecer un sistema de sanciones que cumpla los principios de eficacia, proporcionalidad y disuasión. Dicho régimen debe contemplar sanciones específicas ante la vulneración de los derechos y obligaciones relativos a la igualdad retributiva, y prever multas u otras medidas equivalentes que tengan un efecto real y preventivo sobre los incumplimientos empresariales.

Se exige, además, que en la imposición de sanciones se tengan en cuenta circunstancias agravantes o atenuantes, como la reincidencia o la concurrencia de múltiples factores de discriminación. Además, ante la reiteración de conductas infractoras, los Estados deben establecer sanciones específicas adicionales, con el fin de impedir que conductas discriminatorias se perpetúen de forma sistemática.

En esta línea, los Estados miembros están obligados a notificar a la Comisión Europea el régimen sancionador adoptado y sus eventuales modifica-

⁸⁹ Art. 17 Directiva 2023/970.

⁹⁰ Art. 18 Directiva 2023/970.

ciones, lo que introduce un mecanismo adicional de control y seguimiento a escala supranacional.

Por otra parte, en el plano nacional y dentro del marco constitucional, ocupa un lugar preeminente el respeto al derecho a la igualdad y no discriminación consagrada, con carácter general, en el artículo 14, y de manera particular en el art. 35.1 de la misma norma constitucional que consagra el derecho de todos los españoles a una remuneración que pueda «satisfacer sus necesidades y las de su familia sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo».

Dentro del ámbito laboral, se recoge de manera genérica el derecho a la no discriminación en el artículo 4.2.c) ET⁹¹; y, de manera específica, el derecho a la igualdad retributiva por razón de sexo se recoge en el art. 28 ET⁹² que consagra el principio de igualdad de remuneración por trabajos de igual valor a hombres y mujeres⁹³. Además, con independencia de la tutela administrativa dentro del ámbito del derecho sancionador, uno de los mecanismos de protección de los derechos constitucionales a la igualdad y a la no discriminación está previsto en el art. 17.1 ET que declara nulos y sin efecto cualquier reglamento, convenio, pacto o decisiones empresariales que puedan implicar cualquier tipo de discriminación en el ámbito laboral⁹⁴.

Ahora bien, como punto de partida, respecto al principio de igualdad retributiva, es necesario precisar que ni el artículo 14 CE ni los artículos 4.2.c) y 17 ET imponen una identidad de trato retributivo en términos absolutos. La doctrina judicial ha admitido diferencias salariales acordadas mediante pacto individual o impuestas por decisión unilateral del empresario, siempre que tales diferencias respeten los mínimos legales o convencionales y no tengan un carácter discriminatorio, ni resulten vejatorias o atentatorias contra la dignidad

⁹¹ Las personas trabajadoras tienen derecho «A no ser discriminadas directa o indirectamente para el empleo o, una vez empleados (...)» por cualquier aspecto, razón o condición.

⁹² Con relación a este importantísimo derecho, me remito al exhaustivo análisis efectuado dentro de esta monografía.

⁹³ En el mismo sentido, el art. 3 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación que, en su apartado 1, recoge los ámbitos de aplicación de la misma Ley y específica que uno de estos ámbitos apunta a las condiciones de trabajo (incluyendo expresamente la retribución entre ellas).

⁹⁴ En este sentido, el Juzgado de lo Social n.º 1 de Badajoz, en su sentencia 269/2019, de 10 de junio, rec. 872/2018, declara la nulidad radical de la conducta lesiva consistente en el abono de un plus de peligrosidad e incentivos de puesto de trabajo que únicamente cobraban los trabajadores varones y que nunca han percibido las trabajadoras con la misma categoría profesional. De nuevo, en este caso el órgano judicial determina la cuantía de la indemnización por daños y perjuicios teniendo en consideración la cuantía de la sanción establecida en la LISOS.

de los trabajadores afectados (STS, Sala Cuarta de lo Social, 4 de febrero de 1994. JUR/1994/3695)⁹⁵.

El empleador puede, en uso de sus facultades organizativas derivadas del principio de libertad de empresa consagrado en el artículo 38 CE, establecer condiciones retributivas diferenciadas (incluso dentro de la misma categoría profesional)⁹⁶, siempre que no incurran en discriminación por alguna de las causas expresamente prohibidas por la CE o el ET⁹⁷. Así, el tratamiento salarial desigual no puede considerarse contrario al principio de igualdad si no se acredita su carácter discriminatorio⁹⁸. Ahora bien, esta libertad empresarial no puede dar lugar a diferencias arbitrarias ni infundadas. La doctrina judicial exige que las desigualdades retributivas respondan a criterios objetivos y razonablemente justificados, como la naturaleza de las funciones desempeñadas, la preparación o experiencia del trabajador, el nivel retributivo asignado, el rendimiento exigido o la situación económica de la empresa⁹⁹.

Finalmente, cabe destacar que, aunque la igualdad retributiva se vincula con frecuencia a la prohibición de discriminación por razón de sexo, su alcance es mucho más amplio, como indicamos anteriormente, comprendiendo otros factores como el origen étnico, la religión, la orientación sexual, las convicciones ideológicas, la afiliación sindical, o las condiciones de trabajo (como

⁹⁵ En este mismo sentido, la STC 2/1998, de 12 de enero (rec. 375/1995), reiterando doctrina establecida en la STC 34/1984, de 9 de marzo (rec. 539/1983) sostiene que el artículo 14 CE no exige una igualdad de trato absoluta en el ámbito laboral, habida cuenta de la operatividad del principio de autonomía de la voluntad. Además, indica que las diferencias salariales no vulneran el principio de igualdad si no se basan en causas constitucionalmente prohibidas.

⁹⁶ La STSJ de Aragón 826/2010, de 17 de noviembre, rec. 750/2010, declara la inexistencia de discriminación por razón de sexo cuando las diferencias salariales son derivadas de la diferente antigüedad, por lo que no se incurre en la comisión de la infracción del art. 8.12 LISOS.

⁹⁷ Como el sexo, la edad o discapacidad, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, estado civil, ideas políticas, orientación e identidad sexual, expresión de género, etc.

⁹⁸ En este contexto, la STS de 4 de febrero de 1994 (Rec. 4009/1992), subraya que no toda desigualdad implica discriminación. La desigualdad deviene ilegítima únicamente cuando se sustenta en una minusvaloración o marginación de personas pertenecientes a colectivos históricamente vulnerables, como ocurre con los trabajadores temporales frente a los fijos (STC 177/1993, de 31 de mayo (RTC 1993\177); STC 136/1987, de 22 de julio-(RTC 1987\136)-), o cuando el único factor determinante de la diferencia es una de las causas de discriminación prohibidas –como el sexo– contempladas en los artículos 14 CE y 17 ET.

⁹⁹ STS, Sala Cuarta de lo Social, 22 de julio de 1997 (rec. 178/1997); STSJ País Vasco (Guipúzcoa) 2 de febrero de 1993 (rec. 1761/1992). No obstante, esta doctrina, perfectamente asentada para la empresa privada, debe ser matizada en el caso de que el empleador sea una Administración pública. En tal supuesto, la Administración no actúa en virtud del principio de autonomía de la voluntad, sino que está sujeta al principio de legalidad y debe regirse con sometimiento pleno a la ley y al derecho, tal y como establece el artículo 103.1 CE, sin posibilidad de actuación arbitraria conforme al artículo 9.3 CE. Además, está obligada a respetar el principio de igualdad ante la ley. En consecuencia, su margen de maniobra a la hora de establecer diferencias salariales entre su personal laboral es más limitado que el del empleador privado, debiendo observar estrictos controles de legalidad, objetividad y no arbitrariedad: STC 161/1991, de 18 de julio (rec. 1198/1988).

la temporalidad)¹⁰⁰, entre otros. Así, constituiría una infracción de especial gravedad abonar a una persona trabajadora extranjera una remuneración inferior a la de un trabajador nacional con la misma categoría profesional y desempeño, únicamente por razón de su origen.

5.2.2 LA DISCRIMINACIÓN RETRIBUTIVA POR RAZÓN DE SEXO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

En distintos capítulos de este trabajo se han analizado distintos aspectos relativos a la igualdad retributiva, centrándonos en este capítulo en la tutela administrativa, esto es, en el derecho sancionador del trabajo, y, por ende, en el castigo que se puede imponer al empresario infractor por los incumplimientos relativos a las obligaciones de igualdad y no discriminación en materia retributiva.

En este sentido, el art. 8.12 LISOS¹⁰¹ tipifica como infracción laboral muy grave las decisiones empresariales de carácter unilateral que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables basadas en determinadas causas protegidas, cuando afecten a la retribución u otras condiciones de trabajo, así como las represalias empresariales frente a reclamaciones en materia de igualdad. En este último caso nos estamos refiriendo a la garantía de indemnidad¹⁰². Ciertamente, como reza el citado art. 8.12 LISOS se deben calificar de muy graves las decisiones unilaterales del empleador «que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en materia de retribuciones (...), así como las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una

¹⁰⁰ En efecto, el TS aplica el principio de igualdad de trato, a situaciones discriminatorias fundadas en la temporalidad del vínculo laboral. Así, la STS (Sala de lo Social) núm. 242/2025, de 25 de marzo (Rec. 1178/2024), analiza el caso de trabajadores contratados temporalmente en el marco de un programa público de fomento de empleo, a quienes se les retribuyó por debajo de lo previsto en el IV Convenio Colectivo Único para el personal laboral de la Administración General del Estado. Aunque el RCUD fue desestimado por inexistencia de contradicción, el TS reconoce expresamente que dicha práctica vulnera el principio de igualdad de trato y no discriminación. En el plano indemnizatorio, la sentencia recuerda que la indemnización por daño moral derivada de una discriminación puede determinarse tomando como parámetro orientador los importes establecidos en la horquilla sancionadora de la LISOS, atendiendo a las circunstancias concretas del caso.

¹⁰¹ Este apartado se modificó por la DF 6.1 de la Ley 4/2023, de 28 de febrero (BOE 1 de marzo de 2023).

¹⁰² Este último supuesto remite a la denominada garantía de indemnidad, entendida como la protección frente a represalias por el legítimo ejercicio de derechos. Dicha garantía ha sido reconocida por el TS y el TC, entre otras, en la STS de 17 de abril de 2000, rec. núm. 200/1999 (RJ 2000/4372) y la STC 104/1987, de 17 de junio (rec. 748/1986).

acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación».

Este tipo infractor abarca tanto la discriminación directa –por ejemplo, cuando se establece un salario inferior a una trabajadora por el mero hecho de ser mujer– como la discriminación indirecta, que se produce cuando un criterio aparentemente neutro produce un efecto desfavorable sobre un grupo sin justificación objetiva y razonable.

Estas formas de discriminación están claramente delimitadas por el Derecho de la Unión Europea, en particular en las Directivas 2000/78/CE (igualdad en el empleo) y 2006/54/CE (igualdad entre mujeres y hombres en materia laboral), y fueron incorporadas al ordenamiento español mediante la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, y, sobre todo, a través de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

De esta manera, se debe calificar de discriminación directa por razón de sexo, la situación en la que una persona es tratada de manera menos favorable por razón de su sexo que otra en situación comparable¹⁰³. De igual manera, la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo en desventaja particular respecto al otro, se debe calificar de discriminación indirecta, salvo que se justifique objetivamente. De la misma manera, se prohíbe cualquier orden de discriminar, equiparándola a un acto discriminatorio.

Ahora bien, en el ámbito de aplicación del artículo 8.12 LISOS la conducta infractora se restringe a decisiones unilaterales del empleador. Si la diferencia salarial discriminatoria se plasmara en pactos individuales o cláusulas de convenios colectivos, tales cláusulas serían nulas de pleno derecho por contravenir el artículo 17 ET, que prohíbe expresamente la discriminación por razón de sexo en materia retributiva. Sin embargo, la conducta no encajaría técnicamente en el tipo del art. 8.12 LISOS, al no derivar de una decisión empresarial unilateral. En estos casos, la conducta puede constituir una infracción grave conforme al artículo 7.10 LISOS, que sanciona «los actos u omisiones que fueren contrarios a los derechos de los trabajadores reconocidos en el artículo 4 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores». En todo caso, cualquier diferenciación retributiva basada en causas discriminatorias prohibidas, ya sea de manera abierta o encubierta, constituye una vulneración del principio de igualdad y puede dar lugar a la respuesta sancionadora más severa dentro del ámbito social.

¹⁰³ Art. 6 de la Ley Orgánica 3/2007.

En este contexto, cobra especial importancia el RD 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres, que refuerza los instrumentos para prevenir, detectar y corregir la discriminación salarial. Desde su entrada en vigor el 14 de abril de 2021, todas las empresas, con independencia de su tamaño, están obligadas a llevar un registro retributivo desagregado por sexo¹⁰⁴. En el caso de las empresas con plantilla igual o superior a 50 personas trabajadoras¹⁰⁵, si se constata una brecha salarial media igual o superior al veinticinco por ciento entre sexos, el empresario deberá justificar que dicha diferencia responde a motivos objetivos no relacionados con el sexo y que no tiene carácter discriminatorio¹⁰⁶.

Con relación al alcance del control administrativo y judicial en materia de igualdad retributiva, se establece que, siempre que concurren los presupuestos exigidos por la legislación vigente, tanto la existencia como la ausencia de información retributiva podrán ser utilizadas como base para el ejercicio de acciones administrativas o judiciales, tanto individuales como colectivas. Estas acciones se articularán conforme a lo dispuesto en la LISOS, lo que puede conllevar, en su caso, la propuesta de sanción que corresponda. Asimismo, en el ámbito forense, resultará de aplicación la LRJS, que incluye la posibilidad de recurrir, cuando proceda, al ejercicio del procedimiento de oficio previsto en su artículo 148.c)¹⁰⁷.

Por otro lado, no se requiere que el comportamiento empresarial infractor esté guiado por una intención discriminatoria para que se configure la infracción en materia de igualdad retributiva¹⁰⁸. Es suficiente con que exista una decisión unilateral del empleador que dé lugar a una situación de discriminación por razón de sexo¹⁰⁹. Así, por ejemplo, el hecho de que un

¹⁰⁴ Art. 5 RD 902/2020 que desarrolla lo dispuesto en el art. 28.2 ET que ordena al empresario «a llevar un registro con los valores medios de los salarios, los complementos salariales y las percepciones extrasalariales de su plantilla, desagregados por sexo y distribuidos por grupos profesionales, categorías profesionales o puestos de trabajo iguales o de igual valor».

¹⁰⁵ Art. 28.3 ET.

¹⁰⁶ Todo ello de acuerdo con el artículo 10.2 del propio RD 902/2020.

¹⁰⁷ Ciertamente, el art. 148.c), faculta a los órganos jurisdiccionales del orden social para iniciar un proceso como consecuencia «De las actas de infracción o comunicaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social acerca de la constatación de una discriminación por razón de sexo y en las que se recojan las bases de los perjuicios estimados para el trabajador, a los efectos de la determinación de la indemnización correspondiente».

¹⁰⁸ Como indica la STSJ ICAN 1820/2024, de 17 de junio, rec. 1921/2022, establece que no es necesario que exista intencionalidad por parte del empresario para concurrir en esta infracción.

¹⁰⁹ Un ejemplo relevante es la STS 43/2017, de 24 de enero (rec. 1902/2015), en la que se reconoce la vulneración del derecho fundamental a la igualdad y no discriminación sufrida por una médica durante el período de adaptación de su puesto de trabajo por embarazo, derivada de la exclusión en la realización de guardias médicas. En la misma línea, la STSJ de Galicia de 15 de mayo de 2020 (rec. 318/2020), reconoce la existencia de un supuesto de discriminación indirecta imputable a la Administración de la Seguri-

trabajador varón perciba una retribución superior a la de una trabajadora que desempeña un trabajo de igual valor, sin que exista una justificación objetiva y razonable, constituye por sí solo una conducta tipificada como infracción muy grave, conforme a lo previsto en el artículo 8.12 LISOS ¹¹⁰.

Se trata, en definitiva, de una infracción que cumple una función reforzada de garantía de los derechos fundamentales, al complementar la tutela judicial frente a la discriminación –que permite reclamar indemnizaciones por daño moral o material– con una respuesta administrativa contundente mediante la imposición de sanciones económicas, cuyo objetivo es disuadir y erradicar este tipo de prácticas en el ámbito laboral.

En todos los casos en los que se aprecian conductas discriminatorias, el incumplimiento del principio de igualdad retributiva no solo genera responsabilidad indemnizatoria, que puede tomar como base de cálculo el importe de las sanciones recogido en la LISOS ¹¹¹, sino que también constituye una infracción administrativa muy grave cuando deriva de decisiones empresariales unilaterales que carecen de fundamento objetivo, tal y como se ha indicado en este apartado. Además, como veremos después, la graduación de la sanción

dad Social, al no abonarse a la trabajadora el complemento de atención continuada durante el periodo de baja por maternidad. Esta omisión constituye una vulneración del derecho fundamental a la igualdad y una discriminación por razón de sexo.

¹¹⁰ Resulta pertinente traer a colación el caso enjuiciado por el TSJ Madrid, en su S núm. 1012/2022, de 16 de noviembre (Rec. 762/2022). En efecto, en la Sentencia citada se aborda una clara discriminación retributiva por razón de sexo. En el caso enjuiciado, una ingeniera de caminos, con funciones idénticas a las de su compañero varón (mismas obras en número y cuantía), no había recibido actualizaciones salariales desde 2009. La Sala constató una ausencia de justificación objetiva y razonable para la diferencia retributiva, a pesar de las alegaciones empresariales sobre la reducción de jornada por guarda legal. Se condenó a la empresa al abono de una indemnización por daños morales equivalente a las diferencias retributivas de dos años, en línea con la cuantía mínima de la infracción muy grave prevista en el art. 40.1 c) LISOS (13.000 euros).

¹¹¹ La doctrina judicial ha reconocido que la indemnización por daños morales puede fijarse utilizando como criterio orientador el rango de sanciones previsto en la LISOS. Un ejemplo representativo lo configura la citada el STSJ Madrid núm. 1012/2022. STSJ de Madrid 81/2013, de 1 de febrero, rec. 6334/2012, en la que se lesiona la garantía de indemnidad retributiva al no incluir en la retribución del crédito horario de los representantes de los trabajadores determinados pluses, y se utiliza como criterio para la determinación de la cuantía de la indemnización de los daños y perjuicios derivados la cuantificación de las sanciones previstas en la LISOS. Lo mismo ocurre en la STSJ de Madrid 731/2019, de 30 de septiembre, rec. 529/2019. Otro ejemplo relevante lo encontramos en la SJSO n.º3 de Gijón 103/2020, de 14 de abril, rec. 627/2019, en la que se declara vulnerado el derecho fundamental a la igualdad de la trabajadora, al haberse producido una discriminación retributiva por razón de sexo. En dicho pronunciamiento, el abono a la trabajadora de la indemnización reclamada se determina por analogía de la conducta de la empresa con una infracción administrativa muy grave prevista en el art. 8.12 LISOS. Lo mismo ocurre en la STSJ de Extremadura 297/2022, de 10 de mayo, rec. 66/2022, en la que se condena a la empresa al pago de la indemnización por daños y perjuicios derivados por la vulneración del derecho fundamental a la igualdad y no discriminación por razón de sexo en materia retributiva, y fija la cuantía apoyándose en el importe de la sanción establecida por la LISOS.

administrativa puede verse influida, sin alterar su calificación jurídica, por factores como la reiteración en el tiempo, la afectación colectiva o la ocultación de la conducta, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 39.2 LISOS.

Estas situaciones pueden dar lugar a la activación de los procedimientos judiciales previstos en la legislación laboral, en particular, el procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales –regulado en los artículos 177 a 184 de la Ley reguladora de la jurisdicción social (LRJS)–, del que puede derivarse una condena a indemnización por daños y perjuicios (art. 183 LRJS), así como la acción de resolución indemnizada del contrato prevista en el artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores.

La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, refuerza este marco protector mediante diversas disposiciones de especial relevancia: se presume la existencia de daño moral cuando se acredite una conducta discriminatoria (art. 27), y se establece una tutela judicial integral que comprende la cesación de la discriminación, el restablecimiento de la situación previa, la adopción de medidas cautelares y la indemnización por los perjuicios ocasionados, con independencia de la nacionalidad, edad o situación administrativa de la persona afectada (art. 28). Asimismo, se reconoce la legitimación activa a una pluralidad de sujetos colectivos –sindicatos, partidos políticos, organizaciones de consumidores o asociaciones de defensa de los derechos humanos–, siempre que cuenten con la autorización expresa de la persona afectada (art. 29), y se consagra expresamente la inversión de la carga de la prueba, que obliga a la parte demandada a justificar de forma objetiva y razonable su actuación cuando se aporten indicios fundados de discriminación (art. 30).

Finalmente, la ley crea la Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación (arts. 40 a 45), concebida como un organismo unipersonal, de naturaleza pública e independiente, encargado de investigar, mediar, emitir recomendaciones y, en su caso, instar acciones judiciales frente a situaciones discriminatorias de especial gravedad o trascendencia social.

6. SANCIONES EN MATERIA DE INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES EN MATERIA SALARIAL

Una vez identificadas las principales infracciones administrativas en materia salarial, procede analizar el régimen sancionador que establece la LISOS. Dicho régimen se basa exclusivamente en la imposición de sanciones económicas, cuya cuantía depende de la calificación legal atribuida a la conducta

infractora –ya sea leve, grave o muy grave– y se gradúa y cuantifica conforme a los criterios establecidos en los artículos 39 y 40 de la citada norma.

6.1 Cuadro de sanciones según graduación de la conducta infractora

El artículo 40.1 LISOS establece las siguientes cuantías económicas en función de la graduación de la sanción:

Calificación	Grado mínimo	Grado medio	Grado máximo
Leve	70 € - 150 €	151 € - 370 €	371 € - 750 €
Grave	751 € - 1.500 €	1.501 € - 3.750 €	3.751 € - 7.500 €
Muy grave	7.501 € - 30.000 €	30.001 € - 120.005 €	120.006 € - 225.018 €

Como ya hemos indicado, la graduación de las sanciones clasifica a las mismas en leves, graves y muy graves; que a su vez se pueden imponer en su grado mínimo, medio o máximo (que a su vez se divide en tramos –inferior, medio y superior–) en función de los criterios agravantes que aprecie la Inspección de Trabajo en cada acta de infracción.

Por tanto, el incumplimiento de la obligación empresarial de entrega puntual del recibo de salarios y de entrega del documento oficial del abono del salario, la falta de información por escrito del salario que se le va a abonar a la persona trabajadora y cualquier otro incumplimiento meramente formal o documental en materia retributiva conllevará una sanción que oscilará entre los 70 € y los 750 €, al calificarse de infracción leve.

Sin embargo, la conducta infractora que consista en consignar incorrectamente los salarios abonados a las personas trabajadoras en los recibos de salarios, o el incumplimiento de las obligaciones en la tramitación de los recibos de finiquito, el establecimiento de condiciones salariales inferiores a las legales o convencionales, o el incumplimiento de las obligaciones en materia de planes y medidas de igualdad ¹¹², se sancionarán con una multa económica que oscilará entre 751€ y 7500€ al calificarse todas ellas de infracciones graves.

¹¹² La STSJ Canarias Santa Cruz de Tenerife (Contencioso-administrativo) 390/2013 de 18 de noviembre de 2013 (rec. 435/2011) considera que el incumplimiento del Plan de Igualdad debe conllevar una sanción en el grado máximo.

Finalmente, los impagos o retrasos reiterados del salario debido, o las conductas empresariales que impliquen discriminaciones retributivas por razón de sexo u otras causas, conllevarán la máxima sanción, que oscilará entre 7501€ y 225.018 €, al calificarse todas ellas de infracciones muy graves ¹¹³.

6.2 Criterios legales de graduación (art. 39.2 LISOS)

La determinación del grado y de la cuantía exacta de la sanción se efectúa teniendo en cuenta los siguientes criterios objetivos:

- La intencionalidad o negligencia del sujeto infractor.
- La existencia de fraude o connivencia.
- El incumplimiento de requerimientos previos por parte de la Inspección de Trabajo.
- La cifra de negocios de la empresa.
- El número de personas trabajadoras afectadas.
- El perjuicio económico causado.
- La cantidad defraudada.

En caso de que no se aprecie la concurrencia de ninguno de los criterios agravantes citados, la sanción deberá imponerse obligatoriamente en su grado mínimo, dentro del tramo inferior de la escala correspondiente ¹¹⁴, en lógica consonancia con los principios del Derecho sancionador al que pertenece este ámbito de responsabilidad administrativa.

Por otra parte, si la Inspección de Trabajo quiere defender la concurrencia de uno o varios criterios agravantes, no es suficiente con la mención de dichos criterios en el acta, debe acreditar y justificar su concurrencia ¹¹⁵. De lo

¹¹³ Como se ha indicado, la cantidad concreta de la cuantía de la sanción dependerá de si se aprecia o no algún, o algunos criterios agravantes (art. 39 LISOS). Así, el TSJ Baleares, en el supuesto enjuiciado en la STSJ Baleares 213/2018 de 18 mayo 2018 (Rec. 17/2018), dado que la empresa había incurrido en impagos reiterados a toda su plantilla durante más de medio año, y que incluso tenía antecedentes de mora en el año previo, se consideró adecuada la aplicación del grado máximo de sanción, apreciando la concurrencia de tres agravantes. En sentido parecido se pronuncia el TSJ Andalucía (Málaga) 1311/2018 de 18 julio 2018 (Rec. 387/2018) cuando confirma la sanción en su grado medio *«pues concurren los criterios del art. 39.2 de negligencia e intencionalidad del sujeto infractor, incumplimiento de las advertencias previas y requerimientos de la Inspección, cifra de negocios de la empresa, número de trabajadores o de beneficiarios afectados en su caso, perjuicio causado, como circunstancias que puedan agravar o atenuar la graduación a aplicar a la infracción cometida»*.

¹¹⁴ Art. 39.6 LISOS.

¹¹⁵ Art. 39.6 LISOS.

contrario, aunque se confirme el acta de infracción por la autoridad laboral competente rebajará el importe de la sanción al no poder apreciar finalmente la concurrencia del criterio o de los criterios propuestos por la Inspección de Trabajo. Además, los criterios de graduación citados más arriba no podrán emplearse para agravar o disminuir la cuantía de la sanción cuando dichos elementos formen parte del tipo infractor ¹¹⁶, de lo contrario, estaría castigándose dos veces la misma conducta infractora: una como parte del ilícito administrativo y otra como circunstancia agravante o atenuante.

6.3 Reincidencia, infracción continuada y prescripción

La reincidencia se produce cuando se comete una nueva infracción de la misma naturaleza y calificación dentro del plazo de un año desde la firmeza de la sanción anterior ¹¹⁷. En este caso, la multa podrá duplicarse, sin superar el límite máximo de su calificación.

Sin embargo, la infracción continuada es aquella que se mantiene de forma persistente en el tiempo. En estos casos, procede imponer automáticamente la sanción en el grado máximo del nivel correspondiente ¹¹⁸. No es necesario extender múltiples sanciones si se prueba la continuidad de la conducta ilícita.

Respecto a la prescripción, el artículo establece un plazo general de tres años desde la comisión de la infracción. Este plazo puede interrumpirse por actuaciones inspectoras o requerimientos de la Inspección de Trabajo ¹¹⁹.

7. CONCLUSIONES

La tutela administrativa de los derechos salariales de la persona trabajadora desempeña un papel esencial en el sistema español de garantías laborales, configurándose como una herramienta eficaz para corregir los incumplimientos empresariales a través del régimen sancionador de la LISOS. La calificación de las infracciones en leves, graves o muy graves responde al grado de afectación del derecho retributivo incumplido y permite adecuar la respuesta

¹¹⁶ Art. 39.5 LISOS

¹¹⁷ art. 41 LISOS

¹¹⁸ art. 39.7 LISOS. En efecto, cuando la infracción se haya venido cometiendo de forma continuada en el tiempo, esto es, de manera persistente, la sanción deberá imponerse necesariamente en el grado máximo de su correspondiente calificación (leve, grave o muy grave)

¹¹⁹ Art. 4.1 LISOS

administrativa a la entidad del ilícito cometido. Las infracciones leves sancionan incumplimientos meramente formales o documentales; las graves, el incumplimiento sustancial de las condiciones salariales legales o convencionales; y las muy graves, los impagos o retrasos reiterados y las discriminaciones retributivas.

Asimismo, los criterios de graduación previstos en el artículo 39 de la LISOS permiten ajustar la sanción a las circunstancias concretas del caso, reforzando la proporcionalidad de la medida. En este contexto, la actuación de la Inspección de Trabajo no solo cumple una función preventiva y correctora, sino también orientadora en sede judicial, especialmente en los procedimientos de tutela de derechos fundamentales. En definitiva, el sistema sancionador constituye una garantía adicional para la protección del salario, como derecho básico de la persona trabajadora, y un instrumento clave para promover la igualdad retributiva efectiva.

8. BIBLIOGRAFÍA

- ABELEIRA COLAO, Manuela (dir.); CARRASCOSA BERMEJO, Dolores (dir.); SEMPERE NAVARRO, Antonio V.: *Los delitos laborales*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2024.
- ALARCÓN CASTELLANOS, María del Mar: «Infracciones y sanciones. Ley 15/2022, de 12 de julio, Integral para la Igualdad de Trato y la No Discriminación» en SEMPERE NAVARRO, Antonio V.: (dir.), GARCÍA GIL, María Begoña (dir.), *Una visión transversal del derecho a la igualdad*, Sepin, Madrid, 2023, pp. 145-159.
- «Reciente publicación del RD 1011/2023, de 5 de diciembre» *Revista de Derecho Laboral vLex*, núm. 10, 2023, pp. 217-218.
- AZAGRA SOLANO, Miguel; BARRIOS BAUDOR, Guillermo; BUENDÍA JIMÉNEZ, José Antonio; CARDENAL CARRO, Miguel; CASTRO ARGÜELLES, María Antonia; CAVAS MARTÍNEZ, Faustino: «Infracciones laborales muy graves» *Aranzadi Social: Revista doctrinal*, núm. 4, 2011, pp. 11-54.
- BANDERA GALLEGU, Juan C.: «Las sanciones administrativas en el orden social por impago parcial de salarios: una controvertida decisión de la autoridad laboral de la Junta de Andalucía», *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo Estudios Doctrinales*, núm. 13, 2024, p. 138.
- CAMAS RODA, Ferrán: «Las infracciones y sanciones administrativas del empresario en el orden social», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 254, 2004, p. 29.
- GARCÍA BLASCO, Juan: *Infracciones y sanciones en materia laboral. Un comentario a la Ley 8/1988, de 7 de abril*, Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1989, p. 93.

- MERCADER UGUINA, Jesús Rafael: «Nuevos escenarios para el Estatuto de los Trabajadores del siglo XXI: digitalización y cambio tecnológico» *Trabajo y Derecho*, núm. 63, 2020.
- PALOMINO SAURINA, Pilar: «Entrega del recibo de salarios en formato electrónico (Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 2016 Rec. núm. 3690/2014)», *Diario La Ley*, núm. 8934, 2017.
- SEMPERE NAVARRO, Antonio V. (coord.), MERCADER UGUINA, Jesús R., TOLOSA TRIBIÑO, César, MARTÍN JIMÉNEZ, Rodrigo: *Comentarios a la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social*, Aranzadi, Navarra, 2003.
- SEMPERE NAVARRO, Antonio V.; ARETA MARTÍNEZ, María: «La codificación de las infracciones y sanciones en el orden social», *Revista de Ministerio de Trabajo y economía social*, núm. 78, 2008, pp. 33-58.
- TODOLÍ SIGNES, Adrián: «La falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado» en TALÉNS VISCONTI, Eduardo E.; REQUENA MONTES, Óscar; TORMOS PÉREZ, Juan A.; GOERLINCH PESET, José M.: *La extinción indemnizada del contrato por voluntad del trabajador: Artículo 50 ET*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 73-98.

CAPÍTULO XXVIII

RECLAMACIÓN JUDICIAL DEL SALARIO: ASPECTOS SUSTANTIVOS Y PROCESALES

JOSÉ MANUEL GARCÍA BLANCA
Abogado. Doctor en Derecho
Profesor de la Universidad Rey Juan Carlos

1. INTRODUCCIÓN

Los arts. 4.2. f) y 29 ET establecen el derecho del trabajador y confieren la obligación del deudor de pago del salario ¹ en tanto que percepción económica, en dinero o en especie ² por la prestación de servicios por cuenta ajena llevados a cabo en el marco del contrato de trabajo, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea su forma de remuneración, con los periodos de descanso computables. Esto genera el derecho a que el trabajador tenga derecho al percibo de su salario con independencia de que el contrato se ajuste o no a la legalidad como sucede los casos de nulidad de este (art. 9.2 ET).

¹ Es clásica la monografía, VV. AA. *Estudios sobre el salario*, ACARL, Madrid 1993. Una aproximación básica, RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M. y ALFONSO MELLADO, C. L., *El salario*, Tirant Lo Blanch, «Colección Laboral», n.º 8; VV. AA., *Estudios sobre el salario*, Bomarzo, Albacete, 2004.

² Sobre el salario en especie MARTÍN JIMÉNEZ, R.: *El salario en especie*, Aranzadi, Cuadernos de Aranzadi Social, n.º 13, Cizur Menor, 2002

Desde esta perspectiva la prohibición del enriquecimiento injusto que inspira el ordenamiento jurídico impone el criterio del deudor, *rectius del empleador*, de abono del salario con independencia de si la relación se desenvuelve bajo una prestación de servicios incardinable en el artículo. 1.1 ET.

La reclamación salarial tipo es el proceso ordinario (arts. 76 a 100 LRJS) modelo general de procedimiento general y subsidiario (art. 102 LRJS) para la reclamación salarial, más allá de ciertas particularidades que existen en algunos procesos especiales donde es posible reclamar el salario adeudado, como sucede con el despido, la resolución de contrato por impago de salarios (art. 50.1.b) ET), la clasificación profesional, reclamaciones al FOGASA (art. 33 ET), o impugnaciones de sanciones (art. 115.1.b) y c) LRJS)³.

2. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

Cualquier reclamación salarial en el marco del proceso ordinario exige que se lleve a cabo en el ámbito natural. Para que el juez conozca de la reclamación tiene que ser competente conforme a ley (art. 44 LEC), para ello hay que acudir a las reglas generales de competencia establecidas (arts. 9 LOPJ, Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y de Planta Judicial; y arts. 1 y 2 LRJS).

Con carácter general la reclamación salarial es competencia del orden social con una de las posibles cuestiones litigiosas más habituales que se puedan plantear entre trabajador y empresario. Dentro de esta atribución competencial también hay que incluir los conflictos que pudieran surgir entre las ETT (conflictos derivados de los contratos de puesta disposición) y la Administración Pública en los casos en los que esta última sea empleadora lo que se extiende también al FOGASA (art. 2.ñ) LRJS)⁴.

³ La interposición de demanda de reclamación de salarios constituye uno de los supuestos más típicos de acreditación de prueba de vulneración de la garantía de indemnidad (art. 24.1 CE) donde tras la reclamación efectuada la empresa reacciona en su contra frente al trabajador por reclamar su derecho. Véase recientemente, STC 16/2006, 19 enero 2006 (n.º 16/2006, rec. 3820); STS 20 diciembre 2024 (n.º 1359/2024, rec. 523/2024), o SSTS 27 abril 2016 (n.º 345/2016, rec. 3711/2014), 18 marzo 2016 (n.º 236/2016, rec. 1447/2014), 26 junio 2007, rec. 1737/2006). Sobre la garantía de indemnidad puede consultarse el excelente trabajo de FOLGOSO OLMO, A.: *La garantía de indemnidad, Col. Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Madrid, 2021.

⁴ La competencia del orden social también se extiende a la reclamación intereses por demora que se puedan reclamar al FOGASA en cumplimiento de las obligaciones que dimanen del art. 33 ET (SSTS 16 enero 2020 (32/2020, rec. 2537/2016), 18 mayo 2010 (rec. 3917); 11 enero 2018 (n.º 9/2018, rec. 491/2016). Otros supuestos en los que también se atribuye la competencia al orden social son aquellos en los que se produce la reclamación de descuentos salariales realizados por el empleador para compensar un error en la retención de IRPF (SSTS Pleno 20 marzo 2022 (rec.2203/2000); 27 enero 2005 (rec. 755/2004); 18

El criterio esencial como se ha indicado es que exista una relación laboral o que haya existido una prestación de servicios incluso en el caso de que ésta se haya declarado nula, constituyendo este elemento a pesar de la discrepancia, el presupuesto de hecho y de derecho en el que se apoyará la reclamación (arts. 1.1 ET y 2.a) LRJS). La competencia en orden a la reclamación salarial se extiende también a las relaciones laborales especiales (art. 1.1 y 2 ET), así como a los litigios de las sociedades laborales o de las cooperativas de trabajadores asociados y sus socios trabajadores, derivados de la prestación de servicios (art. 2.c) LRJS). También es competencia del orden social las reclamaciones que lleven a cabo los TRADES frente a sus clientes y con el alcance de su normativa reguladora⁵ (art. 2.d) LRJS).

El conocimiento de la reclamación al Orden Social significa la atribución de la competencia funcional y objetiva en la reclamación salarial al juez ordinario siendo una cuestión de orden público procesal que puede ser examinada en cualquier momento por jueces y magistrados con independencia del momento procesal en el que se suscite la reclamación⁶. No es este el lugar para el análisis de las reglas de competencia y la problemática que, en ocasiones, suscita el conocimiento por el juez natural del procedimiento remitiéndonos al respecto a las reglas establecidas en los arts. 6 a 9 LRJS; art. 59,67, 75, y 93 LOPJ; y art. 45 a 49 LEC⁷. Téngase en cuenta que la atribución de la competencia objetiva al juez determinará la asignación del conocimiento de las distintas fases en las que se desarrolla el proceso (cognición, impugnación y/o ejecución). Del mismo modo la competencia objetiva determina a su vez la competencia territorial de los juzgados en la reclamación de cantidad (arts. 10 y 11 LRJS); art. 50 LEC a 60, y arts. 21 a 25 LOPJ) existiendo poca discusión al respecto habida cuenta de que con carácter general, y a elección del deman-

mayo 2010 (rec. 3917/2009); 11 enero 2018 (n.º 9/2018, rec. 491/2016), aunque debe tenerse en cuenta que el examen de la cuantía de lo retenido por IRPF o si procede o no dicho descuento es competencia del orden contencioso. Es interesante destacar la competencia de que se puede articular en sentido contrario al habitual –empresario/ trabajador–, siendo los supuestos más habituales (salarios abonados en exceso, lanzamiento de vivienda ocupada por el trabajador, devolución de salario en especie, p.ej.: vehículos, teléfonos, ordenadores, etc. Sobre el particular el TS ha reconocido la posibilidad de que se reclame vía reconvencción (STS 20 enero 2005 (rec. 155/2004)) lo que es se extiende también a las reclamaciones que la empresa pueda hacer por daños y perjuicios por negligencia del trabajador aunque ello no sea objeto de debate en este trabajo (STS 31 mayo 2005 (rec. 2097/2004)).

⁵ Ley 20/2007, de 11 de julio, de Estatuto de Trabajo Autónomo.

⁶ La posibilidad de apreciar la falta de jurisdicción o competencia (nacional o internacional) puede llevarse a cabo antes de dictar sentencia– en fase de admisión de la demanda con traslado a las partes y al Ministerio Fiscal; o en la propia sentencia, donde de oficio o a instancia de parte a la vista de la excepción procesal invocada en el acto de juicio oral (art. 85.2 LRJS) declare la incompetencia.

⁷ El régimen de las declinatorias de jurisdicción se regula en los arts. 12 a 14 LRJS; 63 a 65 y art. 42 a 50 LOPJ; en cuanto a la abstención y recusación véanse los arts. 15 LRJS; 219 y 446 LOPJ; 100, 107, 115, 116 y 118, así como la disposición final 4.ª n.º 2, 3, y 5, 11.ª y 17.ª

dante, el juzgado territorial competente es el lugar de prestación de servicios o el domicilio del demandado, aunque la regla particular en caso de que existan distintas circunscripciones territoriales es que la demanda puede interponerse, en el domicilio del demandante, en el lugar de celebración del contrato, o en el domicilio del demandado (art. 10.1.2.º LRJS)⁸.

3. PARTES

3.1 Empresario y trabajador

La capacidad para ser parte en la reclamación salarial está condicionada por la titularidad de la relación jurídica (art. 16 LRJS; y 10,12, y 14 LEC), en este caso, el contrato de trabajo y por el objeto litigioso que se ventila, la existencia de una deuda de naturaleza salarial o extrasalarial no satisfecha. El demandante es el trabajador (o sus causahabientes)⁹. El demandado es el empleador o aquellas personas, *latu sensu*, que legalmente deban responder de la deuda, *infra*. Las características del proceso laboral (oralidad, intermediación, y celeridad) y la ausencia de un trámite de contestación escrita como existe en otros ámbitos –civil y contencioso administrativo– impiden exista una *intervención provocada* (art. 14 LEC) al poseer la reclamación un carácter individual o si se prefiere *intuitu personae*.

El trabajador puede accionar frente al empleador en reclamación de su crédito pues es titular de un derecho subjetivo poseyendo *legitimación ad causam* para el ejercicio de la reclamación¹⁰, bien entendido que su reclamación debe tener un interés directo y actual pues están prohibidas las demandas meramente declarativas, con interés preventivo o en las que se reclamen hechos toda-

⁸ La jurisprudencia considera que en el caso de que exista prestación de servicios en distintas circunscripciones el trabajador puede demandar en su domicilio sin acreditar la prestación de servicios en cada una de ellas (STSJ Madrid, 16 enero 2017 (n.º 1/2017, rec. 895/2016) o TSJ Extremadura, 1 abril 2014 (n.º 188/2014, rec. 86/2014). Respecto de las Administraciones públicas el juzgado competente es el lugar de prestación de servicios el domicilio del demandante de elección de este, lo que también se aplica a los trabajadores que prestan servicios en el extranjero (art. 10.1.4.º *in fine* LRJS). Sobre la competencia internacional resulta de aplicación el reglamento Bruselas Refundido (Bruselas bis) (Reglamento UE/1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

⁹ Art. 44 ET.

¹⁰ El distinto trato inicial que el trabajador posee en el proceso está reconocido constitucionalmente sin que ello suponga ningún tipo de discriminación dado el desequilibrio existente entre las partes. Por todas, STC 227/1991, 28 noviembre 1991 (n.º 227/1997, rec. 1742/1988); 3/1983, 25 enero 1983 (n.º 3/1983, rec. 222/1982); 99/1988, 31 mayo 1988 (n.º 99/1988, rec. 169/1987); 125/1995, 24 julio 1995 (n.º 125/1995, rec. 3033/1993).

vía no sucedidos¹¹. Pero además, el demandante debe tener *legitimación ad procesum* (art. 16 y 17 LRJS y art. 6 a 11 LEC) lo que le permite tener capacidad para ser parte que se identifica con la capacidad de obrar o capacidad procesal.

La falta de capacidad se suplirá con la representación, como sucede con los trabajadores menores (entre 16 y 18 años) si han recibido autorización de sus padres o tutores, o de la institución que lo tenga a cargo, y lo mismo sucede con los TRADE que posean esa edad. Las personas con medidas de apoyo habrá que estar a lo regulado en el artículo 7.2 LEC y lo mismo sucede con las situaciones de guarda de hecho, curatela y defensor judicial (arts. 250 a 262 LEC) que siendo casos difíciles de encontrar por la previa relación que dimana del contrato de trabajo legalmente es posible que suceda. Las personas jurídicas, las entidades sin personalidad, las masas patrimoniales o patrimonios separados, las comunidades de bienes, adoptarán generalmente la posición de demandada en el caso de que exista deuda a favor del trabajador, debiendo comparecer su representante legal o la persona que la ley reconozca capacidad para representarla (administrador por ejemplo), aunque tan solo en aquellos casos en los que pudiera adoptar la posición de demandante frente al trabajador por la existencia de una deuda salarial (p. ej.: abono indebido de una determinada suma) se exige la concurrencia del requisito de la acreditación de la personalidad.

En cualquier caso la demanda se deberá dirigir a quien ostenta la condición de empleador y trabajador conforme a los requisitos establecidos en el art. 1.1 ET.

3.1.1 OTROS SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD RETRIBUTIVA

El derecho de crédito del trabajador se ve reforzado por la ampliación de la obligación de abono del salario a otros sujetos que, aun no siendo empleadores, están compelidos al pago de la deuda retributiva en virtud de obligación legal y con el alcance previsto en la norma.

La obligación de abono de la deuda ante el impago no nace de pacto de obligación contractual, sino, como se ha dicho, *ex lege*, siendo la norma la que determina el alcance de dicho mandato. El trabajador con ello ve ampliada la posibilidad de satisfacción de su crédito impagado al entrar en juego otros

¹¹ SSTs 4 julio 2000 (rec. 2470/1999); 18 julio 2000 (rec. 3742/1999); 16 junio 2002 (rec. 761/2001); 20 julio 2001 (rec. 3551/2000). Aunque ello no impide que la sentencia declare el derecho a un determinado contenido económico (p. ej.: plus de antigüedad, o nocturnidad) y que se obligue a la empresa al abono de las cantidades periódicas que se devengue a la fecha de dictado de la sentencia (art. 99 LRJS y art. 220 LEC) (STS 27 mayo 2008, rec.1273/2007).

actores. Analizamos a continuación aunque sea de forma somera otros sujetos que junto con el empleador pueden ser responsables de la deuda salarial de existir ésta.

3.1.1.1 *Contratas y subcontratas*

El art. 42 ET regula el régimen general de responsabilidad de las empresas¹² contratistas y subcontratistas que desarrollen la misma (propia) actividad¹³, este régimen se extiende tanto a las cuestiones propias de la dinámica de Seguridad Social como a las salariales, estableciéndose distinto plazo y sistema de exención de responsabilidad. Por lo que a los salarios se refiere el n.º 2 del art. 42 ET establece que las empresas contratistas y subcontratistas responderán solidariamente de las deudas salariales generadas durante el año siguiente a la conclusión del encargo, con la excepción de que aquellos casos en los que la actividad contratada se refiera exclusivamente a la construcción o reparación que pueda contratar una persona respecto de su vivienda, o cuando el propietario de la obra o industria no contrate su realización por ninguna actividad empresarial.

En cualquier caso de requisitos esencial que la deuda se haya producido vigente la contrata¹⁴.

¹² En cuanto al concepto de empresario véase la STS 3 marzo 1997 (rec. 1002/1996) que interpretando el art. 42 ET considera a un Ayuntamiento responsable de una deuda salarial.

¹³ El concepto de «propia actividad» ha sido analizado en multitud de ocasiones por los Tribunales con la finalidad de aclarar cuando es aplicable el régimen de responsabilidad establecido en dicho precepto aunque su interpretación siempre ha sido restrictiva SSTS 18 enero 1995 (rec.150/1994); 24 noviembre 1998 (rec. 517/1998); 20 julio 2005 (rec.2160/2004); 11 mayo 2005 (rec. 2291/2004); 29 octubre 2013 (rec. 2558). Por ello y siguiendo a la STS 2 febrero 2018 (rec. 251/2018), «...la imprecisión de este concepto ha sido suplida por la jurisprudencia que se ha decantado por una concepción estricta que limita su alcance a aquellas obras o servicios que sean inherentes al proceso productivo de la empresa comitente...» o lo que es lo mismo como aquellas actividades inherentes o necesarias para el desarrollo del objeto principal (STS 20 julio 2005 (rec. 2160/2004); 18 enero 2010 (rec. 3237/2007), bien por integrarse en el ciclo productivo de la empresa principal y que sean inherentes a la producción de bienes y servicios específicos ofertados al público, por lo que no están incluidos, los servicios y obras desconectados de la finalidad productiva, o las actividades auxiliares y no esenciales todo ello sin perjuicio de la casuística que pudiera existir al respecto (STS 5 diciembre 2011 (rec. 4197/2010). En el mismo sentido y referido a una Administración pública la STS 24 junio 2008 (rec. 33/2007) entiende que lo es por referirse a actividades o funciones propias de los servicios o funciones que tiene encomendadas lo que permite la aplicación del régimen de responsabilidad del art. 42 ET. Por todas, SSTS 18 enero 1995 (rec. 150/1994); 29 de octubre 1998 (rec. 1213/1998); 24 de noviembre 1998 (rec. 517/1998); 22 de noviembre 2002 (rec. 3904/2001); y 20 de julio 2005 (rec. 2160/2004). De forma muy explícita la STS 27 de febrero 2019 (rec. 218/2017) al establecer que el art. 42 ET no es: «exclusivamente aplicable a las empresas privadas, siendo de aplicación, respecto al personal a su servicio, a todas las empresas que realicen contratas o subcontratas».

¹⁴ STS 11 noviembre 2013 (rec. 2674/2012).

No debe confundirse el plazo que establece el art. 42.1 ET con el previsto en el n.º 2 de dicho precepto, ni tampoco, el alcance del año que prevé el párrafo segundo del numeral anterior. Sobre este particular es unánime la jurisprudencia que considera que el plazo del año es un plazo autónomo, que es distinto al periodo de garantía de tres años. Es decir, una cosa son los salarios de los que se debe responder solidariamente, que se identifican con los salarios devengados en el periodo de vigencia de la contrata, y otra el periodo durante el que puede hacerse efectiva la responsabilidad solidaria referido al plazo del año, de manera que la reclamación frente a la contratista debe llevarse a cabo dentro del plazo del año pero, puede suceder que la deuda *per se* esté prescrita (p.ej.: si concluye una contrata el 30 de junio de 2025 el periodo de garantía se extenderá hasta el 30 de junio de 2026, pero ello no posibilita a que se reclamen en ese periodo deudas correspondientes al mes de marzo de 2024 si la demanda se formula en el mes de mayo de 2026 porque la deuda estará prescrita *ex art.* 50.1 ET)¹⁵. La prescripción comenzará el día en que expira la vigencia de la relación mercantil o administrativa a partir de la cual el trabajador podrá llevar a cabo la reclamación de cantidad por deudas salariales frente a la empleadora, aunque no se interrumpe por la existencia del periodo de vigencia de la reclamación del año que alude la norma si el trabajador en ese periodo o en el anterior ha formulado demanda frente a su empleador directo y no lo ha hecho frente al contratista principal¹⁶.

De igual forma la extensión de la responsabilidad a la contratista principal lo será respecto de toda la cadena de contratas o subcontratas limitándose la responsabilidad al primer nivel de contratación realizado¹⁷.

Por otro lado y no siendo este el lugar para llevar a cabo una exposición sobre la extensa responsabilidad y dinámica de la contrata y subcontrata, la solidaridad solo se extiende en caso de reclamación a los conceptos de naturaleza salarial¹⁸, rechazando cualquier otro concepto con distinto carácter o contenido aún cuando su origen pudiera tener causa en el contrato de trabajo¹⁹.

Así la STS 21 julio 2016 (rec. 2147/2014) asumiendo un criterio consolidado afirma que: «artículo 42.2 del Estatuto de los Trabajadores limita la responsabilidad a las obligaciones de naturaleza salarial, descargando al empresario principal de cualquier incumplimiento por parte del contratista de

¹⁵ STS 11 noviembre 2013 (rec. 2674/2012); STSJ Madrid, 26 noviembre 2015 (rec. 682/2015)

¹⁶ STS 5 diciembre 2017 (rec. 2664/2015).

¹⁷ STS 9 julio 2002 (rec. 2175/2001).

¹⁸ SSTs 23 diciembre 2004 (rec.4525/2003); 9 marzo 2005 (rec.6537/2005); 1 febrero 2006 (rec. 3306/2004).

¹⁹ SSTs 20 mayo 1998 (rec. 3202/1997); 4 julio 1998 (rec. 3482/1997).

obligaciones de carácter distinto, como pueden ser las de readmisión o indemnización del trabajador despedido, las que no pueden ser transferidas al empresario que encarga la obra o el servicio pues este no responde del inadecuado ejercicio del poder disciplinario del contratista». Lo que supone que la empresa tenga que hacerse cargo de la liquidación de vacaciones²⁰.

Por eso la empresa principal no responderá de deudas que aun pudiendo tener origen en el contrato de trabajo son de naturaleza extrasalarial (dietas²¹, plus de transporte, suplidos, plus de vestuario, e indemnizaciones de fin de obra o fin de contrato²²)²³. Al no ser salario también se ha rechazado el abono por parte de la empresa principal de las mejoras de Seguridad Social²⁴. Aunque si se ha entendido que dada la naturaleza salarial la empresa principal debe responder del preaviso²⁵.

En relación con los salarios de tramitación y siguiendo la línea restrictiva del concepto de «salario» se ha entendido que los salarios de tramitación no están incluidos en el ámbito de responsabilidad del art. 42.2 ET (SSTS 14 julio 1998 (rec. 3482/1997); 2 octubre 2000 (rec. 3210/1999); 26 diciembre 2000 (rec. 4595/1999); y 23 enero 2001 (rec. 1706/2000).

3.1.1.2 *Sucesión empresarial*

La sucesión empresarial no extingue la relación laboral, por lo que cualquier deuda retributiva existente en el momento en el que se produzca la sucesión está vigente pues el contrato no está extinguido y el cesionario queda subrogado en las obligaciones y derechos del cedente²⁶. La asunción de derechos y obligaciones por el nuevo empleador permite reclamarle cualquier deuda

²⁰ STS 23 diciembre 2004 (rec.4525/2003); 9 de marzo de 2005 (rec. 6537/2003); 1 febrero 2006 (rec. 3306/2004). Lo que se extiende también al interés por mora que las sumas adeuden STSJ Madrid, 11 febrero 2019 (rec. 1286/2018) aunque esta última cuestión es discutible dado que se considera que la mora constituye un concepto indemnizatorio por incumplimiento de lo pactado por lo que no cabe reclamarlo en el marco del artículo 42.2 ET (por todas, STSJ Comunidad Valenciana, 17 mayo 2012 (rec. 3167/2011).

²¹ STSJ Galicia 16 diciembre 2015 (rec. 3493/2013).

²² STSJ Madrid 11 febrero de 2019 (rec. 1286/2018).

²³ STS 20 mayo de 1998 (rec. 3202/1997).

²⁴ Con relación a las mejoras voluntarias se ha descartado su carácter salarial (SSTS 19 mayo 1998 (rec. 3797/1998); 16 septiembre 1999 (rec. 2587/1998); 14 febrero 2000 (rec. 181/1999); y 22 diciembre 2000 (rec. 4317/2000).

²⁵ STSJ Canarias/Tenerife, 14 enero 2014 (rec. 491/2013).

²⁶ STS 27 abril 2016 (rec. 336/2015). La doctrina comunitaria ha entendido que las garantías derivadas de la sucesión no son disponibles ni por el cedente ni por el cesionario, por todas, SSTJUE 25 de julio 1991, (C-362/89), *d'Urso y otros*; 7 de diciembre 1995 (C-472/93), *Spano y Otros*. Lo permite rechazar la asunción de cualquier deuda anterior a la sucesión, STJUE 7 de febrero 1985, C-135/83, *Abels*; STJUE 7 de febrero 1985, C-19/83, *Wendelboe*.

salarial existente previa al momento de la cesión (también las indemnizaciones por despido) que el cedente tuviera pendiente²⁷ pues lo relevante es que el derecho –y por ende el derecho retributivo exista–²⁸.

La STS 3 de octubre 2023 (rec. 372/2021) afirma que «la esencia de la subrogación es que el contrato de trabajo se mantiene en sus términos con independencia de la novación subjetiva que se produce en quien ostenta la condición de empleador, subrogándose este nuevo empleador en los derechos y obligaciones laborales del anterior» por lo que no cabe duda alguna sobre la vigencia de la reclamación» que se extiende además a aquellas condiciones más beneficiosas²⁹, lo que impide reclamaciones al cesionario sobre deudas de contratos extinguidos previos a la sucesión³⁰. En definitiva, la reclamación retributiva exige a su vez que la parte reclamante mantenga relación laboral vigente en el momento en que se formule la demanda. En todo caso, tras la sucesión, no cabe establecer condiciones menos favorables a los trabajadores que se han integrado en la empresa cesionaria pues ello supondría una clara contravención de lo establecido en la Directiva 2001/23, del Consejo³¹, aunque ello no significa el mantenimiento perpetuo de las condiciones establecidas en la empresa cedente³².

En relación con la reclamación de una deuda es significativa la STS 5 de febrero 2025 (rec. 2122/2023), que entiende que los intereses de la mora procesal del artículo 576.1 LEC debe responder también la empresa sucesora desde la sentencia que condenó al abono de la correspondiente cantidad (y no desde el auto que amplió la ejecución contra dicha empresa). En cambio, el incremento de dos puntos previsto en el propio artículo 576.1 LEC solo debe producirse desde el auto que amplió la ejecución contra dicha empresa. Siguiendo la línea de otras sentencias del mismo Tribunal (SSTS 11 de diciembre 2002 (rec. 1997/2002); 28 de noviembre de 2003 (rec. 709/2003); y 30 de octubre 2013 (rec. 632/2013).

²⁷ SSTS 22 de noviembre 1988, núm. 1816; 15 de julio 2003 (rec. 3442/2001); 4 de octubre 2003 (rec. 585/2003), incluidos los salarios de tramitación, TSJ Madrid, 1 septiembre 2005 (rec. 2217/2005).

²⁸ Pues solo abarca «aquellos derechos y obligaciones realmente existentes en el momento de la integración, es decir, que ya hubiera adquirido y consolidado, incorporándolos a su acervo patrimonial, sin que dicha subrogación alcance a las expectativas». Así SSTS todas de 15 de diciembre de 1998 (rec. 5118/1997); (rec.4514/1997); (rec.4979/1997); (rec.579/1998); (rec. 5119/1997); (rec. 4424/1997); (rec. 4690/1997); (rec. 4756/1997); (rec. 94/1998); (rec. 4294/1997).

²⁹ STS 26 junio 2024 (rec. 202/2022).

³⁰ STJUE 20 julio 2017 (C-416/16), *Asunto Piscarreta*.

³¹ Sobre el particular la trascendental sentencia STJUE 6 septiembre 2011 (C-108/10), *Asunto Scattolon*.

³² STJUE 27 noviembre 2008 (C-396-07), *Asunto Juri*.

El art. 44.3 ET establece como término de duración de las obligaciones laborales el plazo de tres años lo que no es óbice al igual que sucede con el art. 42.2 ET a invocar la prescripción de la deuda (59.1 ET) si la reclamación salarial no se ha realizado³³, aunque ello no impide la reclamación salarial si el contrato está vigente³⁴ aunque con ciertos matices en función de cómo se lleve a cabo la sucesión³⁵.

3.1.1.3 Cesión ilegal

La regulación del artículo 43 ET permite al trabajador una vez constatada la existencia de una cesión ilegal optar entre la empresa cedente o la cesionaria lo que será con habitualidad en este último³⁶, aunque no será necesario si la empresa cedente es una empresa inmaterial o ficticia al entender

³³ SSTs 10 de enero 2019 (rec. 925/2017); y 28 de febrero 2019 (rec. 777/2017). La STS 9 de mayo 2023 (rec. 1666/2020) indica: «Por lo que al plazo de tres años afecta, la Sala en diversas sentencias [SSTs 17 de abril 2018 (rec. 78/2016); 11 de julio 2018 (rec. 916/2017); 10 de enero 2019 (rec. 925/2017) y 28 de febrero 2019 (rec. 777/2017); entre otras] ha reiterado que el art. 44.3 ET no establece plazo de prescripción singular y diverso al general de un año previsto en el art. 59 ET, sino que sólo delimita temporalmente la responsabilidad solidaria que se establece entre el cesionario y el cedente, fijando al respecto un plazo de actuación –caducidad– de tres años para el ejercicio de aquella acción –necesariamente viva– que el trabajador pudiera ostentar frente al empresario transmitente. A ello añadimos que la previsión que contiene el art. 44.3 ET tiene un alcance claro, cual es que la subrogación en las deudas salariales se produce en los términos propios de tal figura jurídica, precisando que la responsabilidad solidaria que el precepto dispone para el adquirente –por las deudas previas a su condición empresarial novedosamente adquirida– únicamente le puede ser exigida durante los tres años posteriores a la sucesión, de manera que el ejercicio de la acción por el trabajador frente a ese empresario sucesor, reclamando aquellos débitos anteriores, únicamente es factible durante esos tres primeros años, y ello siempre que la correspondiente acción persista viva por haberse interrumpido su decadencia mediante cualquiera de los medios que el derecho admite».

³⁴ STS 9 mayo 2023 (rec. 1666/2020).

³⁵ STS 3 junio 2014 (rec. 1237/2013) sobre la solidaridad impropia que exige la interrupción de la prescripción a todos los demandados en aplicación del art. 1137 y 1140 CC.

³⁶ Téngase en cuenta que el efecto de la cesión no es *constitutivo* sino *declarativo* lo que permite al trabajador que ha optado por iniciar su relación laboral con la empresa cesionaria –que será lo más normal– reclamar a esta, si procede, los salarios o diferencias salariales que pudieran existir vigente la relación con la cedente. Sobre este particular es muy interesante la STS 5 diciembre 2006 (rec. 4927/2005) que indica: «... a opción tiene el sentido de proteger el posible interés del trabajador de permanecer en la empresa cedente, aunque eliminado el efecto de la cesión. Pero esto no impide que si se ejercita la opción –como lo será normalmente– por la relación laboral real, esta opción despliegue los efectos que le son propios y que son además los efectos naturales que se derivan de la eliminación de la interposición. En este sentido la opción cuando se ejercita por la relación laboral real no tiene propiamente un efecto constitutivo, porque con ella y con la sentencia que la acoge no se crea una relación nueva, sino que se declara la que en verdad existía, deshaciendo así la mera apariencia creada por la interposición. El efecto constitutivo sólo podría predicarse de la opción ejercitada por el mantenimiento de la relación formal con la empresa cedente y, aun en este caso, tal efecto supondría una reconstrucción de esa relación que tendría que materializarse en la prestación efectiva de trabajo para el empresario inicialmente cedente, poniendo en todo caso fin a la cesión». Criterio reiterado en la STS 17 abril 2007 (rec. 504/2006).

que la opción se realizará sobre la cesionaria³⁷; no obstante, atendiendo a la normativa interpretación comunitaria no puede deducirse siempre que el trabajador posea un derecho subjetivo al establecimiento temporal con una empresa usuaria *ope legis*³⁸.

No debe confundirse el derecho de opción que atribuye el art. 43 ET con el mantenimiento indefinido de las condiciones que *ab origine* tenía el trabajador en la empresa cedente, pues si bien el trabajador puede reclamar a la cesionaria el salario o sumas adeudadas por aquella³⁹, esto no consolida *ad futurum* la retribución anterior no pudiendo reclamar las diferencias que se generen pues la integración en la cesionaria se produce conforme al salario pactado para la categoría o grupo profesional en el que se integre y no el que le correspondía en la cedente⁴⁰.

Lo que no es óbice para que declarada la ilegalidad de la cesión y producida la integración en la cesionaria el trabajador cedido pueda reclamar las diferencias salariales no prescritas y generadas entre la retribución que percibió en la cedente y el de la cesionaria y de la que responderán los dos empleadores solidariamente⁴¹.

3.1.1.4 Empresas de trabajo temporal

La responsabilidad de las ETT dimana aun cuando no exista una autorización administrativa expresa y siempre y cuando entre la usuaria y la ETT concurren los requisitos previstos en la norma⁴², debiendo entender que las condiciones de trabajo –entre ellas, obviamente, las salariales– de los trabajadores de la ETT deben ser las mismas que las de la empresa usuaria⁴³.

Sobre el particular y con relación a las condiciones salariales la STJUE 22 febrero 2024 (C-649/2022) *Asunto Randstad Empleo ETT* entiendo que el concepto «remuneración», debe interpretarse en sentido amplio de manera que están incluidas en el mismo todas las gratificaciones en dinero o especie, ac-

³⁷ STS 3 febrero 2000 (rec. 1430/1999).

³⁸ STJUE 17 marzo 2022 (C-232/20), *Daimler AG*.

³⁹ *Vid.* Nota 28.

⁴⁰ La STS 17 marzo 2015 (rec. 381/2014) señala: «...el salario que corresponde al trabajador que opta por integrarse en la empresa cesionaria es el que colectivamente se haya pactado para otro trabajador de igual categoría profesional y antigüedad, no el que pudiera haber percibido en la empresa cedente...».

⁴¹ STS 4 julio 2013 (rec. 2637/2012); SSTS 30 de noviembre 2005 (rec. 3630/2004); 5 de diciembre 2006 (rec. 4927/2005); 17 de abril 2007 (rec. 504/2006); y 24 de noviembre 2010 (rec. 150/2010).

⁴² Sobre el particular es muy interesante la STJUE 24 octubre 2024 (C-441/23).

⁴³ Criterio ampliamente consolidado por la jurisprudencia comunitaria, por todas, SSTJUE 15 diciembre 2022 (C-311/21); 12 mayo 2022 (C-426/20); 22 febrero 2024 (C-649/22).

tuales o futuras, siempre que sean satisfechas aun indirectamente por el empresario al trabajador en razón del trabajo de este, lo que se lleva a cabo conforme al art. 5, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva 2008/104/CEE. Por ello infringe la anterior directiva el abono de las vacaciones en distinta cuantía (STJUE 12 mayo 2022, C-427/20) *Luso Temp*.

El TS sobre el particular ha extendido el ámbito de reclamación salarial no solo a los conceptos salariales establecidos en convenio estatutario sino, también, a los extraestatutarios⁴⁴.

La responsabilidad salarial de la ETT se extiende a conceptos extrasalariales como la ayuda alimentaria al entender que ello es un concepto debido por la prestación de servicio del trabajador⁴⁵.

3.1.1.5 *Concurso de acreedores*

La competencia para conocer de las cuestiones relativas al concurso de acreedores corresponde al juez de lo mercantil, siendo su jurisdicción exclusiva y excluyente en determinadas materias (arts. 87 LOPJ; arts. 52.2.^a a 54 LC)⁴⁶ aunque no impedirá formular la demanda de cantidad dado su carácter individual y sin perjuicio de su calificación posterior en el seno del concurso y del trámite en fase de ejecución.

La jurisdicción del juez del concurso se extiende a todas aquellas cuestiones prejudiciales civiles, administrativas o laborales relacionadas con el concurso y cuya resolución sea precisa para a correcta resolución del procedimiento concursal (art. 55 LC).

En puridad el juez del concurso no es parte, sino órgano resolutorio, aunque ello no sucede con el administrador judicial, o con la propia empresa dependiendo del nivel de intervención de sus facultades.

Es parte necesaria como órgano auxiliar del juez del concurso el administrador concursal que posee la función de controlar la administración y disposi-

⁴⁴ SSTs 22 enero 2009 (rec. 4262/2007); 25 septiembre 2002 (rec. 70/2002); 20 octubre 2020 (rec. 110/2019).

⁴⁵ STS 7 febrero 2007 (rec. 104/2005).

⁴⁶ En este sentido el Juez del concurso tiene competencia exclusiva en los procedimientos de modificación sustancial de condiciones de trabajo; traslado; despido, suspensión de contratos y reducción por causas ETOP, que puedan tener naturaleza colectiva, y extinciones del personal de alta dirección. Las ejecuciones de los créditos concursales o contra la masa, seguidas a instancias de los trabajadores, la determinación de un bien o derecho necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial; la declaración de sucesión de empresa a afectos laborales y de seguridad social en caso de transmisión de unidad productiva autónoma y de los elementos que lo integran; y, por último, cualquier medida cautelar que afecte o pudiera afectar a bienes y derechos del concursado.

ción del deudor sobre su patrimonio (art. 106 LC) para lo que deberá intervenir en los actos que lleve a cabo el deudor para intentar administrar sus facultades patrimoniales, o en su caso, cuando se haya suspendido esta sustituirlo en su totalidad. Otra de sus funciones esenciales es la de redacción del informe que tiene que unirse al inventario de la masa activa y a la lista de los acreedores que en el ámbito laboral se concreta en la determinación de los acreedores, determinación de la deuda en el informe, evaluación, concreción de su valor y liquidación junto con funciones de secretaría (art. 292 LC). Lo cierto es que la figura del administrador concursal en los procesos ordinarios de reclamación de salarios, o en su caso de los de despido, viene determinado por la comprobación de la legalidad de la reclamación y en caso de condena de la concursada la inclusión del crédito y calificación y en el informe a efectos de determinación de la masa activa⁴⁷.

En cuanto a la atribución de competencia para examinar si procede el abono de una partida salarial generada antes de la declaración del concurso la STS 27 abril 2022 (rec. 4160/2019) considera que la competencia es del juzgado de lo social y no del juzgado de lo mercantil.

3.1.1.6 *Administración pública*

La Administración pública *latu sensu* conforme al art. 2.n), 22 y 151 LRJS y a la definición general del art. 2 de la Ley 40/2015, sobre Régimen Jurídico del Sector Público, puede ser parte demandada en cualquier proceso de reclamación salarial, ostentando la defensa bien la abogacía del estado, o los cuerpos específicos de letrado que asistan y defiendan en organismo en cuestión⁴⁸.

3.1.1.7 *FOGASA*

La intervención del FOGASA puede realizarse en tres ámbitos distintos en el marco de las obligaciones establecidas en el art. 33 ET. Así puede actuar de forma de manera precautoria (art. 23 LRJS); subrogatoria o con el fin de satisfacer los

⁴⁷ La extensión de este trabajo impide examinar la amplia problemática que el crédito laboral suscita dentro del concurso y los habituales problemas competenciales existentes entre la jurisdicción civil y la laboral que han concluido en multitud de ocasiones en la atribución de competencia del orden social de todas aquellas cuestiones que se susciten en el ámbito natural de jurisdicción social. Véase STS 27 abril 2022 (rec. 4160/2019)

⁴⁸ Véase también la Ley 52/1997, de 27 de noviembre de asistencia jurídica al Estado e instituciones públicas; Ley orgánica del derecho de defensa, 5/ 2024, de 11 de noviembre.

créditos vencidos y que pretende recuperar (art. 24 LRJS, y arts. 30 a 33 RD 505/1985, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial); o como demandado directo (arts. 2.º, 23.7, 70 y 80 y ss. LRJS; y 33.11 ET).

En cualquier caso, la responsabilidad salarial del FOGASA se concreta conforme a los límites establecidos en el art. 33.1, v.r., y 2 ET por lo que su responsabilidad siempre lo será según dichos límites y sin perjuicio de las facultades procesales que la norma le atribuye que, dicho sea de paso, son muchas aunque a veces poco utilizadas.

4. EVITACION DEL PROCESO

El trabajador ante el incumplimiento de pago del salario puede acudir a su reclamación a través de dos vías, una de naturaleza obligatoria previa a la interposición de la demanda (el acto de conciliación y la reclamación previa), y otra extrajudicial, y propia de los denominados métodos o sistemas heterocompositivos de solución extrajudicial (la mediación).

4.1 Conciliación administrativa y mediación previa ⁴⁹

La conciliación previa es un intento de transacción extrajudicial previa mediante presentación de la demanda por el trabajador ante el organismo administrativo con competencias al efecto ⁵⁰.

La trascendencia de la conciliación deriva en caso de desacuerdo en que la certificación emitida con respecto a la celebración de esta, o en su caso, de su intento es obligatorio (art. 65 LRJS) acompañarla a la demanda que se interponga ante el juzgado ⁵¹. Lo mismo sucede en aquellos casos en los que sea obligatoria la mediación previa.

Por lo que respecta a la reclamación de cantidades salariales *latu sensu* en este ámbito procesal, y a pesar de cierta tolerancia existente en el cumplimiento

⁴⁹ Arts. 63 a 68 LRJS; RD 2756/1979, de 23 de noviembre.

⁵⁰ La competencia puede estar atribuida a la dependencia correspondiente de la comunidad autónoma en el caso de que se haya transferido la competencia por lo que generalmente existirá un órgano de mediación y conciliación, o al órgano que asuma tal es funciones si así se ha establecido en virtud de acuerdos interprofesionales convenios colectivos o acuerdos de interés profesional en el caso de los TRADE en cuyo caso es obligatorio el intento de conciliación ante dicho órgano que lo sustituye conforme dispone el artículo 83 ET.

⁵¹ Sobre la ausencia de demanda de conciliación y la necesidad de subsanación véase (art. 81 LRJS), así como la STC 185/2013, de 8 de abril.

de los requisitos formales exigibles en la demanda, lo cierto es que la parte demandada debe tener conocimiento de algunos aspectos básicos de la reclamación de cantidad en orden a posibilitar un acuerdo pues de no hacerlo lo más probable es que no suceda y ello se demore a la fase judicial previa con la celebración de la conciliación ante el LAJ, así es preciso identificar el módulo salarial que se utiliza (por día, mes o año), la norma aplicable (convenio colectivo correspondiente al ámbito funcional, mejora o condición extra convenio que se reclama, si es p. ej.: una condición más beneficiosa), la naturaleza de la reclamación (salario íntegro, plus, paga extra, hora extraordinaria, etc.), el periodo que se reclama lo que resulta esencial a efectos de determinar si la reclamación se encuentra prescrita o al menos parte de ella (art. 59.1 ET)⁵², y el desglose lo más detallado de la reclamación que se postula⁵³. En definitiva, aunque no exista norma alguna que imponga este particular, lo cierto es que es más que recomendable que la demanda de conciliación cumpla los requisitos establecidos en el art. 80 LRJS (órgano de destino, modalidad procesal, designación de demandante y otros interesados, relación de los hechos, y petición), aunque no es precisa la fundamentación jurídica sí que de incluirse es harto recomendable desde el punto de vista de las garantías que se ofrecen a las partes⁵⁴.

La concreción de los hechos en la demanda de conciliación es básica pues en sede judicial no cabe modificarlos, ni alegar hechos distintos, salvo que se hubieran producido con posterioridad a su presentación o no hubieran podido conocerse antes (art. 80.1.c) LRJS)⁵⁵, lo que tiene todo el sentido si se considera que la finalidad de la demanda es posibilitar llegar a un acuerdo sobre lo expuesto en la papeleta de conciliación que, difícilmente puede ser transado, si en sede judicial se ha producido una modificación al respecto al infringir el derecho de defensa (art. 24 CE)⁵⁶. La *mutatio libelli* constituye una garantía de las partes (art. 412 LEC) sin perjuicio de las posibilidades que existen en el curso de procedimiento de facilitar a la demandada su derecho de

⁵² La LO 1/2025, de medidas en materia de eficiencia del servicio público de justicia, ha aclarado el régimen sustantivo del art. 65.1 y 2 LRJS por el que se interrumpe la prescripción y suspende la caducidad.

⁵³ Sobre el rechazo a la reclamación de manera global o a tanto alzado STSJ Andalucía/Málaga, 20 septiembre 2008, n.º 2034/2007 (rec.1440/2007) y la necesidad de que se aclare la demanda de forma en el momento de admisión de esta. En el mismo sentido la TS 15 julio 1995 (rec. 3021/1994).

⁵⁴ Por otra parte la redacción de la demanda de conciliación de forma amplia y extensa permitirá al demandante en caso de no avenencia o incomparecencia del demandado reproducir la misma en sede judicial.

⁵⁵ Lo que se denuncia generalmente mediante la excepción de «modificación sustancial de los hechos aducidos en el acto de conciliación» como excepción perentoria.

⁵⁶ Sobre el derecho de defensa del demandado el rechazo a la excepción de modificación si no causa indefensión puede verse STSJ 24 julio 2000, n.º 2291 (rec. 2718); o STSJ Cataluña, 1 abril 2019, n.º 1684/2019 (rec. 6894/2018).

defensa si bien limitado a la aclaración o ampliación de los hechos señalado en sede administrativa⁵⁷.

Téngase en cuenta que la asistencia al acto de conciliación es obligatoria (art. 66 LRJS) pudiendo imponerse al litigante que obró de mala fe la multa conforme al art. 75.4. LRJS⁵⁸.

4.2 Reclamación previa

En cuanto a la reclamación previa solo será obligatoria si existe una norma que expresamente lo establezca la normativa de aplicación conforme a la regulación específica prevista en los arts. 69, 70, 72 y 73 LRJS si bien por razones de coherencia con el inicio del procedimiento administrativo es lógico que la reclamación salarial se inicie con la petición a la Administración empleadora por la vía de solicitud del interesado (art. 54 LPAC).

5. ACTOS PREPARATORIOS. DILIGENCIAS PRELIMINARES. MEDIDAS CAUTELARES. ANTICIPACIÓN Y ASEGURAMIENTO DE LA PRUEBA

Los arts. 76 y 77 LRJS en consonancia con los arts. 256.1.º y 261 LEC permiten la exhibición y examen de documentos del demandado constituyendo esta diligencia una medida destinada a garantizar la petición que postula el trabajador.

Con carácter general la medida tiene por objeto solicitar el examen de libros, o cuentas, o cualquier otro documento bien en soporte material o electrónico con el que el actor pretenda fundamentar su demanda⁵⁹. Por ejemplo, el actor para fundamentar su demanda de cantidad por horas extraordinarias o trabajo en fines de semana, jornada nocturna, permisos o similar, podría soli-

⁵⁷ No se admitió la modificación de la antigüedad a efectos del complemento en la STSJ Baleares 11 marzo 2003 n.º 142/2003 (rec. 17/2003); STSJ Cataluña, 7 septiembre 1998 n.º 5804/1998 (rec. 1949/1998); o del salario fijado en conciliación administrativa, STSJ Galicia, 5 marzo 2002 /rec. 543/2002). En contra STSJ País Vasco 20 enero 1988 (rec. 157/1998); STSJ Andalucía/Málaga, 27 mayo 2010, n.º 1187/2010 (rec. 303/2010).

⁵⁸ En la práctica, el recurso a la multa por la inasistencia del auto de conciliación es anecdótica aunque la LO 1/2025, de 2 de enero de 2025, ha incrementado la multa mínima a 600 € permaneciendo el límite en 6000 €.

⁵⁹ Si la demanda ya está presentada la vía procesal adecuada no son los actos preparatorios sino la solicitud de prueba anticipada (arts. 78.2 y 90.2 LRJS). *Vid.* STSJ Madrid, 11 diciembre 2015 n.º 905/2015 (rec. 524/2015).

citar el registro horario (arts. 34, 35, 36 y 37 ET) o los archivos «tgd.*» grabados en el tacógrafo digital de los camiones⁶⁰ o partes de trabajo para acreditar una superior categoría (art. 39 ET), o justificantes de traslado para solicitar el abono de dietas (art. 40 ET), y todo ello desde la óptica de la carga de la prueba que conforme al art. 217 LEC le corresponde al trabajador reclamante (*véase infra*).

Es aplicable también el régimen común de anticipación de la prueba previsto en el art. 78 LRJS lo que podrá llevarse a cabo si el trabajador previamente a la demanda ve cercenado su derecho a probar algunos aspectos de su reclamación lo que será aplicable a cualquier medio de prueba⁶¹.

En cuanto a las diligencias preliminares a pesar de que el precepto no lo indique interrumpe la prescripción de la acción (art. 59.1 ET) conforme a consolidada jurisprudencia⁶².

Del mismo modo el trabajador al amparo de lo establecido en el artículo 79 LRJS puede instar medidas cautelares necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia favorable a fin de garantizar la tutela judicial efectiva (artículos 721 a 747 LEC), lo que requerirá justificar las razones de urgencia y la apariencia del buen derecho (*fumus bonis iuris, periculum in mora*) requisitos que se tornan especialmente gravosos y exigentes si el actor solicita el embargo preventivo de bienes (artículo 79 LRJS; artículos 726 y 727 LEC).

6. INICIO DEL PROCESO

6.1 Características del proceso

El proceso de reclamación de cantidad de la retribución debida se rige conforme a las normas previstas en la LRJS y de acuerdo con los principios que inspiran la misma. Los principios de inmediación, oralidad, concentración

⁶⁰ Sobre el particular, véase Reglamento (UE) 561/2006, de 15 de marzo, y las modificaciones sucesivas operadas por los Reglamentos (UE) 2020/1054, de 15 de julio, y 2024/1258, de 24 de abril.

⁶¹ Lo que puede suceder si tiene que declarar algún testigo conocedor de los hechos que por su avanzada edad podría no hacerlo ante el peligro inminente de su vida, o la proximidad de una ausencia prolongada que impida acudir al juicio. Lo cierto es que el ámbito de una reclamación salarial resulta difícil aplicar esta circunstancia más allá de la posibilidad de ausencia de una testifical.

⁶² STSJ Cataluña 22 septiembre 2015 (rec. 3661/1995), 8 junio 2021 (rec. 5113/2020); 7 mayo 2001 (rec. 9053/2000); STSJ Canarias Las Palmas, 29 enero 2019 (rec. 1208/2018); STSJ Madrid 10 julio 2013 (rec. 3027/2012) entre otras.

y celeridad⁶³ (*sic*) en el procedimiento inspiran la actuación judicial debiendo llevarse a cabo las actuaciones bajo el principio de contradicción, inmediación en la práctica de la prueba, y buena fe procesal (art. 75 LRJS).

6.2 Demanda

6.2.1 CONTENIDO DE LA DEMANDA

La demanda debe cumplir los requisitos esenciales establecidos en el art. 80 LRJS (órgano, demandante, demandado⁶⁴, enumeración clara de los hechos sin posibilidad alguna de introducir hechos anteriores no alegados en la conciliación (*vid. supra*)⁶⁵, lo que impide la alegación de hechos distintos a los alegados en conciliación o mediación o vía administrativa previa, salvo hechos nuevos o que no hubieran podido conocerse antes⁶⁶, por lo que tan solo podría considerarse como una variación sustancial si esta afecta de manera esencial a la petición introduciendo un elemento *ex novo* en la delimitación esencial en la delimitación del objeto⁶⁷, por lo que no constituye modificación sustancial de la demanda *ex art. 80.1.c) LRJS* entre lo reclamado en conciliación y lo solicitado en vía judicial si se trata de cantidades devengadas y de tracto sucesivo⁶⁸.

La demanda debe contener el desglose de las cantidades que se reclaman de la manera más explícita, identificando la partida salarial que se reclama de manera que no quepa duda alguna respecto de la naturaleza, origen, y periodo

⁶³ Desgraciadamente el colapso actual de la justicia se ha trasladado al Orden Social de manera que la inmediatez en la resolución del conflicto se ha visto postergada a fechas cuya demora en la citación a juicio distan con creces de una razonable expectativa lo que redundará en el derecho a la tutela judicial efectiva por dilación indebida. Sobre el particular, SSTC 125/2022, 10 octubre 2022; 17 abril 2023.

⁶⁴ La posibilidad de extender la reclamación a otros sujetos distintos del empleador viene determinada *ex lege* por la atribución de responsabilidad prevista en la norma, así contratas y subcontratas (art. 42 ET); cesión ilegal (art. 43 ET); sucesión de empresas (art. 44 ET); levantamiento del velo por fraude de la persona jurídica (art. 3.5 ET y 6.4 CC).

⁶⁵ Art. 400 LEC. En cualquier caso las alegaciones nuevas hechas en el proceso después de interpuesta la demanda y la contestación deben tenerse por no formuladas y fuera del análisis del debate jurisdiccional, ya que ello supondría dejar en clara indefensión a la parte, privándole de practicar prueba en contra o alegar lo que a su derecho convenga, máxime cuando eso supone una contravención del principio de contradicción (art. 80 LRJS y 85). En este sentido, SSTS 16 octubre 1990; 12 septiembre 2023, n.º 549/2023 (rec. 330/2021); 28 abril 2016, n.º 354/2016 (rec. 3229/2014).

⁶⁶ SSTS 22 febrero 2024 n.º 330/2024 (rec. 191/2021).

⁶⁷ STCO 191/1987, 1 diciembre 1987, n.º 1919/1987, rec. 968/1986.

⁶⁸ Art. 99 LRJS; art. 220 LEC; SSTSJ Castilla León/Burgos 10 mayo 2012, n.º 359/2012 (rec. 280/2012). También SSTS 15 julio 1995 (rec. 3021/1994); 18 septiembre 2007 (rec. 4702/2006).

reclamado e indicando, también, el carácter salarial o extrasalarial⁶⁹ de lo reclamado dado que la naturaleza de lo solicitado puede afectar en caso de insolvencia a la reclamación que se realice al FOGASA⁷⁰.

Es también relevante indicar si lo reclamado es bruto o neto y si se han percibido cantidades a cuenta, pues la empresa está facultada para llevar a cabo el abono en neto debiendo realizar las retenciones oportunas que deberá justificar posteriormente.

Debe indicarse si se solicita una responsabilidad directa del empleador, solidaria, en caso de que existan varios sujetos responsables de la deuda, o subsidiaria.

La demanda debe acompañarse con la certificación del acto de conciliación, o en su caso, el intento de haberlo hecho (papeleta de conciliación)⁷¹, y los poderes de representación procesal en el caso de que el trabajador esté representado.

6.2.2 ACUMULACIÓN DE ACCIONES

A pesar de que la reclamación de salarios se sustancia habitualmente a través del procedimiento previsto en los arts. 80 y ss LRJS (procedimiento ordinario), existen ciertos casos en los que por la especialidad del procedimiento puede acumularse la reclamación retributiva sin que ello modifique la naturaleza del procedimiento y sirviendo con ello a principios de economía procesal en el de la tutela del trabajador.

En este sentido el art. 26.3 LRJS permite la acumulación de los salarios adeudados a fecha de dictado de la sentencia en el caso de que el trabajador solicite la resolución de su contrato por la causa prevista en la letra b) del art. 50 ET (atrasos o impago de salarios); lo mismo sucede en el proceso de despido donde se le permite la acumulación a la acción de las cantidades vencidas y exigibles y de cuantía determinada adeudadas a la fecha del despido (generalmente la liquidación).

⁶⁹ Sobre las percepciones extrasalariales, MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: *Las percepciones extrasalariales (Estudio del régimen laboral, fiscal y de seguridad social aplicada)*, McGraw Hill, Madrid 1999.

⁷⁰ Lo mismo sucede cuando se reclamará empresas contratistas y subcontratistas pues *ex* art. 42 ET el ámbito de la reclamación tan solo puede circunscribirse a las cantidades salariales.

⁷¹ El incumplimiento por la parte actora del deber acompañar la demanda a pesar del requerimiento de subsanación omitido no vulnera la tutela judicial efectiva (STSJ Comunidad Valenciana, 18 octubre 2017, n.º 2489 (rec. 2044/2017)).

En el marco del proceso de reclamación por la clasificación profesional también podrán reclamarse en dicho procedimiento de las diferencias salariales generadas por la realización de trabajo de una categoría o grupo superior (art. 26.4 LRJS)⁷².

6.3 Juicio oral

6.3.1 CONCILIACIÓN JUDICIAL

El segundo intento de llegar a un acuerdo previo al examen por el juez se lleva a cabo ante el LAJ.

La LO 1/2025, de 2 de enero, ha modificado de forma sustancial el art. 82 LRJS⁷³ de manera que se permite una vez presentada la demanda celebrar acto de conciliación de manera anticipada a la celebración del juicio y no el mismo día del señalamiento como hasta ahora era habitual. La conciliación se debe (puede) celebrar a partir de los 10 días desde la presentación de la demanda y con una antelación a la vista de 30 días pudiendo ser el propio LAJ quien la inste –de oficio– o en su caso las partes pueden interesar el acuerdo conciliatorio a pesar de la no avenencia administrativa.

Bien sea con carácter previo –citación de oficio– o el mismo día en que se haya señalado el procedimiento, la conciliación que se lleve a cabo ante el LAJ deberá contener al menos los términos del acuerdo –si existiera– de la reclamación económica que, por regla general, deberá contener los siguientes elementos: (a) reconocimiento por el empresario o parte demandada responsable de la deuda, lo que comúnmente se transcribe como «que la parte demandada reconocer adeudar la suma ...»; (b) importe de la deuda reclamada global o particular, «la cantidad de»; (c). indicación de si la suma es bruta o neta; (d) naturaleza de la deuda reconocida, lo que se lleva a cabo bajo la expresión «por los conceptos reclamados en el escrito de demanda», o particular, en caso de que haya alguna cantidad no debida y se quiera especificar qué suma es la que se adeuda, «por....(concepto debido); (.e) forma de pago, «que se abonará

⁷² Sobre el particular puede verse, ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: *La modalidad procesal de clasificación profesional*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002; FABREGAT MONFOR, G., *La movilidad funcional por razones objetivas*, Tirant Lo Blanch, «Colección Laboral», n.º 138, Valencia 2002; RODRÍGUEZ PASTOR, G.: *Movilidad funcional y negociación colectiva*, Tirant Lo Blanch, «Colección Laboral», n.º 105, Valencia 2000; TOSCANI GIMÉNEZ, D.: *La movilidad geográfica y funcional y la reducción de la jornada tras la reforma laboral de 2012*, Bomarzo, «Básicos de Derecho social», n.º 63, Albacete, 2012.

⁷³ Art. 440 LEC.

el día» lo que es básico a efectos de poder determinar el cumplimiento de pago de la obligación retributiva y posterior ejecución del título judicial en caso de incumplimiento; (f) lugar de pago, consignando si el pago se realizará mediante transferencia bancaria que será lo más normal, o entrega de cheque nominativo, u otra forma de pago, «mediante transferencia bancaria a la cuenta donde el trabajador recibía habitualmente su nómina» (supuesto más común); (g) cabe la posibilidad de que la deuda se abone aplazadamente en cuyo caso se indicará «la anterior cantidad se abonará en... (Indicar los plazos); (h) consecuencia del incumplimiento de pago de los plazos, «el incumplimiento de cualquiera de los plazos posibilitará la reclamación de la totalidad de la deuda»; (i) Y por último, habrá que concretar si con el abono de la cantidad del trabajador queda saldado o finiquitado en el caso de que se haya extinguido la relación laboral, salvo que la relación laboral permanezca vigente en cuyo caso la suma no poseerá tal carácter. Sobre la naturaleza del saldo y finiquito, y conforme a la doctrina del Tribunal Supremo, es muy importante señalar en el acuerdo el alcance de los conceptos a los que se extiende la obligación⁷⁴.

6.3.2 DEMANDA Y PRUEBA DEL SALARIO⁷⁵.

En cuanto al contenido de la demanda esta debe seguir el régimen establecido en los artículos 80 LRJS y artículo 399 LEC siendo relevante por lo que al presente caso se refiere que la demanda contenga y detalle lo más amplio posible de la deuda salarial reclamada, de las partidas que lo integran, y de

⁷⁴ Un texto modelo de acuerdo puede ser el siguiente: «que la empresa demandada reconoce adeudar la cantidad de.... en concepto de... y se obliga a hacerla efectiva en el plazo de...(o el día), en la cuenta donde el trabajador recibe habitualmente su nómina. (si se acuerdan plazos) la referida cantidad se abonará en.... plazos iguales cada uno de ellos, abonándose el primero el día.... Y el último el día.... se pacta expresamente que el incumplimiento de cualquiera de los plazos devengará la totalidad de la deuda pendiente de abono. Con el percibo de dicha cantidad del trabajador queda saldado y finiquitado de cuantos conceptos derivan de la relación laboral, bien de naturaleza salarial, bien de naturaleza extrasalarial, sirviendo a título de ejemplo, sueldos y salarios, pagas extraordinarias, atrasos salariales, horas extraordinarias, complementos salariales vuestra salariales y pluses. El trabajador acepta la cantidad ofrecida, la forma de pago, y los términos de la presente conciliación. Por supuesto este ejemplo puede modificarse en función de las circunstancias particulares de la demanda. Téngase en cuenta que esta obligación es consecuencia de la previsión establecida en el art. 49.2.1.º ET que prevé la necesidad de detalle y desglose de las cantidades que el trabajador perciba al término de su relación laboral si bien el finiquito conforme a reiterada jurisprudencia no posee alcance liberatorio definitivo más allá del contenido de los conceptos expresados en el mismo.

⁷⁵ Arts. 80, 87, 90 a 96 LRJS; arts. 217, 281 a 386, 444 y 445 LEC.

los distintos periodos de devengo⁷⁶ a fin de comprobar si la reclamación está o no prescrita (artículo 59 ET)⁷⁷ y teniendo conocimiento efectivo de ello⁷⁸.

La prueba del salario sigue el régimen ordinario de la práctica probatoria en el proceso ordinario (arts. 87, 88, 90.2 LRJS y 217 LEC).

La prueba debe practicarse en el acto de juicio, garantizando la contradicción de las partes en su examen y comprobación, aunque cabe que se ordene por el Juzgado o Tribunal la práctica de diligencias finales para aclarar o completar algún extremo. Téngase en cuenta la relevancia que desde el punto de vista constitucional posee dicha actuación pues la inadmisión de la prueba o la práctica inadecuada de la misma puede constituir un quebranto del derecho de defensa del trabajador (STC 212/2013, 16 diciembre) al vulnerarse el principio de un proceso con todas las garantías.

⁷⁶ El desglose en la demanda de las distintas partidas salariales que se reclaman (salarial o extrasalarial) es un elemento relevante si la empresa es insolvente o concursa pues de tales cantidades responderá el FOGASA con los límites establecidos en el art. 33 ET y bien entendido que dicha reclamación tan solo podrá serlo respecto de los conceptos salariales y no extrasalariales.

⁷⁷ En cuanto a la prescripción constituye una de las excepciones procesales más comunes en el procedimiento de reclamación de cantidad invocado por la demandada requiriendo su previa alegación pues a diferencia de la caducidad no opera de oficio (STS 22 noviembre 2005, rec. 202/2004), no siendo preciso que el demandando la invoque con carácter previo en el acto de conciliación (STS 23 febrero 2024, rec. 687/2022). Téngase en cuenta además que el plazo de reclamación se inicia en el momento en que la acción puede ejercitarse que coincide generalmente con la fecha de devengo de la partida salarial que debiera haberse percibido y no lo fue y dependiendo de si el abono del salario es diario, semanal, quincenal, o anual. Por otra parte también hay que tener en cuenta en las reglas de interrupción de la prescripción a efectos de la reclamación, dado que ésta se interrumpe por el ejercicio de la acción ante los tribunales, la reclamación extrajudicial del acreedor de cualquier forma fehaciente, suscripción de compromiso arbitral, o cualquier acto de reconocimiento de la deuda, reiniciándose el plazo a partir de dicho requerimiento fehaciente. Como regla general interrumpe la prescripción: a. las reclamaciones judiciales desistidas bien expresamente o por incomparecencia (STS 27 febrero 2011, rec. 1113/2011); b. La reclamación frente a cualquier deudor solidario (artículo 1141 CC); c. Las acciones de conflicto colectivo de impugnación de convenio colectivo interrumpen la prescripción respecto de las reclamaciones individuales hasta tanto no haya quedado resuelto aquellos procedimientos (STS 2 febrero 2023, 2275/2019; 13 septiembre 2016, rec. 2236/2014) requiriendo en todo caso la acción del trabajador (STS 20 septiembre 2010, rec. 4584/2009); c. el reconocimiento de deuda en proceso concursal (STS 21 julio 2006, rec. 3322/2005); o los correos electrónicos enviados por el abogado del trabajador (STS 17 octubre 2023, rec. 182/2021); o por el anuncio de reconvencción; o por el plazo superior al año que permite reclamar la deuda (STS 29 septiembre 2023, rec. 3251/2022). Sin embargo, no interrumpen la prescripción: a. las acciones declarativas respecto de situaciones jurídicas que pudieron ejercitarse antes de la reclamación (STS 1 junio 2016, rec. 3487/2014; 17 junio 2014, rec. 1288/2013); b. la petición de condena de futuro salvo lo expuesto en el art. 99.2 LRJS (STS 26 mayo 2015, rec. 450/2014), c. las acciones declarativas puras (STS 8 febrero 2000) salvo que previamente se haya interpuesto demanda de conflicto colectivo o se haya impugnado el convenio lo que es extensible también a los supuestos en los que se haya interpuesto una demanda declarativa respecto de situaciones anteriores; d. las acciones interpuestas por persona distinta del demandante.

⁷⁸ Así en una reclamación de horas extraordinarias si la empresa no tiene conocimiento efectivo de que el trabajador ha formulado denuncia a la inspección no queda interrumpida la prescripción hasta el momento efectivo de dicho conocimiento (STS 1 diciembre 2016, rec. 2110/2015), lo que es distinto si existe un requerimiento por parte de la ITSS donde se reclama el abono de determinadas diferencias salariales (STS 18 octubre 2023, rec. 4480/2018).

La norma general en el proceso ordinario es que corresponde la prueba a quien invoca el derecho (*incumbit probatio qui dicit, non qui negat*) traslación de la obligación general prevista en el art. 217 LEC y conforme a la previsión establecida en el art. 96 LRJS, criterio que no cambia en el proceso de despido pues el trabajador debe acreditar a pesar de la inversión del orden probatorio propio de este procedimiento su salario. Tampoco afectaría esta inversión del orden probatorio si el procedimiento elegido es el de derechos fundamentales en los casos en los que se alegue una discriminación retributiva pues la inversión probatoria tan solo afectaría a la justificación de la discriminación pero no a la concreción por el demandante de la diferencia salarial y la concreción de los extremos en los que se funda dicha reclamación. El trabajador debe probar los hechos en los que fundamenta su reclamación salarial, bien por entender que no le ha sido abonado el salario en su totalidad –retribución ordinaria–, bien por entender que no se le ha abonado alguna partida salarial –pluses o complementos– correspondiéndole la carga de justificar tales elementos. El empresario debe probar bien que ha abonado el salario o los complementos que le reclama o en su caso que no existe presupuesto de hecho o de derecho para la reclamación formulada.

Sin que se pueda llevar a cabo un análisis detallado de los medios de prueba con los que fundar la reclamación salarial con carácter general el trabajador puede utilizar los medios comunes de prueba que permite la LRJS (y supletoria LEC): a) interrogatorio de parte; b) testifical; c) pericial; d) documental; e) informes de expertos. Las reglas generales de la prueba son las habituales limitándonos por no ser objeto de este trabajo al examen de la incidencia de la prueba sobre el salario.

6.3.2.1 *Interrogatorio de parte (arts. 91 LRJS; arts. 301 a 316 LEC)*

La prueba de interrogatorio de parte antes llamada confesión judicial (lo que es reiterado en muchos escritos procesales) no tiene más alcance que concretar la realidad del salario, su forma y periodo de abono, o los elementos que integran el mismo en caso de discusión (complementos, pluses, incentivos, etc.). Desde un punto de vista procedimental dicha prueba se lleva a cabo a fin de que el declarante –persona física– o representante legal –persona jurídica– advere la realidad del hecho (el impago o el no reconocimiento de la partida salarial reclamada).

Si la prueba se practica a una Administración pública *latu sensu* la prueba se lleva a cabo mediante un pliego de preguntas o posiciones.

6.3.2.2 Documental (arts. 94 LRJS)

La prueba documental sigue el mismo régimen normativo que el establecido para el resto de los procedimientos siendo en la mayoría de las ocasiones la prueba que permite demostrar la reclamación salarial. Es relevante por lo que a la carga de la prueba se refiere (art. 217 LEC) la previsión establecida en el n.º 2 del art. 94 sobre la *ficta confesión* en caso de que cualquiera de las partes no aporte con carácter anticipado la prueba interesada de contrario, tén-gase en cuenta que esta previsión no solo opera sobre la empresa sino también sobre el trabajador.

Dentro de la prueba documental puede englobarse la totalidad de documentos ordinarios y de uso común en el marco de la relación laboral siguiendo el criterio amplio: contrato de trabajo, nóminas⁷⁹, altas y bajas en Seguridad Social, vida laboral, partes de trabajo, cuadrante o detalle horario⁸⁰, hojas de ruta, detalle de horas de tacógrafo o archivos «*tgd», títulos o habilitaciones profesionales, actas, correos electrónicos, etc. No son pruebas documentales las manifestaciones que se lleven a cabo en actas notariales o documentos privados donde se declare la existencia de una determinada realidad para justifi-car la realidad de la deuda⁸¹. Tampoco lo son las grabaciones o transcripción de conversaciones donde se reconozca un determinado hecho susceptible de reclamación, sin perjuicio del valor que en el conjunto de acervo probatorio pudiera tener⁸².

También pueden ser relevantes si existe previsión en convenio colectivo y antes de la interposición de cualquier acción judicial, los informes del comité de empresa o incluso de la comisión paritaria aunque su ausencia no impide el derecho del trabajador a formular la demanda correspondiente si así lo desea.

⁷⁹ Es un criterio jurisprudencial admitido que la firma de la hoja de salario o el ingreso del importe de la nómina tan solo acredita la percepción de la suma salarial pero ello no impide en caso de disconformidad la reclamación de las diferencias que pudieran existir (finiquito) pues el trabajador puede justificar por cualquier otro medio probatorio el impago total o parcial del salario.

⁸⁰ Conforme al art. 217.6 LEC la falta de registro horario o cuadrante en los procedimientos de horas extraordinarias determina la presunción *iuris tantum* de que el trabajador ha realizado las horas reclamadas (STSJ Madrid 27 octubre 2023, rec. 669/2023).

⁸¹ STS 5 abril 2018, rec. 199/2016.

⁸² STS 6 abril 2022, rec. 1370/2020.

6.3.2.3 *Informe pericial (art. 93 LRJS). Informe de expertos (art. 95 LRJS). Informe de la inspección*

La creciente complejidad de las reclamaciones salariales motiva con frecuencia la necesidad practicar prueba pericial corroboren la reclamación efectuada.

En este sentido son relevantes, por poner un ejemplo, los informes periciales que sobre los tacógrafos de los conductores se lleva a cabo para la reclamación de las horas extraordinarias, o de las horas de presencia u horas nocturnas; también lo pueden ser en el caso de la reclamación de ciertos pluses de peligrosidad y penosidad o para la concreción del derecho de un incentivo o *bonus* vinculado a una situación económica.

Es necesario conforme dispone el art. 93.1 LRJS que el perito ratifique el informe para concretar aquellos aspectos relevantes del mismo, aunque no lo será en relación con los documentos incorporados en el expediente administrativo (art. 93.2 LRJS).

Resulta anecdótica el uso de la facultad prevista en el art. 95 LRJS – informe de expertos – para los procesos de reclamación de cantidad salarial⁸³.

Dentro de este apartado aunque no con el valor de pericial podemos incluir los informes que al efecto pueda emitir la ITSS en relación con reclamaciones salariales lo que podría suceder en los casos de reclamación de diferencias salariales por superior categoría; o reclamación de pluses por desarrollo de algún cometido, o constatación de superior jornada (horas extraordinarias), si bien hay que tener en cuenta la previsión del art. 10.2 RDLISOS que permite la paralización de las actuaciones inspectoras si existe procedimiento judicial pendiente sobre los mismos hechos y todo ello sin perjuicio de la previsión establecida en el art. 138.3 LRJS respecto de la posibilidad de que el órgano judicial recabe informe de la ITSS.

6.3.2.4 *Testifical (art. 92 LRJS; art. 360 a 381)*

No existe mayor especialidad en la reclamación salarial por el uso de la prueba testifical que sigue el mismo régimen común que para cualquier procedimiento.

Es un error muy común considerar determinadas pruebas testificales como documentales lo que sucede en el caso de los informes emitidos por los

⁸³ Cabría el uso de dicho recurso en el caso de fuera necesaria la interpretación de un determinado precepto del convenio colectivo y cuyo examen por el órgano juzgador fuera solicitado a efectos de conocimiento.

detectives que carecen de tal valor y sí por el contrario de prueba testifical⁸⁴, o el valor del denominado testigo-perito (art. 370.4 LEC) que emite un informe aunque su contenido es el de testifical y no pericial propiamente.

6.3.3 SENTENCIA Y RECURSOS (ART. 97 A 100 LRJS)

Conforme al art. 97.1 LRJS la sentencia declarará la existencia de la deuda conforme al petitum del trabajador y condenará al empresario al abono de la suma reclamada total o parcial. A dicha suma se adicionará el interés por mora del 10% conforme prevé el art. 29.3 ET. La sentencia puede condenar al abono de determinadas sumas *ad futurum* si tales sumas se devengan con posterioridad al momento en que se dicte (art. 99.2.º LRJS y 220 LEC).

La sentencia condenatoria puede ser objeto de recurso de suplicación (art. 190 y ss LRJS); casación (art. 205 LRJS); o casación para la unificación de doctrina (218 LRJS) de concurrir los requisitos respectivos.

6.3.4 EJECUCIÓN (ARTS. 237, 239 Y 241.1 LRJS Y SS. LRJS Y 517 A 747 LEC)

El incumplimiento del fallo condenatorio posibilita la ejecución de la sentencia firme para lograr la efectividad de la sentencia conforme al mandato de contenido en el art. 117 CE que faculta a los tribunales juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

No existen mayores especialidades en la solicitud de la ejecución más allá del incremento de la obligación dineraria que supone su despacho y la intervención del FOGASA por si deviniera a la postre responsable.

Téngase en cuenta que sigue el mismo proceso que la ejecución de sentencia los acuerdos de conciliación extraprocesal realizados ante el servicio de mediación correspondiente (art. 63 LRJS), la conciliación con avenencia celebrada ante el LAJ (arts. 84.1 y 85.8 LRJS), los laudos arbitrales y el auto por el que se acuerda la homologación de un acuerdo transaccional alcanzado (art. 246.4 LRJS).

Por otra parte impide que en sede de ejecución de sentencia sobre los descuentos que se hayan podido hacer en trámite de conciliación judicial o extrajudicial sobre el importe neto siendo competencia del orden social este extremo⁸⁵.

⁸⁴ STS 12 septiembre 1993, rec. 2261/2022; 15 octubre 2014, rec. 1654/2913; 13 septiembre 2016, rec. 212/2015, aunque su uso se antoja complicado en un procedimiento de reclamación salarial.

⁸⁵ STS 10 de marzo 2021 (rec. 288/2021, rec. 1482/2019).

7. PROCESOS ESPECIALES Y ESPECIALIDADES

7.1 Proceso monitorio (art. 101 LRJS)

A diferencia del uso habitual y generalizado del proceso monitorio en el ámbito civil el empleo de esta modalidad procesal en el social es residual sin que haya obtenido un uso generalizado hasta la fecha a pesar de que debiera haber sido la vía natural de reclamación salarial.

Quizás el propio régimen procedimental que traslada al procedimiento ordinario el conocimiento del asunto con la mera oposición a la reclamación (art. 101.d) LRJS) sea una de las causas del fracaso aparente de esta modalidad procesal pues la simple solicitud de vista con oposición de la reclamación permite la transformación del proceso a ordinario.

Con todo y sin negar la virtualidad a la reclamación a esta modalidad, la reclamación de cantidades por este procedimiento se llevará a cabo en sumas de hasta 15.000 euros en cuantía determinada, vencida, y exigible, lo que posibilitará la ejecución inmediata del título en caso de que no exista oposición y por tanto la reclamación inmediata. Téngase en cuenta que el actor deberá acreditar de forma fehaciente la condición de trabajador del demandado y la existencia de la deuda con los requisitos expresados anteriormente pues en caso contrario el procedimiento natural será el ordinario.

7.2 Proceso de despido

7.2.1 REGLA DE LA ACUMULACIÓN

El actor podrá acumular en la acción de despido la reclamación de la liquidación de las cantidades adeudadas hasta la fecha conforme al apartado 2 del artículo 49 ET (art. 29.3 LRJS), Aunque si por la especial complejidad de los conceptos reclamados pudiese dar lugar a demoras excesiva en el proceso el juzgado podrá disponer acto seguido de la celebración del juicio que se tramite en proceso separado la demanda de despido y la de cantidad, disponiendo para ello testimonio al efecto en el nuevo proceso resultante, lo que constituye una excepción a la regla general establecida en el artículo 26.1 LRJS respecto a la imposibilidad de acumulación a la acción de despido de otras acciones.

Téngase en cuenta que conforme a reiterada jurisprudencia en el proceso por despido el trabajador puede discutir el salario que le pudiera corresponder dado que este constituye el soporte para el cálculo de la indemniza-

ción y de los salarios de tramitación⁸⁶ si procediera la readmisión lo que supone que reconocido un superior salario el trabajador podrá reclamar la diferencia en el procedimiento ordinario, o en su caso, en el propio procedimiento de reclamación de cantidad acumulado al despido conforme a la previsión del art. 29.3 LRJS.

7.2.2 SALARIOS DE TRAMITACIÓN

La declaración de improcedencia del despido condena al empresario a que efectúe la opción bien por la indemnización legal o en su caso a la readmisión con abono de los salarios de tramitación (art. 110.1 LRJS y 56.2 ET). A diferencia de la reclamación ordinaria donde el módulo salarial puede tener incluido el prorrateo de pagas extraordinarias –lo que no es frecuente pues generalmente el desglose se lleva a cabo de manera independiente– el importe de los salarios de tramitación comprende el salario íntegro que comprende las retribuciones ordinarias y la extraordinarias lo que tendrá que abonarse al trabajador en caso de que se produzca la readmisión⁸⁷.

A idéntica solución se llega si se produce la declaración de nulidad del despido donde conforme al art. 113 LRJS aunque en este caso la expresión de la norma es salarios dejados de percibir.

El pago de los salarios de tramitación se llevará a cabo en el momento en que se produzca la readmisión del trabajador en el supuesto de que la sentencia quede firme, constituyendo la sentencia título judicial suficiente para la ejecución si por la empresa no se abona dicha cantidad y debiendo seguir el trámite previsto *ut supra*.

⁸⁶ Esta cuestión ha sido analizado en multitud de ocasiones considerando que constituye una garantía del trabajador para evitar de esta forma situaciones abusivas del empleador que puede modificar previo al despido el salario para intentar que las consecuencias que dimanen del mismo sean inferiores o abusivas (TS 10-12-86, EDJ 8153; 24-7-89, EDJ 7722; 2-2-90, EDJ 994; 3-1-91, EDJ 59; 25-2-93, EDJ 1836; 12-4-93, EDJ 3488; 8-6-98, EDJ 20326).

⁸⁷ Como regla general se establece que el salario regulador es el salario percibido en el momento del despido con el prorrateo de pagas extraordinarias, incluido los incrementos que se puedan producir al momento posterior del despido. La excepción de dicha regla es la percepción por el trabajador de conceptos extraordinarios o no habituales (STS 17 junio 2015, EDJ 129747; 27 junio 2018, EDJ 527966). Por otra parte hay que tener en cuenta que la cuantía del salario es la bruta y no la posterior a la práctica de los descuentos de seguridad social e IRPF (TS 1 octubre 2007, EDJ 230147), bien entendido que a efectos de concreción del salario debe entenderse excluido todos aquellos conceptos de naturaleza extrasalarial.

7.2.3 PROCESOS DE EXTINCIÓN POR VOLUNTAD DEL TRABAJADOR

Al igual que sucede con el proceso por despido, la LRJS permite en las demandas de resolución de contrato por voluntad del trabajador con base en el art. 50.b) ET –impago y retrasos continuados de salarios– y donde se invoque la falta de pago la acumulación a la petición resolutoria la reclamación de cantidad de los salarios debidos. De este modo en un mismo procedimiento y como expresión de la economía procesal se conocen en una misma demanda ambas peticiones y se obtiene un solo pronunciamiento en el dictado de la sentencia.

7.2.4 PROCESO DE CLASIFICACIÓN PROFESIONAL

El art. 137.3 LRJS permite la reclamación de las diferencias salariales por la realización de trabajos de superior categoría al amparo de lo establecido en el art. 39 ET, de manera que al igual que sucede en los ordinales expuestos *ut supra* el trabajador podrá reclamar tales diferencias en dicho procedimiento.

El procedimiento de reclamación no presenta más especialidades que la acreditación de la realización de las funciones de superior categoría y la aportación de los informes emitidos por el comité de empresa y/o delegado de personal (art. 137.1 LRJS) y de la ITSS (art. 137.2 LRJS).

7.2.5 RECLAMACIÓN AL FOGASA

En cuanto a la reclamación al FOGASA no es propiamente una reclamación en sentido ordinario pues la entidad no ostenta la condición de empleadora del trabajador pues abona el salario en los casos de insolvencia o concurso del empresario. La extensión de este trabajo no nos permite explicar con detalle el alcance de las obligaciones contenidas en el art. 33 ET a cuyo contenido *in extensu* y norma reglamentaria nos remitimos.

7.2.6 SALARIOS DE TRAMITACIÓN

Una de las consecuencias naturales del despido es el reconocimiento de los salarios de tramitación⁸⁸ conforme prevén los arts. 110.1 LRJS y 56.2 ET

⁸⁸ Un estudio básico de los salarios de tramitación en GÁRATE CASTRO, J.: *Los salarios de tramitación. Un estudio de las percepciones salariales unidas a la declaración de improcedencia o nulidad del despido*, ACARL, Madrid, 1994.

(despido improcedente) o art. 113 LRJS y 55.6 ET (nulidad) y siempre y cuando se produzca la readmisión del trabajador⁸⁹.

Téngase en cuenta que conforme al art. 33 ET en caso de insolvencia del empresario la responsabilidad subsidiaria del FOGASA también se extiende a los salarios de tramitación pendiente de pago, o reconocidos en conciliación administrativa o judicial.

De igual forma la concreción de los salarios de tramitación puede llevarse a cabo en trámite de ejecución de sentencia pues la sentencia con carácter general condenará al abono de la indemnización o en su caso a la readmisión del trabajador con abono de los salarios de tramitación no pudiéndose concretar la fecha de efectiva incorporación de este.

8. BIBLIOGRAFÍA

FOLGOSO OLMO, A.: *La garantía de indemnidad*, Col. *Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Madrid, 2021.

GÁRATE CASTRO, J.: *Los salarios de tramitación. Un estudio de las percepciones salariales unidas a la declaración de improcedencia o nulidad del despido*, ACARL, Madrid, 1994.

MARTÍN JIMÉNEZ, R.: *El salario en especie*, Aranzadi, Cuadernos de Aranzadi Social, n.º 13, Cizur Menor, 2002.

RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M. y ALFONSO MELLADO, C. L., *El salario*, Tirant Lo Blanch, «Colección Laboral», n.º 8; VV. AA., *Estudios sobre el salario*, Bomarzo, Albacete, 2004.

SERRANO GARCÍA, M.^a J.: *Los salarios de tramitación y su relación con el desempleo*, Tirant Lo Blanch, «Colección Laboral», n.º 166, Valencia, 2005.

VV.AA.: *Estudios sobre el salario*, ACARL, Madrid 1993

— *Estudios sobre el salario*, Bomarzo, Albacete, 2004.

⁸⁹ Sobre la relación de los salarios de tramitación y el desempleo, SERRANO GARCÍA, M.^a J.: *Los salarios de tramitación y su relación con el desempleo*, Tirant Lo Blanch, «Colección Laboral», n.º 166, Valencia, 2005.

PARTE QUINTA
Retribuciones de colectivos singulares

CAPÍTULO XXIX

LA RETRIBUCIÓN DE LOS EMPLEADOS DEL HOGAR

ROCÍO MARTÍN JIMÉNEZ

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad San Pablo CEU

1. APROXIMACIÓN AL TEMA

Históricamente el trabajo doméstico ha sido percibido por la sociedad como una actividad desprestigiada y desvalorizada, realizada en la mayoría de los casos por mujeres cuyos derechos básicos se han visto lesionados.

La situación de vulnerabilidad jurídica en la que se ha encontrado siempre este colectivo ha propiciado su exclusión social y el trato injustamente diferenciado respecto del resto de trabajadores.

Se trata de un sector altamente feminizado, insuficientemente valorado, y al que se ha otorgado escasa visibilidad y reconocimiento, a pesar de desarrollar una actividad esencial para la sociedad y el funcionamiento de la economía.

2. REGULACIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL DE CARÁCTER ESPECIAL

Con el paso de los años la sociedad ha ido reconociendo la labor de las personas que trabajan en el servicio doméstico y así se ha reflejado en las diversas disposiciones normativas que se han ido aprobando por parte del legislador. Desde la primera norma el Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto¹, se ha pretendido dotar a estos trabajadores, de una mayor protección y mejores condiciones laborales, pero en la mayoría de las ocasiones la protección dispensada ha resultado insuficiente. Así lo pone de manifiesto la exposición de Motivos del RD² al señalar que «es claro que los más de veinticinco años transcurridos desde la promulgación de la norma reglamentaria que contiene el régimen jurídico del servicio doméstico, aconsejan una revisión en profundidad de esta normativa, para renovar y modernizar diversas instituciones jurídicas que las transformaciones sociales habidas en estos últimos tiempos y la evolución natural de las costumbres han dejado caducas. La modificación del régimen jurídico de la relación laboral especial del servicio doméstico se aborda desde una perspectiva que pretende conjugar el mantenimiento de las diferencias, allí donde estas encuentran una justificación objetiva y razonable, con la reducción o eliminación de aquellas, cuando se comprenda que su razón de ser ya no encuentra por más tiempo motivo, de manera que se logre una progresiva equiparación del bagaje jurídico de esta relación laboral especial con la común».

Cumpliendo con las previsiones legislativas se han ido promulgando normas que han mejorado las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar, como son Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, cuyo fin es la equiparación de condiciones, la eliminación de aquellos tratamientos diferenciales e injustificados que ge-

¹ Norma derogada que establecía la relación laboral de carácter especial, caracterizadas todas a las que se remite el 2.1 de Estatuto de los Trabajadores con particularidades como su tipo de actividad, la forma en que se realiza, la cualidad de los sujetos involucrados, el lugar de trabajo, y la atenuación de la subordinación.

La protección jurídica en relaciones laborales especiales puede ser menor, en comparación con la normativa común, lo que plantea dudas sobre la igualdad de derechos.

El Tribunal Constitucional en sentencia 56/1988 de 24 de marzo, resolvió que la diferenciación en el tratamiento legal no es discriminatoria siempre que esté justificada por las características especiales del trabajo. La misma opinión mantiene la doctrina laboralista al reconocer que estas relaciones tienen un régimen jurídico diferente y, en algunos casos, menos favorable que el régimen común, aunque no necesariamente discriminatorio.

² Real Decreto 1620/2011, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar.

neran una desventaja concreta en los términos requeridos tanto por la normativa antidiscriminatoria de la Unión Europea como por el Convenio 189 de la OIT³, y asegurar un régimen jurídico coherente y completo para el citado colectivo, anticipando y evitando el posible planteamiento de nuevas cuestiones prejudiciales en relación con aquellos aspectos en los que concurre identidad de razón y circunstancias a los recogidos en la STJUE de 24 de febrero de 2022⁴; y el Real Decreto 893/2024, de 10 de septiembre, por el

³ El Convenio sobre el trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos aborda aspectos relacionados con la protección y promoción de los derechos de quienes realizan este trabajo:

1. Define el trabajo doméstico como el realizado en un hogar o para los mismos, de manera habitual.

2. Obliga a los Estados a adoptar medidas para garantizar la promoción y protección de los derechos humanos de las personas que se dedican al trabajo doméstico. Entre estos se encuentran la libertad de asociación, la eliminación del trabajo forzoso, la abolición del trabajo infantil y la eliminación de la discriminación en el empleo.

3. Establece una edad mínima para realizar trabajo doméstico. De esta forma se asegura no privar a los menores de la escolaridad obligatoria en caso de permitirse el trabajo a personas menores de 18 años.

4. Garantiza condiciones de trabajo decentes y equitativas. Incluye el derecho a conocer las condiciones laborales por escrito a través de contratos.

5. Protección contra abusos, acoso y violencia en el lugar de trabajo.

6. Medidas para la protección de personas trabajadoras domésticas migrantes.

7. Garantiza el derecho de las personas trabajadoras a decidir si residen en el hogar donde trabajan. En caso afirmativo, no estarían obligados a permanecer en el hogar en períodos de descanso o vacaciones, así como a conservar sus documentos de identidad.

8. Asegura la igualdad de trato con las personas trabajadoras en general en cuanto a horas de trabajo, compensación por horas extraordinarias, períodos de descanso y vacaciones pagadas.

9. Establece un salario mínimo para el trabajo doméstico, con periodicidad específica de pago.

10. Requiere que el entorno de trabajo doméstico sea seguro y saludable.

11. Establece mecanismos para proteger a personas trabajadoras domésticas de prácticas abusivas mediante la supervisión e inspección de las condiciones laborales por parte de los estados.

En definitiva, pretende garantizar condiciones laborales justas y equitativas para las trabajadoras y trabajadores domésticos, protegiéndoles de abusos y promoviendo su dignidad y derechos laborales.

⁴ La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 24 de febrero de 2022, asunto C 389/20, ha establecido con rotundidad que no son compatibles con el ordenamiento de la Unión Europea las normas de Seguridad Social que sitúen a las trabajadoras en desventaja particular con respecto a los trabajadores y no esté justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo.

Así declara de manera concluyente: «El artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional que excluye las prestaciones por desempleo de las prestaciones de seguridad social concedidas a los empleados de hogar por un régimen legal de seguridad social, en la medida en que dicha disposición sitúe a las trabajadoras en desventaja particular con respecto a los trabajadores y no esté justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo».

En línea con lo anterior, la sentencia viene a subrayar, como factor de coherencia y necesidad de los objetivos de política social, que la exclusión de la prestación por desempleo y de la obligación de cotizar por dicha contingencia implica además la imposibilidad de que las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar accedan a otras prestaciones de Seguridad Social a las que podrían tener derecho y cuya concesión se supedita a la extinción del derecho a las prestaciones por desempleo, de manera que esta mayor desprotección se traduce asimismo en una situación de mayor vulnerabilidad y desamparo.

que se regula la protección de la seguridad y la salud en el ámbito del servicio del hogar familiar.

Las condiciones particulares en que se realiza la actividad de las personas que trabajan en el servicio doméstico, que justifican una regulación específica y diferenciada son bien conocidas. En primer lugar, el ámbito donde principalmente se realiza la actividad, el hogar familiar, tan vinculado a la intimidad personal y familiar y por completo ajeno y extraño al común denominador de las relaciones laborales, que se desenvuelven en entornos de actividad productiva presididos por los principios de la economía de mercado; y, en segundo lugar, el vínculo personal basado en una especial relación de confianza que preside, desde su nacimiento, la relación laboral entre el titular del hogar familiar y los trabajadores del hogar, que no tiene que estar forzosamente presente en los restantes tipos de relaciones de trabajo.

Se trata, de un sector muy feminizado puesto que la mayoría de las personas dedicadas a esta actividad son mujeres, y así lo confirma la exposición de motivos del Real Decreto 1620/2011 al señalar que aproximadamente el 94% de los empleados del hogar son mujeres frente a un 6% de hombres ⁵.

Es una realidad que «la desigualdad de género en la división del trabajo doméstico y de cuidados es un déficit generalizado, con independencia de la región del mundo, del nivel de ingresos o de las características culturales de

En la STJUE de 24 de febrero de 2022, el Tribunal aplicó los criterios ya reflejados en otras sentencias previas, en las que consideró que cualquier trato diferenciado en el ámbito de la Seguridad Social que, aun siendo aparentemente neutro, afecte mayoritariamente a mujeres, se opone a la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, por ser constitutivo de discriminación indirecta por razón de sexo. Entre otras, son significativas las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de noviembre de 2012, asunto C-385/11 (Elbal Moreno), y de 9 de noviembre de 2017, asunto C-98/15 (Espadas Recio), ambas contra España, en las que se aplicó el mismo criterio de afectación mayoritaria a las mujeres. («El artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro que, en el caso del trabajo a tiempo parcial vertical, excluye los días no trabajados del cálculo de los días cotizados y que reduce de este modo el período de pago de la prestación por desempleo, cuando está acreditado que la mayoría de los trabajadores a tiempo parcial vertical son mujeres que resultan perjudicadas por tal normativa».)

La STJUE de 24 de febrero de 2022 tiene una trascendencia especial porque, a diferencia de los otros asuntos que, en el ámbito de la aplicación de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, se han planteado desde los órganos jurisdiccionales españoles ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (por todas, STJUE de 14 de abril de 2015, asunto C 527/13), la mayor afectación femenina en el caso de las normas aplicables al sector del trabajo al servicio del hogar familiar resulta indudable.

⁵ Exposición Motivos RD Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar.

que se trate» y esta cuestión justifica que en la mayoría de las ocasiones se utilice el sustantivo femenino de «empleadas del hogar»⁶.

Existe, además, en el sector, una elevada presencia de trabajadoras de nacionalidad extranjera, mujeres que gracias a las políticas facilitadoras de migraciones han entrado en el mercado laboral español, a través del sector hogares el cual se ha convertido en una vía de acceso a la regularización para aquellas que se encontraban en una situación administrativa irregular.

Como ya hemos reflejado, de acuerdo con los datos que proporciona el Ministerio de Igualdad a través del Instituto de la Mujer⁷ el 98,2 de las personas empleadas en servicios del hogar en el año 2022 son mujeres. De ellas en 43,3 son extranjeras o inmigrantes. El empleo doméstico es uno de los peores remunerados⁸. Más de la mitad de las mujeres empleadas del hogar están a jornada parcial⁹.

Antes de adentrarnos en la materia objeto de este trabajo unas consideraciones de carácter general: a) como ya hemos apuntado la regulación de la relación laboral especial del servicio del hogar familiar se refiere, de acuerdo como establece el RD 1620/2011, a la que conciertan el titular del mismo, como empleador, y a la persona que presta sus servicios retribuidos por cuenta y bajo la dependencia de aquel, como empleado, en el ámbito del hogar familiar; b) los servicios realizados pueden consistir en varios tipos de tareas domésticas como: cuidado o la dirección del hogar en su conjunto o de algunas de sus partes; la atención o el cuidado o de los miembros de la familia o de las personas que forman parte del ámbito doméstico o familiar, y aquellos otros trabajos que se desarrollen formando parte del conjunto de tareas domésticas, como puede ser los de guardería, jardinería, conducción de vehículos y análogos.

3. PERCEPCIONES ECONÓMICAS DURANTE EL CONTRATO

El artículo 8 del RD 1620/2011 establece:

«1. El Salario Mínimo Interprofesional, fijado anualmente por el Gobierno, es aplicable en el ámbito de esta relación laboral especial, de acuerdo con los

⁶ GRAU PINEDA C.: «De sirvientas a trabajadoras: la necesaria ratificación del Convenio 189 OIT sobre trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos», *Lex social, Revista de Derechos Sociales*, vol. 9, núm. 2, 2019, p. 52.

⁷ https://www.inmujeres.gob.es/MujerCifras/Infografia/Docs/2023/Empleo_Domestico_2023.pdf

⁸ Siguiendo los datos del Ministerios el salario medio mensual es de 2.086 y el empleo del hogar es 858 euros.

⁹ Consecuencia de ello será que la pensión de jubilación va a ser la más baja.

términos y condiciones establecidos en el ordenamiento laboral común. Dicho salario mínimo se entiende referido a la jornada de trabajo completa a la que se refiere el artículo 9.1 de este real decreto, percibiéndose a prorrata si se realizase una jornada inferior.

Este salario podrá ser objeto de mejora a través de pacto individual o colectivo.

2. Las percepciones salariales se abonarán por el empleador en dinero, bien en moneda de curso legal o mediante talón u otra modalidad de pago similar a través de entidades de crédito, previo acuerdo con el trabajador. No obstante, en los casos de prestación de servicios domésticos con derecho a prestaciones en especie, como alojamiento o manutención, se podrá descontar por tales conceptos el porcentaje que las partes acuerden, siempre y cuando quede garantizado el pago en metálico, al menos, de la cuantía del salario mínimo interprofesional en cómputo mensual y sin que de la suma de los diversos conceptos pueda resultar un porcentaje de descuento superior al 30 por 100 del salario total.

3. Los incrementos salariales deberán determinarse por acuerdo entre las partes. En defecto de acuerdo se aplicará un incremento salarial anual igual al incremento salarial medio pactado en los convenios colectivos según la publicación de la Subdirección General de Estadística del Ministerio de Trabajo e Inmigración del mes en que se completen doce consecutivos de prestación de servicios.

4. El empleado de hogar tendrá derecho a dos gratificaciones extraordinarias al año que se percibirán, salvo pacto en contrario, al finalizar cada uno de los semestres del año, en proporción al tiempo trabajado durante el mismo. Su cuantía será la que acuerden las partes, debiendo ser suficiente para garantizar, en todo caso, el pago en metálico, al menos, de la cuantía del salario mínimo interprofesional en cómputo anual.

5. Para la retribución de los empleados de hogar que trabajen por horas, en régimen externo, el salario mínimo de referencia será el que se fije en el real decreto por el que se fija anualmente el salario mínimo interprofesional para los trabajadores eventuales y temporeros y empleados de hogar, que incluye todos los conceptos retributivos; este salario mínimo se abonará íntegramente en metálico, en proporción a las horas efectivamente trabajadas.

6. La documentación del salario se realizará mediante la entrega al trabajador de un recibo individual y justificativo del pago del mismo, en la forma acordada entre las partes o, en su defecto, conforme a lo señalado en el artículo 29.1 del Estatuto de los Trabajadores.

De acuerdo con lo previsto en la disposición adicional tercera, el Ministerio de Trabajo e Inmigración pondrá a disposición de los empleadores modelos de recibos de salarios para el cumplimiento de lo establecido en este apartado.»

La lectura detenida del artículo nos lleva a determinar la existencia de dos colectivos:

- a) Los empleados domésticos a jornada completa o a tiempo parcial ¹⁰.
- b) Los empleados domésticos que trabajen por horas, en régimen externo ¹¹.

3.1 Empleados de hogar a jornada completa y a tiempo parcial y por horas en régimen externo

Partiendo de lo establecido por el RD, hemos de recoger que la norma general con respecto a la retribución del empleado del hogar es que la fijación del salario se realizara mediante el acuerdo entre la persona empleadora y trabajadora. A falta de pacto y como establece el artículo 26 del Estatuto de los Trabajadores y la norma específica, para este colectivo se garantiza la retribución del salario mínimo interprofesional fijado anualmente. Para el año 2025 y según el Real Decreto 87/2025, de 11 de febrero, por el que se fija el salario mínimo interprofesional, la cuantía será, para cualesquiera actividades en la agricultura, en la industria y en los servicios, sin distinción de sexo ni edad de los trabajadores, queda fijado en 39,47 euros/día o 1184 euros/mes, según el salario esté fijado por días o por meses.

Es por ello que la primera conclusión sea, que la retribución, no puede ser inferior al Salario Mínimo Interprofesional ¹², teniendo en cuenta que se entiende referido a la jornada de trabajo completa.

¹⁰ Art. 8.1.

¹¹ Art. 8.5.

¹² Hay que señalar un importante problema de base que se mantiene en el cálculo del salario real de las empleadas de hogar. Los reales Decretos que establecen la cifra del SMI parte de forma errónea de un salario por hora en 2025(9.26) que, está perjudicando de forma clara a la empleada de hogar que hace una jornada de trabajo más estable, frente a aquella que trabaja de forma esporádica, pues se incluyen en este último caso las vacaciones y las pagas extraordinarias. La ventaja de una empleada que trabaja por horas frente a la empleada de hogar es muy relevante.

Lo ideal sería la aplicación del tenor literal del artículo 8.1 del RD 1620/2011, «El Salario Mínimo Interprofesional, fijado anualmente por el Gobierno, es aplicable en el ámbito de esta relación laboral especial, de acuerdo con los términos y condiciones establecidos en el ordenamiento laboral común. Dicho salario mínimo se entiende referido a la jornada de trabajo completa a la que se refiere el artículo 9.1 de este real decreto, percibiéndose a prorrata si se realizase una jornada inferior». «En otras palabras, el salario debe ser el SMI o el cálculo de su parte proporcional, pues de lo contrario se produce una incoherencia entre empleados que choca con el principio de igualdad». LÓPEZ INSUA, M: en «Nadando entre dos aguas: salario decente «versus» economía irregular en el empleo al servicio del hogar familiar». *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 231/2020, p. 12.

Sin embargo, es posible y desde luego plausible la posibilidad de que salario pueda ser mejorado a través de pacto individual o colectivo^{13, 14}.

No obstante, a la hora de especificar la retribución en esta relación laboral especial existe un criterio que debemos de tener en cuenta, a saber, el número de días en los que se prestan servicios para el mismo empleador, independientemente de la realización de jornada completa o parcial.

La superación de 120 días al año supondrá la necesidad de distinguir el trabajo por horas, en régimen externo, del que no tiene tal consideración. De esta forma:

a) Trabajo a jornada completa o a tiempo parcial, si se realizan más de 120 días al año para la misma persona empleadora, la norma garantiza el salario mínimo fijado anualmente, aplicado de forma proporcional en el supuesto de jornada a tiempo parcial.

b) Trabajo por horas en régimen externo, si el número de días de trabajo al año es inferior a 120 para la misma persona empleadora, el salario mínimo en esta actividad se fija en 9,26 euros por hora efectivamente trabajada, y en el mismo se incluye la parte proporcional de domingos y festivos, pagas extraordinarias y vacaciones (art. 4.2 del Real Decreto 145/2024, de 6 de febrero).

Siguiendo la sistemática del artículo 8, en sus diferentes apartados, nos iremos refiriendo a cada uno de ellos.

El apartado 2 del artículo 8, nos indica que el salario debe ser abonado en metálico, con remisión a las diferentes posibilidades, que el propio texto establece, como puede ser en moneda de curso legal¹⁵ o talón u otra modali-

¹³ Hay que recordar que, al tratarse de una prestación de servicios, en la que por razón de sus peculiaridades no existe ninguna presencia de la negociación colectiva, las cuestiones relativas al salario se regirán por el acuerdo entre las partes en virtud del contrato, cuando no por la decisión unilateral del empleador.

A este respecto hay que destacar que el artículo 37.1 de la Constitución Española reconoce el derecho a la negociación colectiva, aplicable también a la relación laboral especial del servicio doméstico.

Sin embargo, la normativa actual no se adecúa a las peculiaridades de esta relación laboral especial, dificultando la práctica de este derecho.

Algunas de las razones son:

- Las escasas referencias al Convenio Colectivo (el art. 3 y el 8 hace referencia al mismo).
- La falta de Asociaciones Patronales que representen a los empleadores del hogar dificulta la negociación colectiva efectiva.

¹⁴ Muy interesante SANZ SÁEZ, C: «Los derechos colectivos del trabajo doméstico en relación con el Estatuto de los Trabajadores», *Lan Harremanak*, 2021, 45 <https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.22805> ISSN: 1575-7048 / e-ISSN: 2444-5819.

¹⁵ Por moneda de curso legal entendemos la que un país reconoce oficialmente como medio de pago válido para todas las transacciones dentro de su territorio.

dad de pago similar a través de entidades de crédito ¹⁶, mediante acuerdo con el trabajador ¹⁷.

Incluye en la segunda parte de este, una precisión muy importante y es la relativa a las prestaciones en especie ¹⁸, como alojamiento o manutención. Dos son las matizaciones que deben de realizarse:

1. Que se permite descontar por esos conceptos un porcentaje acordado por las partes, dejando siempre a salvo, el pago en metálico de al menos la cuantía del salario mínimo interprofesional en cómputo mensual.

2. La suma de los diversos conceptos no puede resultar un porcentaje de descuento superior al 30 por 100 del salario total ¹⁹.

Existen importantes peculiaridades que hemos de señalar:

a) Se debe de realizar por pacto entre las partes, y no cabe la posibilidad de imposición por el empleador, en el momento en que las partes lo acuerden.

b) Es intocable el pago en metálico de la cuantía del Salario Mínimo Interprofesional.

Excluimos la retribución en moneda extranjera, incluso si así se pactase, toda vez que, si bien ésta no es ilícita, no se puede considerar de curso legal, pues para ello se requiere de la determinación como tal por el Estado y la obligatoriedad en su aceptación para el pago.

¹⁶ Con respecto a este apartado del precepto legal varias aclaraciones de carácter general:

1. Estos otros medios de pago no se pueden girar frente a cualquier sujeto, sino que han de serlo a través de una entidad de crédito, ya por referencia expresa o porque el cheque por definición se libra contra un banco o entidad de crédito.

2. Se debe determinar cuál es esa otra modalidad de pago similar. En la actualidad es la transferencia bancaria la forma mayormente utilizada.

¹⁷ La doctrina laboralista considera que es la libre voluntad del empresario (deudor) decidir o elegir el medio de pago (dinero, talón o similar), a diferencia del ámbito civil, en el que sí es necesario el acuerdo o aceptación por parte del acreedor.

El Estatuto de los Trabajadores tan solo exige como requisito previo al empresario, la comunicación a los representantes legales de los trabajadores, la opción por la que finalmente se decida; por lo tanto, dichos representantes mantienen un papel meramente pasivo, como receptores de dicha información, y sin que se establezca ninguna otra actuación por su parte.

¹⁸ El salario en especie se puede definir como toda retribución que consiste en una prestación distinta del dinero (manutención, casa-habitación, alojamiento...), que la persona trabajadora recibe como prestación derivada de los servicios realizados para la parte empleadora.

No se puede dejar de mencionar que tanto la doctrina como la jurisprudencia, han sido cautas y han mirado con recelo el salario en especie, ante los posibles abusos por lo que este salario solo existe cuando venga fijado por normas legales o convencionales, o haya sido fijado en virtud de pacto expreso o tácito.

¹⁹ De acuerdo con la Jurisprudencia, ejemplo TSJ País Vasco 7 de abril de 2009, rec. 423/2009, «puede decirse, en cuanto a la cuantía de este salario en especie que si no está fijado previamente... no cabe posteriormente de manera unilateral, descontar porcentaje alguno en concepto de retribución en especie (TSJ Madrid 12-3-91, AS 1849, TSJ Castilla La Mancha 11-7-94 AS 1739), y cualquier pacto o convenio que altere el porcentaje límite del 30% de las percepciones salariales es nulo. «

c) El descuento es potestativo, por lo que no existe obligación de realizarlo.

El apartado 3 se refiere a los incrementos y las partes de común acuerdo van a fijar los incrementos salariales, aunque en los casos de inexistencia de este, se reenvía al incremento salarial anual medio que se haya establecido en los convenios colectivos²⁰, del mes en que se completen doce consecutivos de prestación de servicios²¹.

Las pagas extraordinarias están recogidas en el apartado 4, y tal y como establece la norma, la persona trabajadora tendrá derecho a dos gratificaciones extraordinarias al año, cuyo devengo, salvo pacto en contrario, se realizará al finalizar cada uno de los semestres del año, en proporción al tiempo trabajado durante el mismo.

Acerca de la cuantía será la que las partes hayan acordado, debiendo de tener en cuenta que debe ser suficiente para garantizar, en todo caso, el pago en metálico, al menos, de la cuantía del SMI en cómputo anual²².

De la misma manera que las partes acuerdan el pago al fin de cada semestre, también se puede establecer, que se reciban las pagas extra prorrateadas²³, quiere decir, divididas entre las 12 pagas mensuales, por lo que cada mes se recibirá más dinero: la mensualidad correspondiente y 1/6 parte de la paga extra. Lo importante es comprobar que de una forma o de otra, el trabajador cobra como mínimo el salario mínimo total anual.

Para que haya mayor seguridad, siempre es conveniente que la forma de cobrar las pagas extra venga explicada en el propio contrato de trabajo y, además, será necesario que, en la nómina, quede reflejada la parte del salario que se corresponde con la mensualidad y la cantidad que corresponde, a la parte proporcional de la paga extraordinaria.

²⁰ Según la publicación de la Subdirección General de Estadística del Ministerio de Trabajo e Inmigración.

²¹ Se abandona de esta forma por obsoleta la antigua regla que unía el incremento salarial a la antigüedad del trabajador. Ejemplo de ello:

1. Si el contrato fuese anterior al 15 de noviembre de 2011, se le aplicaría lo establecido en el derogado Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto como condición más beneficiosa (D. T. 2.ª del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre), donde se establece: «El empleado del hogar tiene derecho a un incremento del salario en metálico de un 3 por 100 del mismo por cada tres años naturales de vinculación con un empleador, y así sucesivamente cada tres años más de duración del contrato, hasta llegar al límite máximo de cinco trienios (15 años de antigüedad)».

2. Si el contrato fuese posterior al 15 de noviembre de 2011, la regulación normativa establecida en el art. 8 del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre (incluso tras la modificación operada por el Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre) no establece el pago de trienios o conceptos por antigüedad.

²² En este sentido la STSJ País Vasco 5-2-19, Rec 74/2019.

²³ Pese a todo, en la práctica es bastante frecuente que se llegue al acuerdo de no cobrar las dos pagas extra anuales cada seis meses, sino cobrarlas prorrateadas en la nómina de cada mes.

Con respecto a los empleados por horas (menos de 120 horas al año para un mismo empleador), no se aplica lo que hemos explicado hasta ahora, ya que tienen unas reglas especiales a la hora de cobrar. La normativa vigente²⁴, considera que el salario mínimo de referencia incluye todos los conceptos retributivos²⁵, que se abonará integrante en metálico, en proporción a las horas efectivamente trabajadas²⁶.

En relación con la documentación del salario se hará mediante la entrega al trabajador de un recibo individual y justificativo del pago del mismo, en la forma acordada entre las partes o, en su defecto, de acuerdo con lo establecido en el art. 29.1 del Estatuto de los Trabajadores. El Ministerio de Trabajo y Economía Social (denominación actual), pone a disposición de los empleadores modelos de recibos de salarios para el cumplimiento de lo establecido en este apartado en Word, Excel o PDF.

3.2 Retribución de los trabajadores en régimen interno. Variabilidad del salario mensual

La primera observación que hemos de realizar es la consideración, como empleadas del hogar internas, aquellas personas trabajadoras que conviven con la familia en el mismo domicilio en el que trabajan. Al igual que el resto de las personas empleadas que trabajan en el hogar, la regulación de las empleadas internas viene recogida, de una forma un tanto poco precisa, en el Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre.

Si la norma de referencia es el RD arriba mencionado, la retribución que el mismo señala será la cuantía del Salario Mínimo Interprofesional, establecida para cada año, fijándose en 14 pagas (12 pagas + 2 pagas extraordinarias en junio y diciembre), con la posibilidad de prorratear las pagas extras si empleado y empleador así lo acuerdan²⁷.

²⁴ Art 8.5.

²⁵ Se considera que un empleado trabaja por horas cuando se enfrenta a trabajos de corta duración, en los cuales, por el carácter temporal del contrato, se pagan todos los conceptos retributivos, incluidas las vacaciones, las pagas extraordinarias..., dentro de ese precio hora.

²⁶ El Real decreto especifica que las empleadas de hogar que trabajen por horas deberán percibir un mínimo de 9,26 euros por cada hora trabajada. Año 2025.

²⁷ En muchas ocasiones el acuerdo al que ambas partes llegan, según la consulta que se hace a agencias de servicio doméstico, consiste en prorratear 1 paga extra en el salario de cada mes y prorratear la otra paga extra en dos medias pagas (junio y diciembre).

Desde un punto de vista práctico, el salario de un empleado de hogar interno se conforma por los siguientes conceptos:

1. Salario por 40 horas semanales de trabajo efectivo.
2. Pagas extras o su parte proporcional²⁸.
3. Remuneración del número de horas de presencia²⁹ acordadas³⁰. Las horas de presencia sin prestación de servicio o de pernocta suelen compensarse con descanso o ser remuneradas en los términos acordados entre las partes, con dos límites:

- a) En caso de abonarse, su retribución no podrá ser inferior a la hora ordinaria de trabajo.
- b) Ha de respetarse el límite de 20 horas semanales.

El tratamiento a la permanencia del trabajador en el domicilio del cabeza de familia ha sido objeto de diversas resoluciones judiciales; en principio el RD 1620/2011 en su art. 8.2 señala que «podrán pactarse retribuciones en especie tales como el alojamiento o manutención», párrafo donde podríamos incluir la presencia o la pernocta. Sin embargo, en la práctica, y si no se establece otra cosa, el trabajador se encuentra a disposición del empleador, y con base en la Directiva 2003/88/CE³¹, este tiempo de presencia podría considerarse como «tiempo de trabajo», por lo que, de acuerdo con la jurisprudencia, «las horas atendidas por la trabajadora al menos en de disponibilidad en cuanto que superan la jornada ordinaria máxima semanal, son horas extraordinarias. Pero aquellas en que no existe esta disponibilidad no hay obligación de remuneración»³².

²⁸ Nos remitimos a los ya establecido anteriormente.

²⁹ Además de la jornada ordinaria de trabajo, se puede establecer en los casos de trabajadores internos tiempos de presencia a disposición del empleador por un periodo máximo de 20 horas semanales o durante más tiempo si se compensa con descanso.

Un tiempo de presencia es aquella jornada de trabajo que la persona trabajadora se encuentra disponible para realizar alguna tarea, pero que no se encuentra trabajando.

³⁰ En el contrato se ha de fijar su duración y retribución o compensación, en este sentido STSJ Asturias 20-4-12, y STSJ Madrid 27-3-17.

En caso de no constar pacto sobre tiempos de presencia, se considera que la jornada convenida es de trabajo efectivo, por lo que las horas de exceso sobre la jornada máxima señalada se consideran extraordinarias (STSJ Sevilla 13-10-98), y se regirán por lo establecido en el ET.

³¹ Sobre aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.

³² La sentencia de fecha 3 de febrero de 2021 de la Sala de lo Social del TSJ de Catalunya rec. 4501/2020, analiza la aplicación de la jurisprudencia del TJUE sobre el tiempo de guardia o disposición como tiempo de trabajo, concluyendo que, además del tiempo efectivo o pactado en contrato: «Durante los periodos intermedios en que la trabajadora podía desayunar, comer, cenar, descansar o dormir, tenía libérrima facultad de organizar de forma autónoma «su» tiempo para atender sus asuntos particulares, y la simple presencia en el domicilio de la cabeza de familia no determina que tenga derecho a percibir retribución como si de trabajo efectivo se tratase»

4. Plus de nocturnidad en caso de pernocta. Con respecto a la pernocta, a diferencia de otros sectores, la normativa vigente para este régimen especial de empleados del hogar no contempla un plus específico por nocturnidad, de modo que el abono de este «suplemento» depende de la decisión de la parte empleadora.

Como norma general si atendemos al ya mencionado art 8.2 dentro la posibilidad de pactarse retribuciones en especie (alojamiento o manutención), podría encuadrarse la pernocta.

5. Las horas extraordinarias, podrán ser retribuidas (mínimo como hora ordinaria de trabajo) o compensadas respetando los límites legales señalados por el Estatuto de los Trabajadores. Se consideran horas extraordinarias a efectos de pago o descanso, el tiempo de trabajo realizado en festivos y en los días que corresponden a descanso, considerando que ya se ha cumplido la jornada laboral de 40 horas.

Pese a todo lo recogido anteriormente, la retribución de los empleados de hogar puede variar dependiendo de diversos aspectos, como las responsabilidades específicas del puesto, la experiencia y formación de la persona trabajadora, la carga horaria y la disponibilidad requerida..., influyendo en la remuneración, según lo acuerden las partes. Además, aspectos como la demanda y la oferta de empleo en el sector pueden también tener un impacto en la remuneración pactada.

4. PERCEPCIONES ECONÓMICAS EN CASOS SUSPENSIÓN DEL CONTRATO

Como el resto de los trabajadores, los empleados de hogar tienen derecho a las prestaciones derivadas de las situaciones de suspensión de contrato de trabajo, protegidas por la Seguridad Social, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos legalmente.

En el mismo sentido diversas sentencias establecen que el hecho de ser interna debe disociarse de lo que automáticamente, muchas demandas plantean, a saber, que el tiempo que pasan en el domicilio es siempre tiempo de trabajo efectivo, y por tanto remunerado.

La STSJ Sala de lo Social de 18 de junio de 2020, Rec 526/2020, señala que «la parte pretende ineffectivamente asociar su condición de «interna», circunstancia ésta, que, aun habiéndose probado en sentencia frente a lo contractualmente establecido, no permite presumir, *per se* y por esta sola circunstancia, una disponibilidad efectiva de la que inferir la materialización de horas extras a retribuir por el empleador».

De igual manera, STSJ de Madrid de 13 de noviembre de 2015, en Rec. 441/115 desestima la pretensión al señalar: «al no haberse acreditado una dedicación mantenida, real y efectiva de la que inferir la materialización de horas extras a retribuir por el empleador».

Por su peculiaridad vamos a examinar alguna de ellas:

1. Baja médica por enfermedad común o accidente no laboral (Incapacidad temporal derivada de contingencias comunes).

Como régimen general en el que está incluidos el trabajo del hogar, el subsidio por incapacidad temporal, en caso de enfermedad común o accidente no laboral, la entidad gestora abona la prestación a partir del 9.º día de la baja en el trabajo, estando a cargo del empleador el abono al trabajador desde los días 4.º al 8.º de la citada baja, ambos inclusive.

2. Baja médica por enfermedad profesional o accidente laboral (Incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales)³³.

En las situaciones en las que la incapacidad temporal sea consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, el subsidio se percibe desde el día siguiente al de la baja médica y en todo caso a cargo de la Seguridad Social. El salario del día del accidente o de la baja es a cargo del empleador.

3. Nacimiento y cuidado de menor.

De acuerdo con la normativa vigente, la prestación económica por nacimiento y cuidado de menor consistirá en un subsidio equivalente al 100 por ciento de la base reguladora, que será la base de cotización por contingencias comunes del mes inmediatamente anterior al mes previo al del hecho causante dividida entre el número de días a que dicha cotización se refiera.

4. Riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia.

A través de esta prestación se trata de cubrir la pérdida de ingresos que se origina, cuando la trabajadora es declarada en situación de suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo; será necesario que debiendo cambiar de puesto de trabajo o de actividad por otro compatible con su situación, este cambio no resulte posible técnica u objetivamente o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados.

³³ Como peculiaridad de este régimen, en los casos de «suspensión del contrato de trabajo doméstico por incapacidad temporal del empleado de hogar, debida a enfermedad o accidente, si aquel fuera interno, tendrá derecho a permanecer alojado en el domicilio un mínimo de treinta días, salvo que, por prescripción facultativa, se recomiende su hospitalización». Art. 10 Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar.

La prestación económica que corresponde a la mujer trabajadora consiste en un subsidio equivalente al 100% de la base reguladora correspondiente:

La base reguladora que va a servir para determinar la prestación va a ser la equivalente a la que esté establecida para la incapacidad temporal (IT), derivada de contingencias profesionales, tomando como referencia la fecha en que se inicie la suspensión del contrato.

En este tipo de contratación es muy normal estar en presencia de situaciones de pluriempleo, por lo que en estos casos hay que tener en cuenta:

a) si la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo se declara en todas las actividades que realiza de forma simultánea la trabajadora, hemos de considerar para la base reguladora, el cómputo de todas las bases de cotización en las distintas empresas, siendo de aplicación el tope máximo establecido a efectos de cotización.

b) si la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo se declara en una o en algunas de las actividades realizadas por la trabajadora, pero no en todas, solo se van a tener en cuenta a la hora de hacer el cálculo de la base reguladora, las bases de cotización correspondientes a las empresas en las que se produzca la suspensión, aplicando, a estos efectos, el límite que corresponda a la fracción o fracciones del tope máximo que aquéllas tengan asignado.

Los mismos términos del Régimen General de la SS, rigen en estos supuestos³⁴, pero además se exige una la declaración del responsable del hogar familiar sobre la inexistencia de puesto de trabajo compatible con el estado de la trabajadora, siendo su base reguladora equivalente a la establecida para la incapacidad temporal en el inicio de la suspensión del contrato.

5. Las prestaciones por Incapacidad permanente y Muerte y supervivencia (viudedad y orfandad). En estos casos la base reguladora va a ser la equivalente a la base de cotización del empleado de hogar en la fecha en la que se ha producido el hecho causante de la prestación.

³⁴ Certificación médica expedida por los Servicios Médicos de la Entidad Gestora, en función de la Entidad con la que la empresa, o las trabajadoras por cuenta propia, tengan concertada la cobertura de los riesgos profesionales, en la que quede acreditado, en el caso de «riesgo durante el embarazo», que las condiciones del puesto de trabajo influyen negativamente en la salud de la trabajadora o del feto y, en el caso de «riesgo durante la lactancia natural», que las condiciones de trabajo influyen negativamente en la salud de la mujer o del hijo.

6. Prestaciones familiares, y la prestación por cuidados de menores por cáncer u otra enfermedad grave. Se conceden en los mismos términos que en el Régimen General.

7. Jubilación. La prestación por jubilación, en su modalidad contributiva, se rige y se concede en las mismas condiciones que establece el Régimen General.

5. PERCEPCIONES ECONÓMICAS EN EL SUPUESTO DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO

La extinción de la relación laboral especial de los empleados de hogar está recogida en el art. 11 del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, si bien conforme al Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar, se han introducido algunos cambios, cambios que se traen a colación pues afectan a las indemnizaciones que corresponden a las personas trabajadoras.

Basándonos en las causas del ET, supondrán para la persona trabajadora derechos indemnizatorios en las siguientes situaciones:

a) Por expiración del tiempo convenido. Queda sujeta esta causa, a una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar doce días de salario por cada año de servicio, o la establecida, en su caso, en la normativa específica que sea de aplicación.

b) Por muerte o incapacidad de la persona empleadora. El trabajador tendrá derecho al abono de una cantidad equivalente a un mes de salario, con independencia de su antigüedad. La subrogación contractual por cambio de la persona del empleador sólo procederá previo acuerdo de las partes, presumiendo este cuando el empleado de hogar siga prestando servicios, al menos, durante siete días en el mismo domicilio, pese a haber variado la titularidad del hogar familiar.

c) Por voluntad del trabajador fundamentada en un incumplimiento contractual del empresario³⁵.

³⁵ Se añade la modificación del artículo 50 ET. La falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado. Sin perjuicio de otros supuestos que, por el juez, la jueza o el tribunal puedan considerarse causa justa a estos efectos, se entenderá que hay retraso cuando se supere en quince días la fecha fijada para el abono del salario, concurriendo la causa cuando se adeuden al trabajador o la trabajadora, en el período de un año, tres mensualidades completas de salario, aún no consecutivas, o cuando concurra retraso en el pago del salario durante seis meses, aún no consecutivo.

El incumplimiento grave y culpable del empleador de sus obligaciones con el trabajador, permite al mismo la solicitud de la extinción del contrato de trabajo con los efectos previstos para el despido disciplinario improcedente.

Es importante tener en cuenta que la normativa sobre prevención de riesgos laborales es aplicable a esta relación laboral; por ello el titular del hogar familiar está obligado a cuidar de que el trabajo del empleado de hogar se realice en las debidas condiciones de seguridad y salud. Deberá de adoptar todas las medidas necesarias en esta materia incluidas la prevención de la violencia contra las mujeres, teniendo debidamente en cuenta las características específicas del trabajo doméstico. El incumplimiento grave de estas obligaciones es justa causa de dimisión del empleado.

d) Despido disciplinario.

La relación contractual puede extinguirse por decisión del empresario, mediante despido basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador, siendo requisito indispensable que el incumplimiento influya en la relación laboral, afectando las obligaciones que nacen del contrato de trabajo.

Si el despido fuese declarado improcedente la persona trabajadora tiene derecho a la indemnización de 33 días por año trabajado con un máximo de 24 mensualidades.

Entre las consecuencias de la declaración de improcedencia del despido, en este régimen especial no se contempla el devengo de salarios de tramitación, ni se da al empresario la opción por la readmisión.

e) La extinción, sin perjuicio de las causas comunes previstas en el Estatuto de los Trabajadores, por causa justificada con indemnización reducida, se produce en los casos de:

1. La disminución de los ingresos de la unidad familiar o incremento de sus gastos por circunstancia sobrevenida.
2. La modificación sustancial de las necesidades de la unidad familiar que justifican que se prescinda de la persona trabajadora del hogar.
3. El comportamiento de la persona trabajadora que fundamenta de manera razonable y proporcionada la pérdida de confianza de la persona empleadora.

Estas tres causas están sujetas a una menor indemnización, de 12 días de salario por año de servicio con el límite de 6 mensualidades, sin que el salario diario, base del cálculo, pueda exceder del doble del salario mínimo interprofesional, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias.

Además, requieren de un procedimiento especial que igualmente puede suponer unos derechos de carácter económico, así:

a) De forma simultánea a la comunicación de la extinción, la persona empleadora deberá poner a disposición de la persona trabajadora la indemnización.

b) Para aquellos casos en que la prestación de servicios hubiera superado la duración de un año, la persona empleadora deberá conceder un plazo de preaviso cuya duración, computada desde que se comunique a la persona trabajadora la decisión de extinción, habrá de ser, como mínimo, de 20 días. En los demás supuestos el preaviso será de 7 días.

c) Durante el período de preaviso, la persona que preste servicios a jornada completa tendrá derecho, sin pérdida de su retribución, a una licencia de seis horas semanales con el fin de buscar nuevo empleo. Es posible la sustitución del preaviso por una indemnización equivalente a los salarios de dicho período³⁶.

A modo de resumen el siguiente cuadro:

Tipo de despido	Días de indemnización	Máximo de mensualidades	Particularidades
Causa justificada (Real Decreto-ley 16/2022).	12 días por año	6	Nuevo
Disciplinario improcedente.	20 días por año	12	
Disciplinario procedente.	0	0	
Despido durante periodo de prueba.	0	0	
Fallecimiento del empleador.	30	1	Con independencia de la antigüedad

³⁶ Cuando el despido tiene como causa objetiva la modificación sustancial de las necesidades de la unidad familiar, el trabajador que presta servicios en el hogar familiar tiene derecho a percibir una indemnización siempre que se haya incumplido el período de preaviso de 20 días determinado por ley. TSJ Galicia 17-10-24.

6. DESEMPLEO

La prestación por desempleo forma parte de la acción protectora del sistema especial de empleados del hogar. Se encuentra en situación legal de desempleo, el trabajador al que se le extinga el contrato de trabajo, además de por las causas previstas en la normativa laboral común, recogida en el art. 49.1 del Estatuto de los Trabajadores³⁷, por alguna de las causas específicas de extinción de esta relación laboral³⁸.

El Real Decreto-Ley 16/2022, de 6 de septiembre³⁹, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar, procede a reconocer la protección por desempleo⁴⁰, pasando a formar parte de la acción protectora del sistema especial⁴¹ de empleados de hogar y siendo obligatoria la cotización por tal contingencia. «De entre todas las posibilidades posibles, como podría haber sido la organización de un sistema específico para el colectivo o el establecimiento de reglas especiales, se ha decidido acertadamente por una total equiparación, dando cumplimiento al artículo 41 CE»⁴².

Si partimos de la circunstancia que la mayoría de las personas trabajadoras domésticas son mujeres, con la aprobación de esta norma, se está avanzando de forma efectiva hacia la realización de la igualdad de género en el mundo

³⁷ Se encontrará en situación legal de desempleo la persona trabajadora empleada del hogar a la que se le extinga el contrato de trabajo mediante comunicación escrita de la persona empleadora, debiendo constar de modo claro e inequívoco:

La voluntad de la persona empleadora de dar por finalizada la relación laboral y

La causa por la que se extingue la relación laboral.

³⁸ a) Disminución de los ingresos de la unidad familiar o aumento de sus gastos. Por causa sobrevenida.

b) Modificación sustancial de las necesidades de la unidad familiar que justifican poder prescindir de la persona trabajadora del hogar.

c) Pérdida de confianza de la persona empleadora, fundamentada de manera razonable y proporcionada, en el comportamiento de la persona trabajadora.

³⁹ Dictado por el Gobierno, tras la STJUE de 24 de febrero de 2022 (C-389/20), en el que se declaró que la exclusión de las empleadas de hogar de la protección por desempleo constituía una discriminación indirecta por razón de sexo., equiparando sus derechos con los del resto de trabajadores por cuenta ajena.

⁴⁰ Eliminando el apartado d) del artículo 251 LGSS,

⁴¹ La cotización por desempleo será obligatoria para las personas trabajadoras empleadas de hogar a partir del 1 de octubre de 2022.

Las bases de cotización para desempleo serán las correspondientes a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

⁴² BENITO BENÍTEZ, M.A.: «El Real Decreto-Ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de seguridad social de las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar» AEDTSS, 2022/09.

del trabajo y en el ejercicio efectivo de la igualdad de derechos y de protección de la mujer ante la ley ⁴³.

Al respecto del reconocimiento de la prestación que nos ocupa, hay que poner de manifiesto algunas sentencias que han admitido el derecho al desempleo, como la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 7 de diciembre de 2023, o las STSJ de Galicia 10 y 30 de octubre de 2023, en las que reconoce la prestación contributiva de desempleo, a una empleada de hogar, antes de la entrada en vigor del RDL 16/2022, como efecto directo de la STJUE sentencia de 24 de febrero de 2022 (asunto C-389/20). En estas resoluciones se recoge la necesidad de extender el régimen de Seguridad Social, que prevé el RDL 16/22, a los hechos causantes anteriores, ya que argumentan las sentencias que el legislador no ha cumplido de forma debida con la doctrina del TJUE y ha dejado multitud de situaciones sin resolver y en las mismas condiciones que las existentes antes del pronunciamiento del tribunal comunitario, pues no ha previsto ningún régimen transitorio que se pueda proyectar a situaciones como las que se presentan, ni mucho menos una extensión directa. «Si a estos asertos, le combinamos las palabras de la STJUE14/09/23, asunto DX contra INSS y TGSS, C-113/22, sobre cómo debemos proceder los órganos nacionales en caso de acreditada discriminación de un determinado colectivo (caso presente para los integrantes del Sistema Especial para Empleados del Hogar anteriores al RDL 16/2022 con cotizaciones para distintas contingencias, pero no para el desempleo), la conclusión nos parece evidente: debemos evitar que persista la discriminación, lo que impone reconocer a este grupo las prestaciones que no se le han reconocido y en las mismas condiciones que al resto». Insiste la Sala, en el criterio jurisprudencial consolidado del TJUE de la obligación del órgano jurisdiccional nacional de «dejar sin aplicar toda disposición nacional discriminatoria, sin solicitar o esperar su previa derogación por el legislador, y debe aplicar a los miembros del grupo desfavorecido el mismo régimen del que disfruten las personas incluidas en la otra categoría...» ⁴⁴.

En este mismo sentido y muy reciente la Sentencia del Tribunal Superior de Galicia de 5 de febrero de 2025 ⁴⁵, que reconoce el derecho a la prestación por desempleo, computando 720 días de cotización en el Sistema Especial para Empleados de Hogar, pero además ha condenado al Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE) al abono de una indemnización a la trabajadora de-

⁴³ Así lo establece la STS de Galicia de 5 de febrero de 2025. Rec 2267/2025.

⁴⁴ <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2024/01/nueva-sentencia-que-reconoce-el-derecho.html>

⁴⁵ Igualmente, la STSJ de Navarra., 78/2025, de 20 de febrero de 2025.

mandante por vulneración de derechos fundamentales, a indemnizar con la cantidad de 1.800 euros. La Sala reconoce la existencia de «una doble discriminación relativa a los requisitos materiales de acceso a la prestación por desempleo y relativa a los requisitos procedimentales que regulan su concesión al exponer a las empleadas del hogar, que es un colectivo abrumadoramente feminizado». Aunque la práctica no responda a una Instrucción del SEPE, lo relevante es que: «El acto recurrido se corresponde con un acto de la administración /imitador de la acción protectora de la Seguridad Social, aplicado bajo un principio absolutamente restrictivo, lo que vulnera los consolidados principios interpretativos señalados por la doctrina constitucional. En el caso actual nos encontramos ante un segundo daño ⁴⁶ provocado que no es restituido con el reconocimiento de efectos retroactivos de la prestación cual es que el retraso en el reconocimiento de la prestación de desempleo implica una ausencia de rentas para hacer frente a los gastos de la vida diaria» ⁴⁷.

Importante aspecto para tratar, siendo el tema la retribución de los empleados de hogar es el relativo a la cuantía de la prestación. No ofrece duda en los supuestos de cotización suficiente a la entrada en vigor de la norma, pero sí con anterioridad y dado que los tribunales lo están reconociendo con carácter retroactivo. La sentencia del TSJ Madrid de 7 de diciembre de 2023, señala que para el cálculo de la prestación que asumirá el SEPE hay que acudir, «a una regla de gran raigambre en el ordenamiento jurídico de la Seguridad Social, y en particular como medida de acción positiva a favor de las mujeres, cuál es la de las llamadas cotizaciones ficticias, que a efectos del reconocimiento de las prestaciones permite equiparar a días cotizados períodos de tiempo en los que no se realizaron cotizaciones efectivas» ⁴⁸.

No podemos terminar este apartado sin mencionar al RDL 7/2024 art. 45 párrafos 2 y 3 y disposición transitoria primera ⁴⁹, que recoge el derecho a la prestación contributiva por desempleo para trabajadores del servicio del hogar

⁴⁶ Daño de naturaleza moral, debe ser indemnizado conforme a los arts. 183 LRJS, 25.2 y 27.1 de la Ley 15/2022. Mucho se ha criticado la insuficiencia de la cuantía empezando por el Letrado del caso.

⁴⁷ Este caso ha tenido una segunda consecuencia: la demandante recurrió nuevamente al SEPE para solicitar el subsidio asistencial para mayores de 52 años, que le había sido denegado, pero el Juzgado de lo social de Vigo n.º 2, en sentencia del 13 de marzo, acaba de reconocerle el subsidio y condena al SEPE al pago de una indemnización de 15.000.

En este mismo sentido la Sentencia de Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra que concede a las empleadas del hogar el derecho a percibir el subsidio de desempleo para mayores de 52 años a pesar de no haber cotizado al menos 6 años en un régimen que proteja dicha contingencia.

La Sala, que confirma la resolución del Juzgado de lo Social n.º 2 de Pamplona, considera necesario computar como cotizados los periodos anteriores en los que figuró encuadrada en el Régimen Especial de Empleados de Hogar.

⁴⁸ Sin olvidar los requisitos que establece el artículo 270 de la LGSS.

⁴⁹ BOE 12-11-24

familiar, afectados por una suspensión de contrato o reducción de jornada como consecuencia de la DANA.

7. FOGASA

El Fondo de Garantía Salarial, tal y como se recoge por la norma que lo regula, abonará indemnizaciones reconocidas como consecuencia de sentencia, auto, acto de conciliación judicial o resolución administrativa a favor de los trabajadores a causa de despido o extinción de los contratos conforme a los artículos 50, 51, 52, 40.1 y 41.3, y de extinción de contratos conforme a los artículos 181 y 182 del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, y al artículo 11.2 del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, así como las indemnizaciones por extinción de contratos temporales o de duración determinada en los casos que legalmente procedan⁵⁰.

La modificación realizada con efectos de 09/09/2022, reconoce, en los casos de insolvencia o concurso de los empleadores, la cobertura indemnizatoria por parte del FOGASA sobre la extinción del contrato de las personas trabajadoras al servicio del hogar por los motivos establecidos en el art. 11.2 Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre (art. 3.b) Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, 11.uno d) del Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo y 33.2 ET). El límite será de 6 mensualidades, sin que el salario diario, base del cálculo, pueda exceder del doble del salario mínimo interprofesional, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias⁵¹.

⁵⁰ Artículo segundo. Modificación del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.

El apartado 2 del artículo 33 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre. Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar.

⁵¹ «En el caso de extinción del contrato de trabajo por las causas previstas en el artículo 11.2 del RD 1620/2011..., la cuantía de la indemnización que procede abonar al Fondo de Garantía Salarial se calculará a razón de doce días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, con el límite máximo de seis mensualidades, sin que el salario diario, base del cálculo, pueda exceder del doble del salario mínimo interprofesional, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias.

El importe de la indemnización, a los solos efectos de abono por el Fondo de Garantía Salarial para los casos de despido o extinción de los contratos conforme a los artículos 50 y 56, se calculará sobre la base de treinta días por año de servicio, con el límite fijado en el párrafo anterior.»

La primera resolución, que establece la responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial se produce por el Juzgado de lo Social n.º 32 de Barcelona, que estimó la demanda interpuesta contra el Fondo, por una empleada del hogar que fue despedida verbalmente. La trabajadora interpuso demanda contra la cabeza de familia y contra el FOGASA, después de que su empleadora se declarara en situación de insolvencia total.

Este fallo, se basó en la doctrina de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ⁵², que considera discriminatoria y contraria al Derecho de la Unión la exclusión de este colectivo de la prestación por desempleo.

El despido de la trabajadora en 2016 fue considerado improcedente, pero la empleadora nunca pagó la indemnización, privando a este colectivo de los derechos y acción protectora del Estado que se les reconocen a la mayoría de trabajadores y trabajadoras adscritos al Régimen General de la Seguridad Social, acentuando así su situación de vulnerabilidad.

Una valoración compartida por la magistrada del Juzgado de lo Social n.º 32, que señala que «no se explica por qué, después de esta integración –del Régimen Especial de Trabajadoras del Hogar en el Régimen General de la Seguridad Social–, siguen existiendo estas dos exclusiones singulares de protección para el colectivo: el del paro y el del FOGASA».

Con posterioridad la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña el 25 de abril, desestima el recurso de suplicación interpuesto por el Fondo de Garantía Salarial, contra la sentencia y condenó al FOGASA a abonar a la parte trabajadora demandante la cantidad de 6.003,29 euros en concepto de indemnización por el despido sufrido por aquella.

El interés, en hacer mención a esta sentencia, radica en que es la primera ocasión en que un TSJ se pronuncia sobre el derecho de una trabajadora empleada de hogar, y por tanto acogida a la relación laboral especial del personal al servicio del hogar familiar, a percibir prestaciones económicas, y en concreto la indemnización por despido, a cargo del FOGASA, habiéndose producido la extinción del vínculo contractual durante la vigencia del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, no previéndose el derecho a prestaciones de dicho organismo por salarios adeudados o indemnizaciones debidas por el sujeto empleador, ni tampoco el de prestaciones por desempleo a cargo del Servicio Público de Empleo Estatal, al no deber

⁵² STJUE 24 de febrero 2022 (C-389/20).

cotizar el sujeto empleador en ambos supuestos, y la persona trabajadora en el segundo, a la Seguridad Social.

Dicha situación jurídica cambió a partir de la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 16/2022 de 6 de septiembre, como ya se ha señalado en el inicio de la pregunta.

8. CONCLUSIONES

De lo expuesto anteriormente hemos de concluir que los trabajadores que realizan el trabajo doméstico constituyen uno de los colectivos más perjudicados en aspectos como la remuneración, condiciones y derechos laborales básicos. Está sometido a una cierta vulnerabilidad jurídica y social, sin olvidar que es un sector feminizado y con una fuerte presencia de inmigrantes, y donde muchas mujeres no están dadas de alta en la SS.

Es por ello y como necesidad de mejora, que se podría plantear, desde la negociación colectiva propia del sector, mejorar los mínimos reconocidos por la normativa aplicable (salvando de la manera más adecuada posible los problemas de representación de los sujetos colectivos).

La negociación colectiva, se nos antoja crucial para equilibrar las condiciones de trabajo, incluidas las salariales, y mejorar los derechos de los trabajadores domésticos.

9. BIBLIOGRAFÍA Y RECURSOS ELECTRÓNICOS

ALONSO ARANA M. e INDA ERREA M: «La equiparación de condiciones de las personas trabajadoras al servicio del hogar (Análisis normativo RD 16/2022, de 6 de septiembre)», Aranzadi digital núm. 1/2022, Cizur Menor. 2022.

BALLESTER PASTOR, I: «Cabe reconocer el desempleo a las empleadas de hogar que no cotizaron por impedirlo la normativa discriminatoria anterior al RD-ley 16/2022 gracias a la aplicación directa por los Tribunales de la STJUE de 24 de febrero de 2022.» *Revista de Jurisprudencia Laboral* - Número 3/2025.

BENAVENTE TORRES, M. I.: «Dificultades para la negociación colectiva en el ámbito de la relación laboral especial del trabajo al servicio del hogar familiar». *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, 11(1). Disponible en: https://www.upo.es/revistas/index.php/lex_social/article/view/5507/4717

- BENITO BENÍTEZ, MA: «El Real Decreto-Ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de seguridad social de las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar» *AEDTSS*, 2022/09.
- BENLLOCH SANZ, P.: «La regulación del tiempo de trabajo en la relación laboral especial del servicio del hogar familiar» en MALDONADO MONTOYA, J. P., MARÍN MORAL, I., SEMPERE NAVARRO A. V. (dir. y coord.): *La reordenación del tiempo de trabajo* (vol. II), Madrid: BOE, 2022, pp. 935 a 956.
- CHARRO BAENA, P.: «El servicio del hogar familiar. Una visión desde la legislación y la doctrina judicial españolas», en AA. VV. CHARRO BAENA, P.; ESPINOZA ESCOBAR, J. H.; SILVA DE ROA, A. L. (dirs.): *El Derecho del Trabajo y los colectivos vulnerables. Un estudio desde las dos orillas*, Madrid: Dykinson S. L. 2017.
- GÁLLEGO MORA, F, «La extinción del contrato de trabajo doméstico». Ed BOE 2023.
- GARCÍA GIL M. B: «Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de seguridad social de las personas trabajadoras al servicio del hogar». *Revista de Derecho vLex*, n.º 220. 2022.
- GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ I.: «La STJUE de 24 de febrero de 2022 (asunto c-389/20) y el derecho de las empleadas del hogar a la protección por desempleo», *AEDTSS*. 2022. Disponible en: <https://www.aedtss.com/la-stjue-de-24-de-febrero-de-2022-asunto-c-389-20-y-el-derecho-de-las-empleadas-del-hogar-a-la-proteccion-por-desempleo/>.
- GRAU PINEDA C.: «De sirvientas a trabajadoras: la necesaria ratificación del Convenio 189 OIT sobre trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos», *Lex Social, Revista de Derechos Sociales* vol. 9, núm. 2, pp. 47 a 90. 2019.
- LÓPEZ ANIORTE, M. C., «El déficit de protección de las contingencias profesionales en los trabajos feminizados» AA. VV. GARCÍA ROMERO B. y LÓPEZ ANIORTE M. C. (dir. y coord.). *Protección Social del trabajo de Cuidados*, Aranzadi, Cizur Menor. 2022.
- LÓPEZ INSÚA B. M.: «Nadando entre dos aguas: salario decente «versus» economía irregular en el empleo al servicio del hogar familiar», *Revista Española de Derecho del Trabajo* núm. 231/2020, 2020, pp. 131 a 160.
- MONEREO PÉREZ, J. L. y LÓPEZ INSUA, B. M.:» Trabajo decente y retribución del trabajo», en VV. AA., MONEREO PÉREZ, J. L.; GORELLI HERNÁNDEZ, J. y DE VAL TENA, A. L. (dirs.) y LÓPEZ INSUA, B. M. (coord.) *El trabajo decente*. Granada: Comares. 2018
- NIETO MORALES, C y NIETO CABRERA, M. E.: «¿Necesito una empleada de hogar? La gran aportación social del Servicio Doméstico. En *El Trabajo de la mujer en el Siglo XXI*. Ed. Dykinson SL 2020, pp. 616-631.
- OIT Informe IV: Trabajo decente para los trabajadores domésticos, 99.ª reunión. Ginebra: Oficina internacional del Trabajo. 2010

- QUESADA SEGURA R.: «La dignificación del trabajo doméstico. El Convenio n.º 189 OIT, 2011», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2011, n.º 27.
- QUINTERO LIMA, M.^a G.: «Las modificaciones introducidas por el Real Decreto-ley 16/2022 de 6 de septiembre para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar, y su impacto en las personas empleadoras». *IUSLabor. Revista d'anàlisi de Dret del Treball*, n.º 3, 2022, pp. 120 a 140. Disponible en: <https://doi.org/10.31009/IUSLabor.2022.i03.05>.
- RODRÍGUEZ EGÍO, M.^a M.: «Protección social del trabajo de cuidados», *Estudios Aranzadi*. 2022.
- ROLDÁN MARTÍNEZ, A.: «Indemnización por la negativa del SEPE a reconocer la prestación de desempleo a empleadas del hogar: STSJ de Galicia de 5 de febrero de 2025 (rec. 2267/2025)». *AEDTSS*, n.º 34, 2025.
- ROMERAL HERNÁNDEZ J.: «Protección social de empleadas del hogar frente a contingencias profesionales», *Comunicaciones del XXXII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Alicante, 2022, pp. 829 a 845.
- «El impacto del Convenio 189 de la OIT en las condiciones de trabajo de los empleados de hogar», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 7, 2013, pp. 57 a 91. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2024/01/nueva-sentencia-que-reconoce-el-derecho.html>.
- SÁNCHEZ PUJALTE L.: «El sistema especial de empleados del hogar tras la reforma operada por el Real Decreto-Ley 16/2022», *Diario La Ley* n.º 10196. 2022. Disponible: https://www.smarteca.es/myreader/SMTA5972_00000000_20221227000101960000?fileName=content%2FDT0000360603_20221130.HTML&location=pi605&anchor=tBody&publicationDetailsItem=SystematicIndex.
- SANZ SÁEZ, C.: «La protección social de las empleadas de hogar. La desaparición definitiva del Régimen Especial de la Seguridad Social y su integración en el Régimen General como Sistema Especial: análisis actual y futuro. Albacete, Ed Bomarzo. 2017.
- «Génesis y evolución del servicio doméstico». Granada, Ed. Comares. 2018.
- «Los derechos colectivos del trabajo doméstico en relación con el Estatuto de los Trabajadores», *Lan Harremanak*, 2021, 45 <https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.22805> ISSN: 1575-7048 / e-ISSN: 2444-5819.

CAPÍTULO XXX

RETRIBUCIONES DE CONSEJEROS, ADMINISTRADORES EJECUTIVOS Y PERSONAL DE ALTA DIRECCIÓN¹

MANUELA ABELEIRA COLAO

Profesora Adjunta de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad San Pablo-CEU

1. INTRODUCCIÓN

En una obra sobre retribución y los problemas jurídico laborales en torno a su configuración, no podía dejar de incluirse un asunto que ha cobrado una gran relevancia en las últimas décadas. Nos referimos a las retribuciones que reciben los consejeros, los administradores y los trabajadores de alta dirección de las empresas. Adelanto que uso la conjunción copulativa «y» que fácilmente podríamos completar con «o» puesto que, como comprobaremos, la distinción entre estos sujetos no siempre es fácil ni pacífica. Efectivamente, es la unión de las características propias de un administrador y un alto directivo en un mismo sujeto lo que ha sido objeto de mayor atención por la doctrina y la jurisprudencia. Cuestión ésta que fue resuelta con la ya famosa doctrina del

¹ Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación «Gobierno corporativo sostenible» de la Convocatoria de «Proyectos de Generación de Conocimiento», y actuaciones para la formación de personal investigador predoctoral asociadas a dichos proyectos, en el marco del Programa Estatal para la Investigación y el Desarrollo Experimental, en el marco del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2024-2027, Ref. PID2024-160535OB-I00.

vínculo sobre la que de forma obligada debemos detenernos en este capítulo, si quiera someramente, por las implicaciones que tiene sobre las cantidades que reciben estas personas. En este capítulo se estudia el régimen jurídico de la retribución de los consejeros, los administradores, especialmente los ejecutivos y los altos directivos. En primer lugar, se inicia la investigación con una delimitación subjetiva de las tres figuras, y se analizará cómo el vínculo jurídico sirve de base a las prestaciones recibidas, así como el impacto que dicha calificación puede tener sobre las remuneraciones que reciben. A continuación, se profundiza, de manera conjunta en las principales modalidades retributivas que pueden recibir, todas ellas muy similares, pero cuyo tratamiento se ve afectado, especialmente en la protección jurídica que puede obtener la prestación, cuando se aplica el derecho del trabajo.

2. DELIMITACIÓN JURÍDICA DE LAS TRES FIGURAS

Para poder comenzar un estudio en profundidad sobre las retribuciones de los Consejeros, los Altos Directivos y los Administradores debemos poder diferenciar a la perfección, si es que acaso eso fuera posible, los elementos que delimitan la naturaleza jurídica de estas tres figuras. Obviamente, los factores identificativos que marcan la linde entre los tres sujetos nos ayudan a discernir también cual sea la naturaleza jurídica de las cantidades que reciben por la prestaciones de sus servicios y si podemos considerarlas salario o no. El problema es que este ejercicio de demarcación no siempre es sencillo pues la frontera que las separa no es estanca. Insistimos en que la discusión sobre quién es el llamado personal directivo no es una discusión pacífica, ni en la doctrina ni en la jurisprudencia y los problemas perduran en la realidad sobretodo en relación a las prestaciones que reciben². Procederemos pues a estudiar las características de estas tres figuras, así como aquellos puntos de intersección entre los mismos, para posteriormente poder explicar la teoría del vínculo.

2.1 Los Consejeros

Si tomamos de nuevo como punto de partida la regulación estatutaria nos encontramos con una primera definición de los que puede considerarse

² Esta «novedosa» cuestión era ya estudiada hace 25 años entre otros por SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA Yolanda: «Administradores y altos directivos [arts. 1.3.c) y 2.1.a)]», *Revista española de derecho del trabajo*, núm. 100, 1, 2000 (Ejemplar dedicado a: El estatuto de los trabajadores. Veinte años después), p. 64; quien se hacía eco de esta importante problemática.

como Alto Cargo o Consejero. De este modo el artículo 1.3 del Estatuto excluye del ámbito laboral el «desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración de las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad y siempre que su actividad en la empresa sólo comporte la realización de cometidos inherentes al cargo». Por lo tanto, existe una imposibilidad legal de que la relación del administrador o consejero con la sociedad pueda quedar amparada bajo el derecho del trabajo que regularan su relación por el derecho mercantil.

Para conocer que es un consejero debemos de acudir a la legislación mercantil. Lo primero que debemos distinguir es la condición de socio y de consejero aunque estas figuras también pueden coincidir. Los socios serían personas que ostentan la propiedad de la empresa mediante acciones o participaciones de la misma y en su conjunto forman la Junta General³. Por su parte el Consejo de Administración suele encontrarse en las formas de Administración complejas y estaría formado, por los consejeros. No es inusual que las funciones de consejeros recaigan sobre los socios mayoritarios. La primera relación que debe quedar clara por tanto es la que une a la Junta y al órgano de Administración. Este vínculo es de carácter estatutario de manera que no media contrato alguno entre ambos, sino que será la Junta la que nombre a sus consejeros y las funciones que van a llevar a cabo⁴.

Por su parte el artículo art. 529 duodecies de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante «LSC») enumera diversas categorías de consejeros de las sociedades⁵. Se diferencia así, entre consejeros ejecutivos y consejeros no ejecutivos. Dentro de estos últimos, podemos encontrar: los dominicales, los independientes, puesto que no tienen vinculación alguna con la sociedad y los que se denominan sencillamente como «otros consejeros», por no poder incluirse en ninguna de las categorías anteriores⁶. Los dominicales serán «los que forman parte del Consejo de Administración por su condición de accionista de la sociedad, o bien por de-

³ La regulación aparece en el Artículo 159 de la ley de sociedades de Capital.

«1. Los socios, reunidos en junta general, decidirán por la mayoría legal o estatutariamente establecida, en los asuntos propios de la competencia de la junta. 2. Todos los socios, incluso los disidentes y los que no hayan participado en la reunión, quedan sometidos a los acuerdos de la junta general»

⁴ FERNÁNDEZ SEJO, José María.: «Naturaleza jurídica del vínculo del administrador o del consejero delegado en funciones societarias», *Cuadernos de derecho local*, núm. 53, 2020, pp. 213 y 214.

⁵ Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

⁶ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Enrique, ARRONDO GARCÍA, Rubén, y FERNÁNDEZ MÉNDEZ, Carlos: «La retribución de los consejeros en las empresas cotizadas», *Boletín económico de ICE*, núm. 2961, 2009 (Ejemplar dedicado a: El sector español del calzado), p. 37.

tentar una participación superior al 5% del capital. Pueden formar parte del consejo de forma directa o a través de un representante». Los consejeros independientes son «Miembros del Consejo de Administración que deben desempeñar sus funciones sin verse condicionado por relación alguna con el equipo gestor ni con los accionistas de control de la sociedad. Se elige en atención a sus circunstancias personales y profesionales»; y los Consejero externos son «Miembro del Consejo de Administración que no intervienen en la actividad diaria de la sociedad»⁷. Insistimos que en estos casos los Consejeros se diferencian de los Administradores ejecutivos por las funciones que se consideran inherentes al cargo de consejero, supervisión y control y que son indelegables⁸.

Es decir, los consejeros también se pueden identificar con aquellos administradores que no realizan laborales ejecutivas, sólo funciones colegiadas de deliberación y asesoramiento en virtud de la normativa de Gobierno Corporativo o que son administradores simples. Por lo tanto, no existe en principio, identidad, quizá sí cierta proximidad entre las funciones que realiza un consejero y un administrador, cuyas tareas ya ha sido identificadas. Aunque es cierto que de cara a una posible revisión se podría modificar el contenido de este apartado pues incluye una terminología demasiado genérica y amplia que como vemos genera muchos problemas aplicativos⁹. Tampoco debe generar mayor confusión la diferencia entre un Consejero y un Alto Directivo, como dispone el artículo 1.3 del ET en tanto que el primero tiene una relación orgánica con la sociedad y simplemente lleva a cabo funciones deliberativas mientras que el alto directivo realiza funciones de gestión y el vínculo que le une con la sociedad es laboral.

2.2 Alta dirección

Hace ahora 25 años que se reguló la relación laboral especial de alta Dirección. En primer lugar apareció mencionada en el Estatuto de los Trabajadores, en su artículo 2.1.a) que le dota por lo tanto, de las características propias

⁷ CNMV.: «Glosario financiero», Vid. <https://www.cnmv.es/portal/inversor/glosario?id=0&term=Consejero&lang=es>.

⁸ BRENES CORTÉS, Josefa: «El nuevo régimen de retribución de los consejeros ejecutivos tras la reforma operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del Gobierno Corporativo», *Revista Lex Mercatoria*, núm. 1, 2015, pp. 1-6, p. 3.

⁹ NÚÑEZ VARGAS, Javier: «La condición laboral del consejero delegado en las sucesivas reformas legales y jurisprudencia comunitaria», *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 170, 2023, p. 58.

de toda relación de trabajo, a saber, personal, voluntaria dependiente y por cuenta ajena¹⁰. Su norma de desarrollo en su artículo 1.2 define a este personal como «aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la Empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la Entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad»¹¹. Además, debemos insistir en el hecho de que ya el propio legislador en los inicios de la regulación de esta figura señala sus diferencias con respecto a otras prestaciones, concretamente las contenidas en el artículo 1.3 c) que dejaba fuera del amparo de la norma laboral a «la actividad que se limite, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración [...]».

Con ánimo de compararlos con los consejeros y administradores ejecutivos vamos a centrarnos someramente en sus características principales, aunque somos conscientes de que se trata de una figura mucho más compleja. Es más la laboralidad o no de la figura del personal de Alta dirección no fue por tanto una cuestión pacífica y en su configuración como relación laboral especial tuvo mucha incidencia la actuación de los Tribunales. Acudimos a uno de los muchos pronunciamientos emitidos por la Sala Cuarta donde señala que sobre el personal de alta dirección lo característico es: «a) el ejercicio de poderes inherentes a la titularidad de la empresa que se incluyan en el círculo de decisiones fundamentales o estratégicas, con independencia de que exista un acto formal de apoderamiento; b) que las facultades otorgadas han de estar referidas a la íntegra actividad de la misma o a aspectos trascendentales de sus objetivos, con dimensión territorial plena o referida a zonas o centros de trabajo nucleares para dicha actividad; c) la prestación de servicios ha de ejercitarse con autonomía y plena responsabilidad, solo subordinado al órgano rector de la sociedad». Como reconoce Montoya Melgar lo más correcto sería hablar de un régimen jurídico semilaboral para el personal de Alta Dirección¹².

En cuanto a las fuentes jurídicas que regulan esta relación jurídica, la misma queda supeditada al RD 1382/85, pero muy especialmente al contrato celebrado por las parte donde impera una gran autonomía de la voluntad. Además de mane-

¹⁰ Artículo 1.1 del Real decreto legislativo 2/2015, de 23 de octubre (empleo y seguridad social), por el que se aprueba el texto refundido de la ley del estatuto de los trabajadores («BOE» núm. 255, de 24 de octubre de 2015)

¹¹ Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección. Publicado en: «BOE» núm. 192, de 12/08/1985.

¹² MONTAYA MELGAR, Alfredo (revisada y actualizada por SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente): *Derecho del trabajo*, Tecnos, Madrid, 45.ª edición, 2024, p. 574.

ra supletoria aplicaría el derecho civil o mercantil¹³. Ello nos puede traer algunos problemas interpretativos a la hora de determinar los derechos de protección sobre la retribución que reciben los Altos directivos. Como señala Martínez Moreno el RDAD «se inclina decididamente por la absoluta individualización en la fijación de las condiciones de servicio de este tipo de personal cuyas peculiaridades lo apartan sensiblemente del resto del personal de la empresa». A pesar de ello podemos afirmar que a los altos Cargos les serán de aplicación las normas contenidas en los artículos 27, 29, 31 y 33 del ET (pues así lo dispone expresamente la Disposición Adicional 5.ª)¹⁴. Los límites por lo tanto son claros con respecto a los consejeros, por el vínculo que les une a la sociedad, sin embargo, sus problemas de identificación por la superposición que se puede dar entre ambas figuras se produce con los administradores con funciones ejecutivas como se observará a continuación. Se trata de personas que desarrollan funciones ejecutivas y de control y que por lo tanto coinciden en sus funciones con los administradores de manera que también reciben un nivel de información similar a estos últimos acerca de la situación y el devenir de la empresa¹⁵. También se diferencian de los administradores con funciones ejecutivas en que existe una dependencia directa entre el Alto Directivo y el Consejo de Administración, cuestión esta que no se da ni en los Consejeros ni en los administradores ejecutivos.

2.3 Los administradores ejecutivos

Una vez que hemos explicado cuál es la diferencia entre los consejeros y la alta dirección, debemos enfrentarnos a esta tercera figura jurídica a la que también se conoce y cuya denominación es la que usaremos en este trabajo

¹³ El art. 3 del RD 1382/85, por la que se regula la relación laboral especial del personal de alta dirección «fuentes y criterios reguladoras» preceptúa lo siguiente: «1. Los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral del personal de alta dirección se regularán por la voluntad de las partes, con sujeción a las normas de este Real Decreto y a las demás que sean de aplicación».

2. Las demás normas de la legislación laboral común, incluido el Estatuto de los Trabajadores, sólo serán aplicables en los casos en que se produzca remisión expresa en este Real Decreto, o así se haga constar específicamente en el contrato.

3. En lo no regulado por este Real Decreto o por pacto entre las partes, se estará a lo dispuesto en la legislación civil o mercantil y a sus principios generales».

Disposición Adicional quinta del Estatuto de los Trabajadores «Disposición adicional quinta. Personal de alta dirección.

Las retribuciones del personal de alta dirección gozarán de las garantías del salario establecidas en los artículos 27.2, 29, 32 y 33.»

¹⁴ MARTÍNEZ MORENO, Carolina: «El trabajo de alta dirección: evolución histórica y fuentes de regulación», *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 36, 1995, pp. 15 a 86.

¹⁵ GUTIÉRREZ GILSANZ, Javier: «La retribución de los altos directivos como condición básica de sus contratos», *Revista de derecho de sociedades*, núm. 72, 2024, p. 8.

como administradores ejecutivos. En este caso se trata de sujetos que poseen características comunes las otras dos figuras y precisamente por ello, en la práctica son los que más problemas plantean.

Algunos de los miembros del consejo pueden tener delegada la gestión y representación diaria de la sociedad actuando al margen del propio órgano. Estos consejeros son los llamados administradores con funciones ejecutivas. Estos consejeros pueden obtener facultades ejecutivas en virtud de un acuerdo de delegación de dichas facultades por parte del Consejo de Administración, aunque también se pueden atribuir por un poder general o un poder especial. El artículo 249 LSC es el encargado de regular esta singular figura jurídica. En base a ella podremos definirlo como aquel miembro del Consejo de Administración al que se le delegan facultades ejecutivas estableciendo el contenido, los límites y las modalidades de delegación. Y continúa el apartado 3 que establece el vínculo de esta delegación «Cuando un miembro del consejo de administración sea nombrado consejero delegado o se le atribuyan funciones ejecutivas en virtud de otro título, será necesario que se celebre un contrato entre este y la sociedad que deberá ser aprobado previamente por el consejo de administración con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros». Por lo tanto, tenemos a una serie de sujetos dentro del consejo de Administración, aunque no se descarta esta situación en la formas simples de administración, que se vinculan a la sociedad a través de un contrato. El problema es que el legislador no especifica nada absolutamente acerca de cuál deba ser el tipo de contrato que vincule al administrador con la sociedad. Y es aquí donde aparecen los problemas en la práctica pues en ocasiones la vía para materializar esos acuerdos es un contrato laboral de alta dirección.

De ahí las dificultades para su deslinde y la repercusión enorme que ello tiene en su retribuciones. También puede darse la situación de que existan Administradores que suscriban contratos ordinarios de trabajo, no de alta dirección, diferenciándose así, su labor como trabajadores «ordinarios de la empresa» de las funciones que realizan en el ejercicio de su cargo en el consejo de administración, y a su vez puede existir en las sociedades, personal de alta dirección que no sean administradores ejecutivos y cuya relación se regule por el RD 1382/1985. El problema para su deslinde es que las funciones que desempeñan estos sujetos y las que realizan los Altos Directivos pueden ser muy similares. En este sentido critica Sánchez-Urán Azaña el texto estatutario pues lo considera confuso en cuanto a su delimitación de la figura del Alto Cargo (Consejeros o Administradores) pues no tiene en cuenta los diversos modelos de administración, donde pueden concurrir a la vez en una misma persona el cargo de administrador y de trabajador por cuenta ajena. A ello se une que el legislador tampoco delimitaba bien en el RD 1382/1985 cuáles eran las funciones inherentes al personal de Alta

Dirección. Es por ello que compartimos su reflexión: «existe identidad sustancial de las facultades ejercidas, en cuanto se entienda que los "poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa y relativos a los objetivos generales de la misma" (que se atribuyen al alto cargo conforme al art. 1.2 del RD 1382/1985) son los que corresponden a los órganos de administración, en general, y al Consejero-Delegado, en particular»¹⁶.

2.4 La superposición de las figuras: su repercusión en la remuneración ¿Salario o retribución?

Una vez estudiado el vínculo jurídico que sostiene las relaciones de estos sujetos con las sociedades o empresas en las que prestan servicios o a las que representan vamos a centrarnos en calificar la naturaleza jurídica de las percepciones que reciben. Esta cuestión es muy relevante pues, tratándose de percepciones prácticamente idénticas como veremos en la segunda parte de este trabajo, el hecho de que procedan de un contrato de naturaleza laboral, mercantil o incluso civil incide directamente en el tratamiento jurídico que se les da, en los derechos y obligaciones relacionados con esas cantidades y el orden jurisdiccional encargado de resolver los conflictos que pudieran surgir¹⁷. A ello se une que como indica Maldonado Montoya estamos en un momento en el que «la confusión no obedece tan solo a la complejidad de las categorías directivas, sino que también es reflejo de la construcción siempre inacabada del concepto de trabajador asalariado (y de la relación laboral)»¹⁸. Es decir, antes de ahondar en el examen de las modalidades retributivas de los administradores, primero debemos aclarar cuál es la naturaleza jurídica de la relación que genera esas obligaciones dinerarias. Concretamente, por la secuela que tiene para el derecho del trabajo, la duda que surgió es si vía artículo 249 LSC el legislador ha permitido la convivencia de las figuras de administrador y alto cargo bajo una misma persona y mediante qué vínculo¹⁹.

¹⁶ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Yolanda: «Administradores y altos directivos [arts. 1.3.c) y 2.1.a)]», cit., pp. 66 y 67.

¹⁷ HIERRO ANIBARRO, Santiago: «De rerum natura» del contrato de funciones ejecutivas», *Revista de derecho mercantil*, núm. 329, 2023, p. 9.

¹⁸ MALDONADO MONTOYA, Juan Pablo: «Administradores, directivos y relación laboral: atización progresiva de la teoría del vínculo», en AA.VV. MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA y GARCÍA DE DUEÑAS, Alfonso, y GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Sara (dirs.): *El órgano de administración de las sociedades de capital*, Atelier, Barcelona, 2025, p. 52.

¹⁹ LLUCH CORELL, Francisco Javier: «La relación de los administradores de la sociedad con el derecho del trabajo», *Revista de Jurisprudencia*, núm. 2, 2015.

Ya desde la década de los 80, la relación imperante en caso de concurrencia de ambas figuras es la relación mercantil por lo que parece que aunar bajo un mismo sujeto ambas figuras resulta aún en la actualidad del todo incompatible. Es lo que se ha venido a denominar la teoría del vínculo²⁰. El Tribunal Supremo ha reiterado la incompatibilidad de ambas figuras dando prioridad a la relación mercantil sobre la laboral. Así manifiesta esta dualidad por la jurisprudencia:

«en supuestos de desempeño simultáneo de actividades propias del Consejo de administración de la Sociedad, y de alta dirección o gerencia de la empresa, lo que determina la calificación de la relación como mercantil o laboral, no es el contenido de las funciones que se realizan sino la naturaleza de vínculo, [de ahí que en el caso presente, sea irrelevante que la amplitud de los poderes sea distinta en el caso de la sentencia recurrida y en el de la referencial, al haber actuado ambos demandantes en función del vínculo que como miembros de consejo de administración les unía con las empresas demandadas]; por lo que si existe una relación de integración orgánica, en el campo de la administración social, cuyas facultades se ejercitan directamente o mediante delegación interna, la relación no es laboral, sino mercantil, lo que conlleva a que, como regla general, sólo en los casos de relaciones de trabajo, en régimen de dependencia, pero no calificables de alta dirección sino como comunes, cabría admitir el desempeño simultáneo de cargos de administración de la Sociedad y de una relación de carácter laboral...».²¹

Como hemos mencionado con anterioridad el problema es la amplitud de la fórmula utilizada por la LSC en el artículo 249 TRLSC puesto que, al no señalar qué tipo de relación debe unir al consejero delegado con la sociedad y ante idoneidad de funciones con los Altos Directivos, se genera una gran inseguridad jurídica²².

Esta diversa vinculación, para el desempeño de prestaciones que en la práctica insistimos son muy similares y por tanto, difíciles de deslindar, ha traído diversos problemas interpretativos. Se produce así la confluencia de dos relaciones en una misma persona una relación orgánica como administra-

²⁰ VALDÉS DAL-RÉ, Fernando: «Altos Cargos», *Revista de Política Social*, 1978, núm. 117, p. 214. Hace referencia a la STS de 9 de marzo de 1977 (Ar. 1825) que califica como jurídico-laboral la relación existente entre una productora cinematográfica y un director-realizador.

²¹ Entre otras en las sentencias, 27 de enero de 1992 (rcud. 1368/1991), de 11 de marzo de 1.994 (rcud. 1318/1993) de 22-12-94 (rcud. 2889/1993 de 16 de junio de 1998) (rcud. 5062/1997), de 20 de noviembre de 2002 (rcud. 337/2002; y la de 26 de diciembre de 2007) (rcud. 1652/2006), 9 de diciembre de 2.009 (recurso 1156/2009), 24 de mayo de 2011 (recurso 1427/2011) y 20 de noviembre de 2012 (recurso 3408/2011).

²² GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio: «La asunción legal de la teoría del vínculo: un único contrato transparente de los consejeros ejecutivos con omnicomprensividad retributiva», *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 2, mayo 2015, pp. 178 a 184.

dor de la sociedad y otra de alta dirección sometido al contenido del artículo 249 LSC. ¿Qué derecho debemos aplicar? En palabras de la mejor doctrina: «Tratándose de la misma prestación de servicio, no pueden existir dos títulos jurídicos distintos –uno societario y otro laboral– para gobernarla; y si existen, uno debe eliminarse o quedar absorbido en el otro en relación con la retribución que recibían estos sujetos»²³. Sin embargo resulta necesario traer al escenario analítico la sentencia TJUE que establece que no se puede apartar sin más la laboralidad de determinadas relaciones si en estas se puede probar la dependencia y la ajenidad simplemente basándose en el vínculo (TJUE 5 de mayo de 2022, C101/21). Siguiendo esta doctrina el vínculo laboral no se desvanece ni enerva por absorción del vínculo mercantil en aquello que sea favorable al trabajador²⁴. Sin embargo, como acierta a decir la doctrina especializada, esta sentencia no elimina o deja sin efecto la teoría del vínculo, si no que reconoce, en la línea de lo que ha ocurrido con otras modalidades de trabajadores, un concepto amplio de trabajador que puede verse protegido por el derecho de la Unión²⁵.

La doctrina laboralista justifica esta posición con una interpretación que parte de la propia exclusión recogida en el artículo 1.3 c) de manera que si el ET solo excluye las actividades ligadas al mero desempeño de labores de gestión y representación, sí que admite el ejercicio de otras actividades que bien podrían quedar encuadradas en el ámbito laboral, como son las funciones ejecutivas²⁶. Por lo tanto, los Alto Cargos y los Administradores con funciones ejecutivas prestan su actividad bajo las notas de dependencia (actúa sometido al poder de dirección y organización del órgano de gobierno societario) y ajenidad (no posee titularidad de las acciones). En este punto resulta sensato recordar que el reconocimiento de la laboralidad en el derecho del trabajo incluye que el sujeto preste su actividad bajo el sometimiento de los poderes rectores de la empresa a cambio de una retribución por la prestación de servicios²⁷.

²³ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, José Cándido: «El enigma de la retribución de los consejeros ejecutivos», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2008, p. 13.

²⁴ En este sentido se manifiesta GOÑI SEIN, José Luis: «La doctrina del vínculo. ¿Infringe el derecho de la UE?», *Labos: Revista De Derecho Del Trabajo Y Protección Social*, núm. 5(2), 2024, pp. 111 a 132.

²⁵ MARTÍNEZ MORENO, Carolina: «Sobre la posibilidad de un concepto común y expansivo de trabajador en el Derecho de la Unión Europea», *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, núm. 6, 2023, p. 84.

²⁶ SALA FRANCO, Tomás: *La relación laboral de los altos cargos directivos de las empresas*, Deusto, Bilbao, 1990, p. 30 y TOVAR ROCAMORA, Juan José: «La teoría del vínculo tras la Ley 31/2014», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 184, Sección Estudios, febrero 2016, pp. 215 a 236.

²⁷ MONTÓYA MELGAR, Alfredo (revisada y actualizada por SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente): *Derecho del trabajo*, *opus cit.*, pp. 42 y 43.

Sí señala Hierro Anibarro la línea a seguir sobre la aplicación imperante del derecho laboral. Entiende el autor que si el administrador ha pactado un contrato de alta dirección con la sociedad, el consejo ha reconocido y aceptado dicha relación por lo que en caso de conflicto entre el administrador y la sociedad, no se podría aplicar la subsunción de la relación laboral en la mercantil porque la sociedad estaría yendo contra sus propios actos, esto es, el reconocimiento del contrato como laboral²⁸. En la misma línea señala López Bedmar que se contemple en la figura del alto directivo una relación dual laboral y mercantil, con la coexistencia de ambos vínculos que quedarían delimitados por las funciones que llevarán a cabo los altos directivos y su capacidad de control real²⁹. Por último, Mercader Uguina incide en la perfecta compatibilidad de ambas relaciones³⁰. Refiriéndose a las cantidades recibidas por la alta dirección recuerda Alzaga Ruiz, que es indiferente la designación utilizada por las partes para referirse a las cantidades otorgadas por el ejercicio de sus prestaciones pues lo relevante es «la existencia o no de una relación de causalidad con el trabajo prestado»³¹. Recientemente, la Audiencia Nacional, aunque se trata de un asunto fiscal y no mercantil o laboral, sí reconoce utilizando para ello la jurisprudencia del Supremo, la existencia de más de un vínculo entre administrador y sociedad, de modo que la relación como administrador es compatible con la existencia de una relación laboral de cualquier clase, no sólo general sino también especial o de alta dirección³².

Y es que aunque pueda no parecer relevante la naturaleza jurídica de la relación que une al Consejero, Administrador Ejecutivo o Alto Cargo con la empresa incide directamente en la resolución de muchos derechos y obligaciones vinculados a la retribución³³. A pesar de que tanto la doctrina como la jurisprudencia han destinado sendos esfuerzos en dar respuestas jurídicas a esta problemática lo cierto es que hoy en día siguen produciéndose problemas in-

²⁸ HIERRO ANIBARRO, Santiago: «De rerum natura» del contrato de funciones ejecutivas», *opus cit.*, p. 10.

²⁹ LÓPEZ BEDMAR, Rafael José: «La teoría del vínculo en la relación laboral especial de alta dirección: implicaciones jurídicas y doctrinales», *Laborum, Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, núm. 13, 2024, p. 190.

³⁰ MERCADER UGUINA, Jesús Rafael: «¿Subsiste la teoría del vínculo tras la Ley 31/2014?: la retribución de los administradores sociales y el nuevo «contrato de administración» de los consejeros ejecutivos», *Trabajo y Derecho*, núm. 4, 2015, p. 126).

³¹ ALZAGA RUIZ, Iciar: *Retribución de directivos y crisis económica*, Thomson Reuters, Pamplona, 2012, p. 93). Insiste la autora que hay que tener en cuenta «la existencia de una presunción *iuris tantum* de que todo lo que recibe el trabajador del empresario le es debido como salario y se entrega como pago liberatorio de la deuda salarial».

³² SAN, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2.ª, Sentencia de 5 Feb. 2025, Rec. 445/2020.

³³ HIERRO ANIBARRO, Santiago: «De rerum natura» del contrato de funciones ejecutivas», *opus cit.*, p. 1

terpretativos con las consecuencias que ello tiene sobre el salario³⁴. La pregunta que debemos hacernos es ¿tienen la misma condición las retribuciones recibidas por los altos directivos, los administradores o los consejeros?

Desde el punto de vista de la retribución, la consecuencia es clara: no es lo mismo la protección del salario que se otorga a los trabajadores desde la óptica del derecho laboral, que la otorgada por el derecho mercantil a las retribuciones de los administradores o consejeros, a pesar de las similitudes existentes entre ambas.

Una de las principales diferencias del personal directivo con el Alto Cargo, no laboral, es la remuneración que recibe pues el salario es consecuencia de la existencia de una relación de ajenidad entre las partes, características ésta que no se da en las relaciones entre la sociedad y los Consejeros. Por lo tanto, el salario que recibe el personal de Alta Dirección viene definido por la nota de ajenidad que delimita su prestación³⁵. Los Altos Directivos, que no son administradores ejecutivos en virtud de la ley de Sociedades de Capital no están sometidos a un control tan estricto por parte del Consejo de Administración, como lo están los administradores ejecutivos. Es decir, sí que es cierto que su retribución se establece por parte del meritado Consejo en pleno como parte de las condiciones básicas de sus contratos pero no existe la necesidad de aprobación del contrato ni que se adjunte al acta³⁶. Además obliga a los consejeros ejecutivos a abstenerse de la fijación de las retribuciones para evitar cualquier conflicto de intereses con sus propias retribuciones³⁷.

El Tribunal Supremo en sus primeros pronunciamientos sobre la teoría dejó sentado que la Alta Dirección es una relación laboral en primer lugar porque existe una inserción del trabajador en el «marco de organización y disciplina de la empresa» y en segundo lugar, por la existencia de la nota de ajeni-

³⁴ Hace ya más de 20 años que García-Perrote Escartín se preguntaba sobre la compatibilidad de ambas figuras y cuál sería su régimen jurídico aplicable. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio: «¿Hacia la compatibilidad entre la condición de consejero delegado y de alto directivo laboral?», la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2003», *Información laboral*, núm. 3, 2003, pp. 2 a 11.

³⁵ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Yolanda: «Administradores y altos directivos [arts. 1.3.c) y 2.1.a)]», *opus cit.*, p. 62.

³⁶ Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. «Artículo 249 bis. Facultades indelegables.

El consejo de administración no podrá delegar en ningún caso las siguientes facultades [...]:

h) El nombramiento y destitución de los directivos que tuvieran dependencia directa del consejo o de alguno de sus miembros, así como el establecimiento de las condiciones básicas de sus contratos, incluyendo su retribución».

³⁷ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, José Cándido: «El enigma de la retribución de los consejeros ejecutivos», *cit.*, p. 51. Como señala el autor «El viejo principio "nemo iudex in causa propria" está consagrado ahora por el art. 127 ter.3 LSA, a tenor del cual, en caso de conflicto [de interés], el administrador afectado se abstendrá de intervenir en la operación a que el conflicto se refiera».

dad como ya hemos comentado con anterioridad pues el trabajador no corre con los riesgos derivados de la actividad empresarial y además hace una cesión de los frutos de su trabajo. Y en relación con su retribución señala la Sala Cuarta que esta calificación es independiente de las formas que se elijan para retribuir pues «no ve obstáculo alguno a la calificación laboral del nexo jurídico en la forma de ser retribuido de modo que son de recibo «formas de remuneración que, en siendo legales, no se correspondan con las más simples utilizadas en otras actividades». Como añadido al problema esta teoría no había recibido la misma interpretación en el ámbito fiscal o de la seguridad social³⁸.

Esto ha llevado a la doctrina a aseverar en relación con la teoría del vínculo «que ha llegado el momento de desahuciarla de todos sus ámbitos» y defiende su (no) aplicación en los ámbitos laboral, civil y tributario³⁹.

El problema es la naturaleza jurídica de aquellas otras cantidades que reciben los administradores ejecutivos y que no se materializan a través de contratos laborales sino de otro tipo de acuerdos ¿Estamos entonces ante un verdadero salario o retribución mercantil? Plantea la doctrina como solución jurídica que la línea para identificar si estamos ante un trabajador por cuenta ajena u otro tipo de relación (mercantil o civil) es si el mismo tiene control sobre la sociedad o no⁴⁰. Como ya hemos reiterado, si seguimos estas tesis que admiten la doble naturaleza mercantil y laboral bajo un único sujeto, habrá de calibrarse las consecuencias jurídicas de este reconocimiento. En el caso de la retribución, si reconocemos que las percepciones nace de una relación laboral, las retribuciones consideradas salario estarán mucho más protegidas debido al carácter tuitivo del que dota a estas cantidades el derecho del trabajo⁴¹.

³⁸ MARÍN BENÍTEZ, Gloria: «La doctrina del vínculo y la deducibilidad fiscal de la retribución pagada al administrador social: evolución de la jurisprudencia de la Sala Tercera sobre la cuestión», *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, vol. 6, núm. 1, 2025, pp. 256 y 261. En relación con la naturaleza jurídica de las percepciones recibidas por los administradores ejecutivos, hay que señalar, que la Ley 27/2014 de 27 de noviembre sobre el Impuesto de Sociedades ya impuso un verdadero carácter salarial a estas cantidades. Naturaleza laboral de la retribución a efectos fiscales que corrobora recientemente el Tribunal Supremo, después de una gran cantidad de sentencias con pronunciamientos diversos. En este caso se trata de las remuneraciones satisfechas a los administradores que ostenten un contrato de alta dirección o relación ordinaria con la empresa. La sentencia determina que no son simples liberalidades. Sirva como referencia la STS, Sección 2.ª, núm. 75/2024 de 18 Ene. 2024 (rec. 4378/2022).

³⁹ ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, Segismundo.: «25 años de dogma: el fin de la doctrina del vínculo», *La Ley Mercantil*, núm. 22 (marzo), 2025 (recurso electrónico), p. 3.

⁴⁰ NÚÑEZ VARGAS, Javier.: «La condición laboral del consejero delegado en las sucesivas reformas legales y jurisprudencia comunitaria», *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 170, 2023, pp. 59.

⁴¹ Así lo advierte LÓPEZ AHUMADA, José Eduardo: «La relación laboral y la mercantil. La evolución de la teoría del vínculo y sus efectos en el control de las retribuciones de los consejeros: límites a los contratos de empleo de administración social», en HIERRO ANIBARRO, Santiago (dir.), *Retribución de consejeros*, Marcial Pons, Madrid, 2020, p. 157.

3. LA RETRIBUCIÓN DE LOS CONSEJEROS, LOS ADMINISTRADORES EJECUTIVOS Y EL PERSONAL DE ALTA DIRECCIÓN

La Ley de Sociedades de Capital es la encargada de disciplinar la remuneración de los Consejeros y de los Administradores ejecutivos. Por su parte el personal de alta dirección se regulará por el RD 1382/1985 aunque el Estatuto puede aplicarse en algunas cuestiones como veremos de manera supletoria. A la hora de establecer la retribución de los consejeros, los administradores ejecutivos y personal de alta dirección debemos tener en cuenta una serie de obligaciones legales comunes a las tres figuras. Aunque en la práctica societaria se utilicen indistintamente conceptos como retribución, en realidad los conceptos retributivos utilizados son muy similares con el concepto de salario recogido en el artículo 26 del Estatuto de los Trabajadores (incluyendo incluso conceptos idénticos en algunos casos). Sobre la diversa nomenclatura que utiliza el legislador para referirse a las cantidades recibidas por Consejeros, Administradores y Altos Directivos debemos entender que el concepto remuneración, con un alcance más general sería el que se usa para designar la cantidades que reciben los administradores en su condición de tales, por sus labores deliberativas y sin embargo las cuantías que reciben los administradores ejecutivos sí pueden considerarse retribución⁴². Es decir, lo que sí deja claro la Doctrina con relación a la retribución es que sólo se puede considerar o llamar salario a aquellas cantidades que proceden de un vínculo laboral, razón por la cual las prestaciones que reciben los Administradores ejecutivos tienen el nombre de retribución y no de salario⁴³.

De este modo, la regulación sobre la retribución de los consejeros y administradores ejecutivos aunque marcadamente mercantil, también puede verse afectada por el régimen laboral, especialmente si el vínculo con la sociedad es laboral y a su vez estar sometidos a la normativa mercantil sobre el régimen jurídico de la retribución de los administradores y los límites que éste le aplica. La importancia del carácter salarial, vía contrato laboral (o no), de las retribuciones de los Altos Directivos y Administradores incide también en el control que sobre dichas retribuciones puede ejercer la empresa. Es importante tener presente como ha recordado algún tribunal inferior que «El ET se refiere indistintamente a los términos "remuneración" [artículos 4.2.f), 9.2, 28 y 37.3], "retribución" [artículos 9.1, 11.2 y 17.1] y "salario" [artículos 12.2, 26.1, 28, 29.4, 33 y 50.1.b)]

⁴² PEDREÑO LÓPEZ, Carles: *El tratamiento jurídico-fiscal de la remuneración de los administradores*, Aranzadi, Navarra, 2018, pp. 94 y 95).

⁴³ TODOLÍ SIGNES, Adrián: *Salario y productividad: un análisis jurídico-económico de los complementos salariales variables vinculados a la productividad y a los resultados de la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia 2016, p. 149.

para referirse a la contraprestación debida por el empresario al trabajador derivada de la venta de la fuerza de trabajo por este último. Incluso no faltan otros términos afines tales como "crédito salarial" (art. 32.2), "obligaciones de naturaleza salarial" (art. 42.2) y "haber" (art. 58.3)»⁴⁴. En cualquier caso lo que sí recuerda la Jurisprudencia es que «Los principios básicos en que han de inspirarse y orientar las prácticas retributivas de las empresas son la transparencia, la racionalidad (mayor concreción y objetividad) y control de riesgos»⁴⁵.

Por ende insistimos en que lo importante en materia de salario a efectos de su protección laboral es conocer exactamente cuál es la base, la causa y/o el objeto que justifica la entrega de estas cantidades. La realidad es que sobre la naturaleza jurídica de los conceptos retributivos recibidos por estos sujetos no se ha pronunciado el Tribunal Supremo⁴⁶.

3.1 Fuentes de la retribución de los Consejeros, Personal de alta dirección y administradores ejecutivos

3.1.1 LOS CONSEJEROS

Las normas que se van a estudiar a continuación afectarían por lo tanto a los Consejeros simples y a los administradores ejecutivos que recordemos pueden haberse vinculado a la sociedad por medio de un contrato de personal de alta dirección al cual le aplicaríamos sin embargo esta normativa. El personal de alta dirección, en ocasiones, como ocurre con las sociedades cotizadas también puede verse afectado por las limitaciones que sobre retribución impone la LSC. La retribución de todos los administradores, incluidos los consejeros ejecutivos debe incluirse en los estatutos⁴⁷. Una vez determinado el cargo gratuito o no a través de los estatutos y del sistema de remuneración elegido, éstos se deben concretar mediante los acuerdos de la junta general y del órgano de administración. De este modo la retribución se fija siguiendo el siguiente orden:

⁴⁴ Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección 3.ª, Sentencia 500/2020 de 23 Jun. 2020, Rec. 112/2020.

⁴⁵ Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección 3.ª, Sentencia 500/2020 de 23 Jun. 2020, Rec. 112/2020.

⁴⁶ MARÍN BENÍTEZ, Gloria.: «La doctrina del vínculo y la deducibilidad fiscal de la retribución pagada al administrador social: evolución de la jurisprudencia de la Sala Tercera sobre la cuestión», *opus cit.*, p. 263. La autora, aboga por que estas cantidades se consideren verdaderas remuneraciones, es decir, que no se trata de meras liberalidades y que por ende, son deducibles fiscalmente.

⁴⁷ La DGRN que en su resolución de 31-10-2018 dijo: «cualquier emolumento que un administrador recibiera de la compañía que le hubiera nombrado se encontraría englobado en la relación orgánica, de manera que debería contar en todo caso con el correspondiente respaldo estatutario».

En primer lugar los estatutos debe incluir el sistema de retribución de los consejeros en su condición de tales (es decir los consejeros ordinarios y determinan los conceptos retributivos por los que se les puede remunerar. Así se deduce del contenido del artículo 217 y el artículo 23 e) de la LSC. Concretamente este último artículo dispone que los estatutos deben incluir: «e) El modo o modos de organizar la administración de la sociedad, el número de administradores o, al menos, el número máximo y el mínimo, así como el plazo de duración del cargo y el sistema de retribución, si la tuvieren». En segundo lugar la Junta General deberá acordar el importe máximo de remuneración anual de los administradores en las sociedades no cotizadas (LSC art. 217.3, primer inciso). Es decir, la Junta tiene la obligación de establecer la cuantía específica y aprobar durante el ejercicio el importe máximo al que puede llegar. Estas retribuciones se verán prorrogadas con carácter anual salvo que se requiera su reforma.

Por último en lo relativo a la regulación general del sistema de retribución, deberán determinarse el reparto de las concretas cantidades que recibirán los administradores (art. 217.3 LSC). Los responsables de distribuir la retribución serán los mismos administradores, o bien ellos mismos o bien a través del Consejo de Administración⁴⁸. Concretamente la retribución de los consejeros es una de las facultades que debe asumir el Consejo de Administración y que además no podrá ser delegada. Así lo dispone el artículo 249 bis de la LSC: «i) Las decisiones relativas a la remuneración de los consejeros, dentro del marco estatutario y, en su caso, de la política de remuneraciones aprobada por la junta general». Existen límites a estas retribuciones puesto que deben pactarse unas cantidades que no afecten negativamente al devenir y sostenibilidad de la sociedad⁴⁹.

Para la fijación de las retribuciones van a tenerse en cuenta las funciones que desempeñan los consejeros y administradores. En el caso de los administradores ejecutivos y la alta dirección la materialización de cuales sean esas cantidades quedará fijada mediante el contrato, laboral o mercantil, que les una a la sociedad pero teniendo como topes las cuantías fijadas por la Junta General. La remuneración fijada además tendrá otros límites como son aquellos que se derivan de la aplicación del apartado 4 del artículo 217. En este párrafo se

⁴⁸ LEÓN SÁNCHEZ, Francisco José: «Art. 217. Remuneración de los administradores», en JUSTE MENCÍA, Javier: (coord.), *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, Cizur Menor: Thomson Reuters-Civitas, Navarra, 2015, p. 283.

⁴⁹ MARTÍNEZ ALFONSO, Antonio: «Cuestiones prácticas en relación a la retribución de los administradores en el ámbito del derecho mercantil y tributario. Parte I.»; *Carta Tributaria*, núm. 105, 2023, p. 6 (la Ley 14760/2023).

exige que las cantidades que se pacten como remuneración sean proporcionadas y que «el sistema de remuneración establecido deberá estar orientado a promover la rentabilidad y sostenibilidad a largo plazo de la sociedad e incorporar las cautelas necesarias para evitar la asunción excesiva de riesgos y la recompensa de resultados desfavorables».

Esta cuestión es muy relevante en relación con los conflictos de intereses que pueden surgir en las compañías a la hora de fijar las retribuciones de los consejeros y administradores. Como se puede observar por la jurisprudencia, la mayoría de los problemas que llegan a los tribunales se producen por el incumplimiento de esta obligación, es decir, por un desajuste entre la retribución de los sujetos y la situación económica de la empresa⁵⁰. En relación con este requisito, recientemente el Tribunal Supremo ha declarado como guía para la fijación de la retribución que «siempre bajo la orientación legal de «promover la rentabilidad y sostenibilidad a largo plazo de la sociedad (...)». El criterio aportado por la norma es la proporcionalidad razonable entre la remuneración y la importancia de la sociedad y su situación económica en ese momento, así como los estándares de mercado de empresas comparables, si existieran»⁵¹. Defiende Peinado Gracia que lejos de la creencia de que la alusión a la sostenibilidad de la empresa puede ser un objetivo programático, sin embargo es un objetivo normativo y en concreto financiero y lo conectan con el deber general de diligencia que se les exige a los administradores vía artículo 225 de la LSC⁵². En este sentido, es importante reflexionar sobre cuál es el interés social que aparece como fin a la hora de retribuir a los administradores.

Por su parte la Jurisprudencia ha calificado como retribuciones tóxicas todas aquellas que contravienen por tanto este interés social. Así dispone que:

«los administradores societarios deban responder frente a la sociedad, los socios y los acreedores sociales de las cantidades percibidas cuando se trate de las llamadas «remuneraciones tóxicas» contrarias a los intereses sociales y a los límites que impone la conjunción del deber de lealtad societaria y la ética social. En este sentido, la sentencia 165/2004, de 5 de marzo, con cita de la de 4

⁵⁰ HERNANDO CEBRIÁ, Luis: «Una deconstrucción del sistema de remuneración de los administradores en las sociedades de capital cerradas», *CEFLegal: Revista práctica de derecho*. Comentarios y casos prácticos, núm. 238, 2020, p. 57.

⁵¹ STS Sala Primera, de lo Civil, núm. 194/2025 de 7 Feb. 2025 (rec. 4535/2020), resuelve una impugnación del acuerdo societario donde se pactaba una remuneración de 90.000 euros brutos para el administrador único de una sociedad que había obtenido un beneficio de 2.879.090,86 euros. Considera que se trata de una cantidad que cumple con los criterios marcados en el artículo 217.4 LSC.

⁵² PEINADO GRACIA, Juan Ignacio: «La «sostenibilidad a largo plazo de la sociedad» como criterio orientador del sistema de retribución de los administradores sociales», *Revista de derecho mercantil*, núm. 335, 2025, [Recurso electrónico], pp. 2 y 3.

octubre 1956, declara que el juzgador puede y debe revisar los acuerdos societarios "si el proceso ofrece demostración suficientemente razonable de que el organismo social se ha extralimitado... o ha causado lesión a la entidad en beneficio de algún socio"; la 1049/2006 de 24 octubre, que "los principios éticos que rigen los comportamientos sociales, que trascienden al orden jurídico, no permiten el aprovechamiento de situaciones de prevalencia o influencia personal para obtener beneficios futuros exorbitantes a cargo de otras personas, sin que existan razones que expliquen o justifiquen la desmesura"; y la 377/2007, de 29 de marzo, que "esta Sala ha tomado en consideración, para determinar la ilicitud de la retribución fijada en favor de los administradores sociales, además de su importe, la situación económica de la sociedad, la necesidad o no de la actuación de varios administradores retribuidos y las funciones a desempeñar, así como la finalidad o propósito perseguido, y la posibilidad o no de ser el impugnante administrador social"»⁵³.

El problema desde nuestro punto de vista es que el uso de conceptos indeterminados o poco cuantificables usados por el legislador como la «promoción de la rentabilidad y sostenibilidad» o «asunción excesiva de riesgos» pueden generar serias dudas en los sujetos encargados de establecer las retribuciones. Entendemos los riesgos que pueden producirse por el establecimiento de una mala política de retribuciones o por unas retribuciones excesivas, pero también consideramos que resulta excesivo que se ponga sobre los administradores la responsabilidad última del buen devenir de la compañía asociándolo a las retribuciones que se hayan pactado. Especialmente, teniendo en cuenta los controles a los que el legislador les ha sometido. Además de las obligaciones que recaen sobre la Junta General, el Consejo de Administración determinará la concreta distribución de la retribución entre los distintos administradores «en virtud de las funciones y responsabilidades que ostente cada administrador (Artículo 217. 3 LSC)».

El artículo 217.2 LSC enumera los diversos conceptos retributivos que puede recibir un administrador entre los que se encuentran: «una asignación fija, dietas de asistencia, participación en beneficios, retribución variable con indicadores o parámetros generales de referencia, remuneración en acciones o vinculada a su evolución, indemnizaciones por cese, siempre y cuando el cese no estuviese motivado por el incumplimiento de las funciones de administrador y los sistemas de ahorro o previsión que se consideren oportunos»⁵⁴. No se trata de una lista cerrada por lo que se pueden añadir diversas modalidades de retribución siempre y cuando cumplan con los requisitos previamente estable-

⁵³ STS, Sala 1.ª núm. 391/2012, 25 de Junio de 2012.

⁵⁴ Artículo 217.2 LSC.

cidos. La doctrina entiende que esta lista de conceptos retributivos no es taxativa en cuanto al número y diversidad de conceptos retributivos que pueden utilizarse⁵⁵. «Restan, claro es, ciertas dudas residuales acerca de cuál debe ser el grado mínimo de detalle legal exigible para que la cláusula estatutaria sea inscribible en el Registro Mercantil en atención a cada uno de los «conceptos» que componen o articulan el «sistema estatutario de remuneración»⁵⁶.

Se puede por lo tanto incluir vía estatutaria los diversos sistemas retributivos que podrán utilizarse, pero no se puede dejar en manos de la Junta la elección de cuáles se aplicaran sino que tienen que constar específicamente. En palabras de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, por lo tanto deben expresarse cuáles son los sistemas retributivos que se van a usar: «en ningún caso quede al arbitrio de la junta general su elección o la opción entre los distintos sistemas retributivos, que pueden ser cumulativos pero no alternativos»⁵⁷. También se percibe cierta flexibilidad a la hora de determinar cuáles serán las cuantías exactas que deban percibir. Así entiende el Tribunal Supremo que «la retribución de los administradores prevista en el art.20 de sus Estatutos estaba perfectamente determinada en los estatutos sociales, aunque no se fijase el *quantum*, siendo objeto de aprobación, tanto las retribuciones como los informes de remuneración del Consejo, por parte de la Junta General en fecha 13.4.2011, 19.4.2012, 18.4.2013, 9.5.2014 y 15.4.2013. [...]»⁵⁸.

El problema derivado del doble vínculo laboral en el que se encuentra un administrador ejecutivo o un personal directivo de una sociedad es que cualquier cambio relativo a las retribuciones de los administradores suponen una modificación de los contratos de alta dirección que tienen firmados con la sociedad. De este modo por ejemplo, si la sociedad decide modificar la política de retribuciones o la estructura de las mismas, esto supondría una modificación sustancial de las condiciones de trabajo del alto directivo que debería materializarse siguiendo la normativa laboral.

⁵⁵ GARCÍA DOMÍNGUEZ, Lázaro Enrique: «Las remuneraciones de los administradores tras la Ley 31/2014. Incidencias de las modificaciones a la Ley de Sociedades de Capital», *Revista de fiscalidad internacional y negocios transnacionales*, núm. 6, 2017, p. 118.

⁵⁶ FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis: «Acerca de la supuesta autonomía del contrato remuneratorio de los consejeros ejecutivos en relación con los estatutos y con el acuerdo de junta del art. 217 LSC (Lo que no dice la Resolución DGRN de 30 de julio de 2015)», *Diario La Ley*, núm. 8634, 28 de octubre 2015.

⁵⁷ Resolución Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGRN) de 5 Dic. 2023 (JUR\2024\4196).

⁵⁸ Entre otras, STS de 23 de septiembre de 2024 (recurso 86/23) y STS de 15 de julio de 2024 (recurso 6925/2022).

3.1.2 EL PERSONAL DE ALTA DIRECCIÓN

El régimen jurídico de la retribución aparece regulado en su normativa especial aunque de forma muy sucinta. Es decir, a pesar de ser la retribución uno de los elementos más significativos de este tipo de trabajadores, desde hace ya 25 años, el legislador no ha incluido ninguna modificación en relación con esta materia. El artículo 4.2.c) del RD 1382/1985, cuando regula el salario de los altos directivos, dispone que dicha estructura retributiva se realizará mediante el contrato de trabajo otorgando una gran libertad a las partes para configurar la retribución. De este modo, en el contrato de trabajo se deben especificar todos los conceptos retributivos que conformarán el salario del trabajador diferenciando muy especialmente entre aquellas que sean pagadas en metálico o en especie. Como derecho supletorio en materia retributiva además habremos de remitirnos a los preceptos estatutarios que regulan el salario aunque con una mayor flexibilidad.

Sin embargo, a pesar de la flexibilidad meritada el salario de los Altos cargos también está limitada en su negociación a algunos principios estatutarios y constitucionales fundamentales como puede ser la no discriminación, la transparencia salarial, la protección de datos relativa al salario, así como su sometimiento a un control y la licitud, posibilidad y determinabilidad de las cuantías que son pactadas entre las partes derivada de la aplicación de la regulación común sobre contratos⁵⁹. Por esta razón por ejemplo, a diferencia de lo que ocurre con los Consejeros, los Altos Directivos no pueden tener un cargo que no esté remunerado, es decir, no pueden renunciar a su salario ni a la indemnización por resolución⁶⁰. En este sentido recuerda el Tribunal Supremo que «siendo así que la indemnización es un efecto típico de casi todas las extinciones contractuales en materia laboral, incluidas las objetivas por justa causa e incluso la extinción debida a la mera llegada del término en los contratos temporales»⁶¹.

También la jurisprudencia en innumerables ocasiones se ha hecho eco del alto grado de autonomía que debe mediar en la regulación atinente a esta materia: «precisamente por estas características de la relación que une al directivo con la empresa se ha optado por proporcionar un amplio margen al pacto entre las partes de esta relación, como elemento de configuración del contenido de la misma, correspondiendo a la norma por su parte el fijar el esquema básico de la materia a tratar en el contrato, profundizando más en cuestiones, como

⁵⁹ Así se recoge en los artículos 1255, 1256 y 1258 del Código Civil.

⁶⁰ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio y MERCADER UGUINA, Jesús R.: «Alta dirección y carácter irrenunciable de la indemnización por desistimiento», *Revista de Información Laboral*, núm. 9.

⁶¹ STS, de 22 Abril de 2014 (Rec. 1197/2013).

por ejemplo, las relativas a las causas y efectos de extinción del contrato, respecto de las que se ha considerado debía existir un tratamiento normativo más completo, al ser menos susceptibles de acuerdos entre partes»⁶².

Por su parte la Unión Europea también nos recuerda la necesidad de informar adecuadamente a los trabajadores como son los altos cargos sobre algunos aspectos relacionados con la retribución. Concretamente exige que «La información que se proporcionará sobre la remuneración debe comprender todos los componentes de la remuneración indicados de forma separada, incluidas, si procede, las retribuciones en metálico o en especie, el pago de horas extraordinarias, las primas y otros derechos, recibidos directa o indirectamente por el trabajador en razón de su trabajo. El suministro de dicha información se entiende sin perjuicio de la libertad para los empleadores de proporcionar elementos de remuneración adicionales, como los pagos únicos. El hecho de que determinados elementos de la remuneración debida por ley o mediante convenio colectivo no se hayan incluido en la información no constituye una razón para no abonárselos al trabajador»⁶³. Por último y en relación con las medidas de control de la retribución a la que se ven sometidas estas figuras, debemos incluir el artículo el art. 5.1 del RD 902/2020 que incluye al personal directivo en relación con las obligaciones relativas al registro retributivo⁶⁴.

En la práctica los principales problemas relativos al régimen jurídico de la retribución del personal de Alta Dirección afectan a las cantidades que le son debidas como salario variable, a las que nos referiremos con posterioridad y al cálculo de sus indemnizaciones por resolución del contrato⁶⁵. En este contexto es muy importante comprobar la naturaleza salarial o extrasalarial de estas cantidades. Especial incidencia han tenido también las resoluciones sobre las cantidades recibidas de los pactos de competencia postcontractual, pero

⁶² Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de 22 de abril de 2014 (rec. núm. 1197/13). Esta sentencia obtuvo un voto Particular que entendía como válido el acuerdo contractual mediante el cual el Alto Cargo renunciaba a la indemnización por resolución siempre y cuando se cumpliera un preaviso de tres meses.

⁶³ Directiva 2019/1152 del parlamento europeo y del consejo de 20 de junio de 2019 relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea.

⁶⁴ Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres.

«Artículo 5. Normas generales sobre el registro retributivo.

1. De conformidad con lo establecido en el artículo 28.2 del Estatuto de los Trabajadores, todas las empresas deben tener un registro retributivo de toda su plantilla, incluido el personal directivo y los altos cargos».

⁶⁵ Tanto el personal de alta dirección (Artículo 11 del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto como los consejeros ejecutivos (art. 217) pueden recibir cantidades derivadas de indemnizaciones por cese. La sentencia del Alto Tribunal en su sentencia núm. 646/2018, 20 de noviembre de 2018 reconoce el derecho al pago de la indemnización a un consejero ejecutivo con acciones en la sociedad que a través de un contrato de alta dirección tenía pactada la meritada indemnización.

debido al alcance limitado de esta investigación no podemos detenernos en profundidad sobre ellos ⁶⁶.

Por último y a la vista del régimen jurídico expuesto, lo que habremos de preguntarnos es si estos límites que son propios de la regulación laboral serían también exigibles en el caso de los administradores ejecutivos. Adelantamos ya la respuesta negativa salvo que la relación jurídica que vincula al administrador ejecutivo y a la Sociedad sea un contrato laboral de Alta Dirección.

3.1.3 ADMINISTRADORES EJECUTIVOS

Como ya hemos repetido en innumerables ocasiones la LSC es la encargada de ordenar la retribuciones de los consejeros y los administradores. Como punto de partida debemos insistir en que los Administradores ejecutivos podrán ejercer sus funciones de manera gratuita, al menos así se deduce de lo regulado en el artículo 217 de la LSC, ya que si no se recoge en los estatutos su retribución, el cargo se entenderá gratuito, aunque no suele ser lo normal, al menos en el caso de los Administradores con funciones ejecutivas. Las normas sobre buen gobierno corporativo y la Ley Mercado de Capitales han tenido como objetivo promover un mayor control y transparencia sobre la cantidades percibidas por los gestores de las empresas ⁶⁷. Se entiende que una férrea vigilancia llevará a que las cantidades percibidas se encuentren alineadas con la situación económica y el devenir de la sociedad ⁶⁸. Con el mismo objetivo de control de las retribuciones se publica en nuestro país la Ley 5/2021 de 12 de abril que traspone una importante Directiva europea sobre la relevancia del papel de los accionistas, donde se dispone la necesidad de que exista una clara política de remunera-

⁶⁶ Recientemente se ha pronunciado el Tribunal Supremo sobre el carácter salarial de estas cantidades en la sentencia 336/2025 de 22 Abr. 2025, Rec. 3698/2023) donde afirma «la dicción de la cláusula pactada contempla, no sólo que la cuantía asignada es parte integrante del salario –afirma la naturaleza salarial a todos los efectos–, sino también la remisión a una cifra porcentual hasta alcanzar el salario pactado, concurriendo además las circunstancias de no haberse ni siquiera mencionado la asignación de ninguna partida a la obligación de no concurrencia en la oferta en firme del contrato y permanecer invariable el salario ofertado y posteriormente plasmado en el contrato, pero con la minoración de esa partida»; Sobre la desproporción que puede tener en determinados supuestos la cantidad a restituir por el trabajador en virtud de lo pactado en el artículo 21.2 ET *vid.* STS 1163/2023 de 14 Dic. 2023, Rec. 494/2021, la STS 893/2016, 26 de octubre de 2016 (rcud 1032/2015) o la STS 9 de febrero de 2009 (rcud 1264/2008).

⁶⁷ FERNÁNDEZ MÉNDEZ, Carlos; ARRONDO GARCÍA, Rubén y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Enrique: «Incidencia de las comisiones de nombramientos y retribuciones sobre las remuneraciones de los consejeros ejecutivos», *Cuadernos de economía y dirección de la empresa*, vol. 15, núm. 1, 2012, p. 34.

⁶⁸ COHEN BENCHETRIT, Amanda: «Perspectiva laboral y mercantil de la retribución de los administradores sociales. La teoría del vínculo» en AA.VV. (OLMEDO PERALTA, Eugenio (coord) GALACHO ABO-LAFIO, Antonio F.; GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, María Belén (dir.) COHEN BENCHETRIT, Amanda (dir.): *Derecho de sociedades: revisando el derecho de sociedades de capital*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 1022.

ción que incluya los diversos conceptos que se incluyen en la remuneración de los administradores⁶⁹.

Esta función de control también ha sido remarcada por el Tribunal Supremo que en una reciente sentencia recuerda que «la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, aplicable desde el 1 de enero de 2015 [...] aspira a satisfacer una finalidad propia de protección al accionista minoritario, a fin de garantizarle que no serán los propios administradores los que, de un modo directo o indirecto, dispongan su propia retribución, el modo de establecerla o su cuantía»⁷⁰.

En principio la LSC al regular las retribuciones de los administradores ejecutivos no repara en la naturaleza del vínculo porque en realidad lo relevante para el legislador en ese momento era limitar las elevadas cantidades que recibían los administradores ejecutivos y el personal de alta dirección así como su control por la Junta. Así, ante la duda de unas bondadosas intenciones por parte de los directivos y consejeros en relación con los beneficios de la empresa, los accionistas, a través del gobierno corporativo y especialmente del consejo de administración, instrumentalizado a través de la comisión de nombramientos y retribuciones, actúan en defensa de los propietarios de la empresa⁷¹.

Además, la retribución de los administradores deberá ser fijada en los estatutos, en virtud de lo regulado en el art. 217 LSC. Concretamente, la fijación de la retribución de los Administradores Ejecutivos y de los Altos Cargos aparece regulado en el artículo 249 LSC en su apartado tercero y cuarto. La fijación se llevará a cabo tras su designación por medio de un contrato que debe ser aprobado por las dos terceras partes del Consejo de Administración, incluyendo como parte esencial del contenido de dicho contrato «todos los conceptos por los que pueda obtener una retribución por el desempeño de funciones ejecutivas».

Ese contrato al que se refieren los apartados 3 y 4 del artículo 217 LSC es el que va a determinar el sistema de retribución y las cantidades y conceptos retributivos que recibirán los sujetos implicados. Recientemente se ha publicado una interesante sentencia sobre la necesidad o no de suscribir este tipo de contrato con los administradores ejecutivos cuando el cargo es ejercido de manera gratuita. Entiende el órgano juzgador que si el cargo no lleva retribu-

⁶⁹ Se trata de la Directiva (UE) 2017/828 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de mayo de 2017 por la que se modifica la Directiva 2007/36/CE en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas.

⁷⁰ STS Sala Tercera (Contencioso Administrativo), núm. 449/2024 de 13 marzo 2024.

⁷¹ SÁNCHEZ MARÍN, Gregorio; BAIXAULI SOLER, J. Samuel y LUCAS PÉREZ M. Encarnación: «Retribución de la alta dirección, estructura del consejo administrativo y resultados», en coord. por COSSÍO SILVA, F. J.: *Administrando en entornos inciertos*, XXIII Congreso Anual AEDEM, Sevilla, ESIC, 2009, p. 3.

ción alguna aparejada a las funciones ejecutivas, entonces no es necesario la celebración de ningún contrato vía artículo 249 LSC⁷². Concretamente dispone que «la aceptación del cargo no justifica la necesidad de contrato en todo caso y tampoco otros posibles términos de la relación que la sociedad no tenga interés en imponer al consejero delegado. Tal exigencia de contrato no está justificada cuando no hay retribución de los consejeros por el desempeño adicional de funciones ejecutivas»⁷³.

La duda que surge en los Tribunales es si los administradores con funciones ejecutivas deben seguir las normas generales recogidas en los artículos 217 a 220 LSC que como hemos explicado en el apartado anterior afectan a los consejeros en su condición de tales o si se les excluye de estas obligaciones. Parece que las últimas sentencias apuntan a una mayor flexibilidad en el cumplimiento de estos requisitos generales. Especialmente debatido por la doctrina y la jurisprudencia ha sido la necesidad de incluir o no las retribuciones de los Administradores en la reserva estatutaria. Parece que según la Jurisprudencia reciente sí será necesario que el sistema de retribución aparezca en los estatutos y que se fije el tipo de retribución que recibirán los administradores, lo que no será necesaria es la inclusión de cuáles serán las cuantías concretas que recibirán estos sujetos.

⁷² Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (secc. 28.ª), de 4 de octubre de 2024, núm. 311/2024 (ECLI: ES: APM:2024:12956).

⁷³ Artículo 249. Delegación de facultades del consejo de administración.

1. Cuando los estatutos de la sociedad no dispusieran lo contrario y sin perjuicio de los apoderamientos que pueda conferir a cualquier persona, el consejo de administración podrá designar de entre sus miembros a uno o varios consejeros delegados o comisiones ejecutivas, estableciendo el contenido, los límites y las modalidades de delegación.

2. La delegación permanente de alguna facultad del consejo de administración en la comisión ejecutiva o en el consejero delegado y la designación de los administradores que hayan de ocupar tales cargos requerirán para su validez el voto favorable de las dos terceras partes de los componentes del consejo y no producirán efecto alguno hasta su inscripción en el Registro Mercantil.

3. Cuando un miembro del consejo de administración sea nombrado consejero delegado o se le atribuyan funciones ejecutivas en virtud de otro título, será necesario que se celebre un contrato entre este y la sociedad que deberá ser aprobado previamente por el consejo de administración con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros. El consejero afectado deberá abstenerse de asistir a la deliberación y de participar en la votación. El contrato aprobado deberá incorporarse como anejo al acta de la sesión.

4. En el contrato se detallarán todos los conceptos por los que pueda obtener una retribución por el desempeño de funciones ejecutivas, incluyendo, en su caso, la eventual indemnización por cese anticipado en dichas funciones y las cantidades a abonar por la sociedad en concepto de primas de seguro o de contribución a sistemas de ahorro. El consejero no podrá percibir retribución alguna por el desempeño de funciones ejecutivas cuyas cantidades o conceptos no estén previstos en ese contrato.

El contrato deberá ser conforme con la política de retribuciones aprobada, en su caso, por la junta general».

Así, la posición de los tribunales parece firme en cuanto a que el sistema de retribución debe fijarse en los estatutos sociales de forma clara y precisa y los estatutos deben prever no solo el sistema de retribución sino también la propia retribución, es decir, también se debe prever que la Junta fije la retribución del administrador con funciones de gerencia aunque no es necesaria ni una cuantía concreta ni un porcentaje concreto siempre que dicha retribución no supere el importe máximo pactado por la Junta. Además la Junta debe concretar el sistema de retribución. Sin embargo, la cuantía concreta que perciba el administrador por sus funciones ejecutivas puede quedar fuera de la reserva estatutaria ⁷⁴.

Entiendo que en la práctica este control férreo de las retribuciones puede llevar a generar muchas dudas a la hora de establecer las cláusulas estatutarias relativas a la retribución. Sin embargo, si lo observamos desde el prisma de la legislación laboral, es especialmente importante que aquellos administradores que van a celebrar un contrato laboral especifiquen y concreten toda la información relativa a su salario pues se trata de una materia especialmente protegida por la disciplina.

Recordemos que la Junta General también debe incluir la remuneración global anual para el conjunto de administradores, es decir cómo queda repartida la retribución entre los administradores. Así mismo, el artículo 260 de la LSC dispone que la junta deberá publicar una memoria donde conste «El importe de los sueldos, dietas y remuneraciones de cualquier clase devengados en el curso del ejercicio por el personal de alta dirección y los miembros del órgano de administración, cualquiera que sea su causa, así como de las obligaciones contraídas en materia de pensiones o de pago de primas de seguros de vida o de responsabilidad civil respecto de los miembros antiguos y actuales del órgano de administración y personal de alta dirección. Cuando los miembros del órgano de administración sean personas jurídicas, los requerimientos anteriores se referirán a las personas físicas que los representan». Por último, el salario individual queda fijado en virtud de las funciones que desempeñan tanto administradores como altos directivos. También la doctrina ha señalado que en estos términos, la especificación de cuáles sean esas funciones y las retribuciones que reciben los administradores y altos cargos debe cumplir con las normas sobre no discriminación salarial ⁷⁵.

⁷⁴ Sentencia Contencioso-Administrativo del Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda, Rec. 548/2019 de 11 de enero del 2023).

⁷⁵ Aunque no prosperó en sus intenciones, recientemente un directivo de televisión reclamó discriminación por percibir un salario inferior al de sus compañera. Se descarta discriminación salarial por ra-

4. MODALIDADES DE RETRIBUCIÓN

Como hemos visto, la regulación de la retribución de los consejeros aparece recogida en diversos artículos de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante «LSC») que afectan también a la remuneración de los consejeros ejecutivos y los Altos Cargos. Mas allá de los problemas de reconocimiento sobre la laboralidad de estos trabajadores y su deslinde, si es que es posible, el régimen retributivo no plantea muchas dificultades en su configuración teórica. Sí los tiene en su aplicación práctica. Como señala Ferradans Camarés «la elección del sistema retributivo óptimo es una cuestión compleja, condicionada por múltiples factores que han de ser suficientemente ponderados, entre otros, las funciones y responsabilidades vinculadas al ejercicio del cargo, el tamaño y sector de la empresa, la estructura de la propiedad y el control de la organización social, la composición del órgano de dirección y supervisión, etc.»⁷⁶.

Es cierto que en relación con las modalidades retributivas que pueden recibir tanto los Consejeros como el personal de Alta Dirección y Administradores ejecutivos reciben una retribución muy similar inspirada principalmente por las normas mercantiles. Por esta razón, se ha decidido abordar el estudio de los diversos conceptos retributivos de manera conjunta aunque tengan origen en regímenes jurídicos distintos, laboral y mercantil concretamente. De esta manera también se puede observar cómo tratándose de tipologías similares de remuneración, la labor tuitiva del derecho del trabajo en el caso del personal de alta dirección tiene una manifiesta significación a la hora de resolver los posibles conflictos que se produzcan.

4.1 Retribución fija

El salario fijo del personal de Alta Dirección será la cantidad que como tal aparezca estipulada en el contrato de trabajo. La principal cualidad del salario fijo de este tipo de trabajadores es que su percepción no puede vincularse al cumplimiento de ninguna condición o requisitos externos relacionados con la empresa como sí ocurre con el salario variable. Sí podrán incluirse como parte del salario fijo complementos personales del trabajador. Se trata de una

zón de sexo alegada por alto directivo de televisión pública canaria respecto de otras directoras (TSJ Canarias, Sala de lo Social, Sentencia 153/2024, 29 Feb. Rec. 722/2023 (La Ley 76755/2024)).

⁷⁶ FERRADANS CAMARÉS, Carmen: «Las retribuciones variables de Altos Directivos, o Miembros de Consejo de Administración, de Empresas receptoras de Fondos Públicos, *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, núm. 6, 2022, p. 73.

cantidad entendida como salario base y que se pagará de forma periódica aunque no necesariamente debe tener carácter mensual, si no que será el pactado en el contrato. Siguiendo las Directrices del Banco de España sobre políticas de remuneración adecuadas con arreglo a la Directiva 2013/36/UE la remuneración fija debe cumplir las siguientes características:

«131. La remuneración será fija cuando las condiciones para su concesión y su importe: a. se basen en criterios predeterminados; b. no sean discrecionales y reflejen el nivel de experiencia profesional y la antigüedad del personal; c. sean transparentes con respecto al importe individual concedido a cada miembro del personal; d. sean permanentes, es decir, que se mantengan durante un periodo de tiempo ligados a la función y a las responsabilidades concretas en la organización; e. sean irrevocables; el importe permanente solamente podrá modificarse a través de negociación colectiva o tras una renegociación de acuerdo con criterios nacionales de fijación de salarios; f. no puedan reducirse, suspenderse o cancelarse por la entidad; g. no ofrezcan incentivos para la asunción de riesgos, y h. no dependan de los resultados»⁷⁷.

La retribución fija puede estar constituida por cantidades globales pactadas que se prorratean o también puede ser una cuantía máxima que se recoja en la reserva estatutaria. Se considera que será más favorable de cara a su justificación y control anual frente a la Junta General que la temporalidad entre un pago y otro no supere el año⁷⁸.

Los Consejeros recibirán una retribución fija con carácter general, además de otras percepciones en el caso de que forman parte de alguna comisión así como las cuantías que reciban por la dietas derivadas del ejercicio de su actividad⁷⁹. En el caso de las cuantías fijas recibidas por los Consejeros simples, no hay ningún problema en que su determinación se deje en manos de la Junta de año en año. Así lo ha admitido el Tribunal Supremo «Por un lado, no deja lugar a dudas de que se fija un sistema de retribución, "una cantidad fija de dinero", y por otro, un procedimiento para su determinación, "por acuerdo de la junta general fijado anualmente"»⁸⁰. Por lo tanto no se plantean especiales problemas en relación con el concepto «asignación fija». Sólo es necesario que se mencionen en los estatutos sin ninguna exigencia adicional⁸¹. Recordemos que el ar-

⁷⁷ Directrices sobre políticas de remuneración adecuadas con arreglo a la Directiva 2013/36/UE (EBA/GL/2021/04), p. 37.

⁷⁸ GIMENO RIBES, Miguel: *Régimen jurídico de los sistemas de retribución de los administradores sociales*, Marcial Pons, 2021, Madrid, p. 85.

⁷⁹ HIERRO ANIBARRO, Santiago: «De rerum natura» del contrato de funciones ejecutivas», *opus cit.*

⁸⁰ EDJ 2015/80705 STS (Civil) de 9 abril de 2015.

⁸¹ FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis: «Acerca de la supuesta autonomía del contrato remuneratorio de los consejeros ejecutivos en relación con los estatutos y con el acuerdo de junta del art. 217 LSC (Lo que no dice la Resolución DGRN de 30 de julio de 2015)», *opus cit.*

título 217.3 dispone que «el importe máximo de la remuneración anual del conjunto de los administradores en su condición de tales deberá ser aprobado por la junta general y permanecerá vigente en tanto no se apruebe su modificación». Se entiende que en el caso de los Consejos de Administración esa cantidad debe de repartirse entre todos los que ostenten el cargo de administradores con independencia de que a los consejeros ejecutivos se le adicione otras cantidades en virtud de las funciones que desempeñan pues el régimen retributivo es distinto al no ser sometido al control anteriormente mencionado.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 217.2 LSC el administrador ejecutivo por lo tanto también puede cobrar una remuneración fija. «La retribución fija es aquella retribución que se basa en criterios predeterminados con una periodicidad de pago preestablecida cuya percepción no depende de los resultados y, en consecuencia, tampoco va ligada a la asunción de riesgos. La retribución fija no se puede modificar, reducir, cancelar o exigir su devolución. También tienen la consideración de retribución fija los paquetes habituales de empresa, los complementos por la función o el cargo que se desempeñe o por el ejercicio del cargo en otro país»⁸².

Como ya hemos señalado además de las funciones que se van a desempeñar, también se tendrá en cuenta para fijar el salario base, cuál es la situación del mercado. Además el contrato debe especificar concretamente todos los factores que son tenidos en cuenta para fijar la retribución⁸³. El problema de la cuantía fija aparece en el caso de los Administradores con funciones ejecutivas. En primer lugar no queda claro si éstos pueden recibir una cantidad fija por sus funciones deliberativas y además recibir otra en virtud del contrato laboral que pueda tener fijado con la sociedad. O si esa cantidad fija debe pactarse en tal caso sólo a través del contrato que tenga con la sociedad ya sea mercantil o laboral. Si tenemos en cuenta la doctrina del vínculo, prevalece la cantidad que tenga fijada en virtud de su relación mercantil y no laboral. Además, entendemos que, si la cantidad fija que recibe un administrador ejecutivo nace de un contrato laboral esta cuantía debe considerarse salario.

Además a ello debemos unir que el establecimiento de una asignación fija (art. 217.2, LSC) a los Administradores pueden suponer problemas en la práctica derivados de la gran amplitud de facultades que se otorga a éstos a la hora de determinar las cantidades que van a recibir. Ante ello Sánchez Rus se pregunta, ¿la junta goza de plena discrecionalidad para determinar la cuantía

⁸² LEÓN SANZ, Francisco José: «La política de remuneraciones de los administradores en las sociedades de capital», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 324, 2022, Civitas (BIB\2022\2530).

⁸³ GUTIÉRREZ GILSANZ, Javier: «La retribución de los altos directivos como condición básica de sus contratos», *opus cit.*, p. 12.

fija de los administradores? Lo lógico será que se exija «algún tipo de concreción adicional, como sería la cuantificación de la retribución o la indicación de mecanismos para su fijación, sin perjuicio de que el pago pueda quedar subordinado a la obtención de ciertos resultados»⁸⁴.

La retribución fija debe ser suficiente y es una parte importante de las retribuciones que reciben los administradores ejecutivos y los altos directivos. Además suele ser la cuantía más sencilla de comparar en relación a la situación del mercado. De hecho algunos conceptos incluidos como retribución variables toman como referencia el salario o base o cantidad fija para su cálculo. Sin embargo, no podemos olvidar que a pesar de la nota de suficiencia que se le exige, también en su fijación se deberá tener en cuenta que estos salarios son uno de los costes más elevados que tienen las empresas y que por ende deben ser cantidades que permitan el mantenimiento de la compañía⁸⁵.

Por su parte los Altos directivos también tienen derecho a una remuneración fija, que además está protegida por el ordenamiento laboral. De esta forma, cualquier cambio en el sistema de retribución pactado para los Altos Directivos, como pudiera ser la modificación de los sistemas de retribución deberán realizarse mediante un sistema de modificación sustancial de condiciones de trabajo. Así lo establece la jurisprudencia que considera que el cambio de parte del salario fijo a variable de los Altos Directivos de una empresa constituye una modificación sustancial y que por lo tanto la empresa, deberá adaptarse a las exigencias estatutarias al respecto⁸⁶.

4.1.1 RETRIBUCIÓN VARIABLE

La retribución variable es otra de las modalidades particulares de retribución de los administradores y los altos cargos. La retribución variable consiste en retribuir una parte de la remuneración de los trabajadores, según lo dispuesto en el art. 26.3 ET que consiste en un complemento salarial, «fijados en función de circunstancias relativas a las condiciones personales del trabajador o al trabajo realizado o a la situación y resultados de la empresa». En palabras del Tribunal Supremo «una importante herramienta de organización empresa-

⁸⁴ SÁNCHEZ RUS, Heliodoro: «Las cláusulas estatutarias relativas a la retribución de los administradores en las sociedades de capital», *La Ley Mercantil*, núm. 14, 2015 (La Ley 3286/2015).

⁸⁵ AGUILAR PASTOR, Eva María: «El diseño de la retribución de los directivos y su efecto sobre los resultados empresariales», *Economía industrial*, núm. 333, 2000 (Ejemplar dedicado a: La internacionalización de la empresa española), pp. 138 y 139.

⁸⁶ Ejemplo de ello es la STS núm. 480/2019 de 20 Jun. 2019 (Rec. 98/2018).

rial, mediante la cual, según las circunstancias de mercado y la propia organización empresarial, se incentivarán más los objetivos globales de productividad que los objetivos de productividad individual, se primarán estos últimos sobre los primeros, o se combinarán ambos objetivos, lo que se obtiene normalmente mediante la atribución de pesos diferenciados a unos u otros objetivos, según las finalidades perseguidas»⁸⁷.

En el caso de los altos directivos estos salarios variables suelen adoptar la forma de bonus. Se trata de cantidades que se adicionan a su salario y que está vinculada a los resultados de la empresa. Como el hecho del que traen causa puede producirse o no, estos conceptos no tendrán carácter consolidable⁸⁸. Por su parte los consejeros podrán recibir algún tipo de cantidad relacionada con los beneficios de la empresa o acciones de la misma aunque no es una de las formas que se aconsejan para remunerarles. Concretamente, el Código de Buen Gobierno dispone en relación con la retribución variable de los Consejeros que:

«Es conveniente que los consejeros no ejecutivos queden excluidos de las remuneraciones variables ligadas al rendimiento de la sociedad y del consejero así como de la entrega de acciones, opciones u otros instrumentos financieros y de los sistemas de ahorro y previsión social, con algunas excepciones. Se pretende con ello evitar los potenciales conflictos de intereses que afectarían a los consejeros externos cuando tengan que enjuiciar prácticas contables u otro tipo de decisiones que puedan alterar los resultados inmediatos de la sociedad, si tales resultados y valores tuvieran efectos retributivos para ellos»⁸⁹.

En el caso de los Consejeros y Administradores ejecutivos la validez de este tipo de retribuciones se supedita al acuerdo general recogido en el artículo 217 a los que se deben unir los acuerdos para determinar el porcentaje de salario correspondiente de la participación en beneficios (218) así como la concreción del número máximo de acciones y su precio (219) en el caso de que se opte por estos sistemas retributivos⁹⁰. A estas modalidades nos referiremos más adelante.

⁸⁷ Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia 437/2020 de 11 Jun. 2020, Rec. 168/2019. Y continúa, «Las retribuciones variables pueden asociarse al trabajo realizado individualmente por el trabajador y al mayor esfuerzo realizado, mientras que las retribuciones por productividad empresarial vienen referidas, no tanto al rendimiento individual, sino a la productividad global de la empresa o unidades inferiores (departamentos, unidades de gestión), en los que intervienen, además del despliegue de medios personales de la empresa, elementos independientes del trabajo realizado directamente por el trabajador, como cifras de facturación, índice de ventas o de producción, entre otras».

⁸⁸ GÓRRIZ VITALLA, Ramón: «Un salario variable a través de la participación en los beneficios», *Revista Derecho Social y Empresa*, núm. 5 (2016) p. 209.

⁸⁹ CNMV: «Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas», Revisado 2020, p. 49.

⁹⁰ GARCÍA DOMÍNGUEZ, Lázaro, Enrique: «Las remuneraciones de los administradores tras la Ley 31/2014. Incidencias de las modificaciones a la Ley de Sociedades de Capital», *opus cit.* p. 122.

El nacimiento de este sistema retributivo parte de una decisión empresarial, en este caso de la Junta y se instrumentaliza en el caso de los administradores ejecutivos y altos directivos mediante un contrato. Es por ello que cobra sentido abordar la fijación de la retribución variable con el foco puesto, como indica Mercader Uguina en dos principios fundamentales: el principio de objetividad y el principio de transparencia. De este modo explica que «El principio de objetividad se encontraría dotado de distintas dimensiones o elementos que se proyectarían sobre las exigencias vinculadas con el propio diseño de todo modelo de retribución variable. De este modo, requeriría que se cumpliera con las exigencias de idoneidad; reciprocidad de intereses; objetividad en la determinación de los criterios de variabilidad; proporcionalidad en el devengo y reparto mancomunado. Por su parte, el "principio de transparencia e información" se opone a ideas como la "no comprensión" o "desconocimiento" y, en último extremo, a la "opacidad"»⁹¹.

Por lo tanto, la primera preocupación en relación con la fijación de las cantidades que reciben como salario variable tanto consejeros, como administradores ejecutivos y altos cargos será su determinabilidad para que la Junta o la empresa, si se trata del personal de alta dirección, pueda tener un control real sobre la misma. Los Tribunales como indicábamos han sido los encargados de establecer los límites de la negociación de este tipo de retribución y recuerdan en primer lugar sobre sus fuentes reguladoras que «sea cual fuere su fuente –convencional, contractual o concesión unilateral de la empresa– el despliegue de estos complementos requiere que se pacte el modo de calcularlos, así como su carácter consolidable o no, puesto que, si no se pactase este último extremo, se considerará que no tienen carácter consolidable»⁹². En este modo de calcular habrá de tenerse en cuenta los principios antes mencionados de manera que no deben estar fijados en base a unos objetivos indeterminados e irracionales y se deben hacer pender a su vez de hechos o eventos congruentes, reales, lógicos y verosímiles⁹³. En relación con el principio de objetividad, es claro que la retribución variable no puede ser fijada al arbitrio de una de las partes y por lo tanto es obligación de

⁹¹ MERCADER UGUINA, Jesús Rafael: «Retribución variable y principios del Derecho del Trabajo», *Revista Derecho Social y Empresa*, núm. 5, 2016 (Ejemplar dedicado a: La Retribución variable: una clave esencial en la gestión empresarial), pp. 80 y 81.

⁹² Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia 437/2020 de 11 Jun. 2020, Rec. 168/2019 RJ/2020\2603.

⁹³ Por todas *vid.* STS Sala 4.ª de 25 Mar. 2014, Rec. 140/2013, RJ\2014\2228, MERCADER UGUINA, Jesús R. y TORRONTÉGUI AYO, Nerea: «Retribución variable y los indicadores financieros como criterio para su determinación», *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo Laborum* núm. 1, 2021, p. 97)

la empresa determinar con exactitud los criterios que den derecho a su cobro pues la falta de concreción no va a evitar que tenga que pagarlo ⁹⁴.

El 217 en su apartado d) LSC recoge la retribución variable con indicadores o parámetros generales de referencia. Por lo tanto, la Junta tiene la obligación de fijar con antelación qué indicadores o parámetros sirven de base para fijar las cuantías ⁹⁵. Como señala la doctrina este tipo de retribución está sometida a una gran casuística que se dirime en los Tribunales que han debido resolver asuntos relacionados con su naturaleza jurídica, con el nacimiento de la obligación sobre su devengo y sobre la materialización de las cuantías que se deben percibir ⁹⁶. En relación con la admisión de este tipo de conceptos retributivos los Tribunales han señalado el grado de determinación que deben tener los «indicadores o parámetros» que vayan a utilizarse. En este sentido, la DGR-MYFP ha exigido a la Junta General que explice exactamente cuáles serán los parámetros que se van a utilizar aunque admite una interpretación flexible ⁹⁷.

Especial atención merecen los conflictos que se generan a la hora de modificar la retribución variable de los trabajadores y que se puede extender tanto a los altos directivos como a los administradores ejecutivos que están sometidos a estos sistemas. La pregunta que debemos hacernos en estos casos es si la alteración por parte de la Junta General de los sistemas de remuneración variable o de la forma de calcular su cuantía (cuestión esta que puede producirse con relativa facilidad debido al control anual de retribuciones), supone o no una modificación sustancial de condiciones de estos sujetos. En la mayoría de las sentencias de la Sala Cuarta, si bien es cierto que resolviendo conflictos colectivos, se permite a la empresa modificar estos sistemas de retribución variables siempre y cuando no sean sustanciales. Por lo tanto solo estaremos antes una modificación sustancial «cuando la condición de trabajo de que se trate esté reconocida con carácter consolidable y no sea de determinación periódica discrecional a cargo de la empresa, razón por la que la modificación sustancial requerirá la concurrencia de las razones que exige el apartado 1 de aquel precepto legal, lo que no es el caso cuando la propia retribución variable es de configuración discrecional y periódica por parte de la entidad empleado-

⁹⁴ STS núm. 434/2024 de 6 Mar. 2024, Rec. 316/2021 y STS de 9 Jul. 2013, Rec. 1219/2012.

⁹⁵ GÓMEZ LÓPEZ, Eduardo: «El mero consejero en su condición de tal. Problemas de retribución», en AA.VV. COHEN BENCHETRIT, Amanda, GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M.ª Belén, GALACHO ABOLAFIO, Antonio F., OLMEDO PERALTA, Eugenio (coord): *Derecho de sociedades Cuestiones sobre órganos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 607.

⁹⁶ FERRADANS CAMARÉS, Carmen: «Las retribuciones variables de Altos Directivos...», *opus cit.*, p. 98.

⁹⁷ Resolución Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGRN), Resolución de 21 Oct. 2024 (JUR\2024\453897) indica que según el artículo 217 de la Ley de Sociedades de Capital se exige que se determinen estos parámetros de referencia.

ra». Incluso se admite el carácter discrecional que puede tener la misma sin suponer esta discrecionalidad una vulneración de los derechos de los trabajadores «Es así la empresa la que unilateral y discrecionalmente determina la retribución variable, como ya hemos dicho, retribución que no tiene carácter consolidable. Y también es la empresa la que puede ir variando esa retribución variable, de acuerdo con los criterios que vaya estableciendo su política de incentivos»⁹⁸.

Lo que no resulta razonable, en ningún caso, es que la percepción de este tipo de remuneraciones puedan suprimirse ante situaciones no imputables al trabajador como pueden ser aquellas derivadas de situaciones de incapacidad⁹⁹. Jurisprudencia asentada es también la prohibición de dejar sin pago del salario variable a un trabajador que ha sido despedido ya sea por causas objetivas ya sea a través de un despido que ha sido declarado improcedente a pesar de que el periodo de devengo del variable se produzca cuando la relación laboral ya está extinta. Incluso en alguna sentencia se reconoce también el derecho al cobro del salario variable de un trabajador que había sido despedido de manera procedente¹⁰⁰. Tampoco es plausible que se supriman las retribuciones variables de Consejeros, administradores o altos directivos alegando motivos de insuficiencia financiera. Incluso aunque la legislación, como hemos comprobado el apartado anterior, si pueda «corregir, limitar, flexibilizar y, a lo sumo reducir la percepción de los bonus para el conjunto de trabajadores considerados como personal de riesgo en las entidades financieras». En consecuencia, y en la medida en que estas normas no establecen su supresión directa, la retribución variable debe cobrarse¹⁰¹. También en sentido similar se ha

⁹⁸ Fundamento de Derecho Cuarto, STS núm. 407/2023 de 7 Jun. 2023 (rec. 201/2021) Se trata de un conflicto donde se resuelve sobre una posible modificación sustancial de condiciones de trabajo, en una empresa cuya cláusula sobre retribución estaba fijada de la siguiente manera «El trabajador tendrá derecho a una retribución variable trimestral discrecional de acuerdo con los criterios establecidos en la política global de incentivos de la compañía y que serán comunicados al inicio de cada ejercicio. Dicha cantidad supondrá como máximo un 15% del sueldo bruto fijo anual (en su caso, parte proporcional desde su incorporación) no teniendo en ningún caso consideración de consolidable».

⁹⁹ Así lo ha entendido recientemente la Audiencia Nacional en un caso en el que la empresa establecía como condición para el cobro de un complemento retributivo el no haberse ausentado de la empresa, lo cual incluía situaciones de incapacidad. La Audiencia Nacional considera esta política discriminatoria en base a la Ley 15/2022. SAN, Sala de lo Social, núm. 18/2024 de 13 Feb. 2024, Rec. 306/2023 (JUR\2024\57220).

¹⁰⁰ Así manifiesta el TSJ de Madrid, núm. 767/2019 de 26 de septiembre de 2019 en el Fundamento jurídico cuarto: «Sin embargo, el planteamiento de la sentencia de instancia es el correcto: en síntesis, el trabajador cumple los requisitos establecidos en la normativa del LTIP, y por ello es acreedor a dicha retribución, al no haberse estipulado que la conducta que diera lugar a un despido procedente determinará la pérdida del derecho al incentivo, sin perjuicio de las eventuales responsabilidades que pudieran derivarse de la conducta del actor, a quien la empresa reclama elevadas cantidades en concepto de indemnización por daños y perjuicios en procedimiento civil por su responsabilidad como administrador (hecho probado 11.º)»

¹⁰¹ Audiencia Nacional, Sala de lo Social, Sentencia 2/2013 de 10 Ene. 2013, Rec. 291/2012.

pronunciado la Audiencia Nacional acerca de la afección del salario variable como medida para combatir el absentismo laboral declarándola nula. En la meritada sentencia se hace un análisis de todas las situaciones que pueden dar lugar a la falta de asistencia al trabajo, lo que según la demanda interpuesta por los sindicatos, suponía una reducción de la retribución variable. De este modo, sólo se permite que se aplique como medida de combatir el absentismo la reducción del salario, en los casos en que el trabajador hace uso del permiso por defunción de parientes pues entienden que en estos casos no existe ningún tipo de discriminación. Sin embargo, nos preguntamos si la aplicación de esa normativa no sería contraria a la normas de prevención de riesgos sobre la salud mental de los trabajadores¹⁰².

Por último, en relación con la retribución variable que pueden percibir los Consejeros, administradores ejecutivos y alta dirección debemos detenernos en el estudio, si quiera somero, de las cláusulas que se negocian para impedir el cobro de este tipo de retribución en caso de incumplimiento de quienes tienen derecho a su devengo. Se trata de las conocidas como cláusulas *malus* y *clawback* (o cláusulas de reembolso y retención). Recordemos que la base jurídica para la aplicación de este tipo de acuerdo se encuentra en la obligación recogida en el artículo 217 LSC que establece que la retribución fijada para los consejeros y administradores deberá evitar los resultados desfavorables. Para lograr este objetivo aparecen una serie de cláusulas contractuales que debemos mencionar por su posible impacto en la remuneración de los Administradores y los Altos Cargos¹⁰³.

Por un lado tenemos las llamadas cláusulas *malus* «cláusula según la cual los Administradores o altos directivos pierden el derecho al pago del salario variable ya devengado. Las cláusulas *clawback* lo que buscan es la devolución a la sociedad de parte de la retribución variable que fue pagada en el pasado»¹⁰⁴. En el caso de las cláusulas *malus* o de retención el impago se debe al incumplimiento de los objetivos relacionados principalmente con la cifra de resultados y en el caso de las cláusulas *clawback* la causa de la devolución se produce cuando las cuentas o resultados económicos según los cuales se calculó la meritada retribución variable, se hubieran modificado o alterado¹⁰⁵.

Estas cláusulas tienen validez en un acuerdo de carácter mercantil, basado en el deber de buena fe que se les presupone a los administradores ejecutivos en

¹⁰² SAN, Sala de lo Social, núm. 76/2025 de 30 May. 2025, Rec. 98/2025.

¹⁰³ GARCÍA DOMÍNGUEZ, Lázaro Enrique: «Las remuneraciones de los administradores tras la Ley 31/2014. Incidencias de las modificaciones a la Ley de Sociedades de Capital», *Revista de fiscalidad internacional y negocios transnacionales*, *opus cit.*; p. 125.

¹⁰⁴ Banco de España: «Directrices sobre políticas de remuneración adecuadas con arreglo a la Directiva 2013/36/UE», 2 de julio de 2021 (EBA/GL/2021/04), p. 7

¹⁰⁵ Memento Práctico Francis Lefebvre de Salario y nomina: índice 1604, 2023.

el caso de que no cumplan con las obligaciones pactadas. Lo interesante de estas condiciones de reembolso y retención es que su aplicación no está supeditada necesariamente a incumplimientos graves o negligentes de los sujetos sino que también sirven para «corregir retribuciones inadecuadas o excesivas, se hallen o no asociadas al incumplimiento de los deberes de los órganos societarios encargados de determinarlas», es decir no se exige una conducta indebida por parte de los administradores para su exigibilidad¹⁰⁶. Sin embargo, se generan serios problemas interpretativos a cerca de la validez o no de este tipo de cláusulas en los contratos de alta dirección del administrador ejecutivo pues estas cláusulas pueden ser incompatibles con las normas laborales sobre retribución¹⁰⁷. Si entendemos que los conceptos retributivos pactados por los administradores ejecutivos son salario al nacer de una relación laboral especial de Alta dirección, las cláusulas *clawback* y *malus* serían contrarias a las normas de protección del salario que contiene el Estatuto de los Trabajadores. Es decir, si la retribución variable está pactada en un contrato de alta dirección, aunque éstos como ya hemos visto queden supeditados a una gran autonomía de la voluntad de las partes en materia retributiva, al tener estas percepciones variables la consideración de salario *ex* artículo 26 ET son derechos indisponibles¹⁰⁸.

Es cierto que el artículo 529 quince g) de la LSC aunque aplica solo a sociedades cotizadas incluye entre los sujetos «a quienes desarrollen sus funciones de alta dirección bajo la dependencia directa del consejo, miembros de las comisiones ejecutivas y consejeros delegados». Es decir, estos altos directivos en tanto que puede «percibir retribuciones variables referenciadas a parámetros que midan el desempeño o susceptibles de revisión posterior», deberían también incluir en dichos contratos cláusulas de reembolso¹⁰⁹. Sin embargo los Tribunales han dado preferencia en el caso de un Alto Directivo a las normas laborales que tienen aplicación preferente sobre lo pactado entre las partes¹¹⁰.

¹⁰⁶ VIÑUELAS SANZ, Margarita: *Prevención de retribuciones excesivas de administradores de sociedades de capital*, Marcial Pons, Madrid, 2024, p. 260.

¹⁰⁷ GUTIÉRREZ GILSANZ, Javier: «La retribución de los altos directivos como condición básica de sus contratos», *cit.* p. 16.

¹⁰⁸ Así lo disponía la jurisprudencia de la Sala Cuarta «las modificaciones de las relaciones y condiciones de trabajo de los sujetos afectados por un convenio colectivo sólo son posibles «siempre y cuando se respete por la norma pactada las disposiciones legales e derecho necesario» (FJ 2.º STS 15-10-2007, R. 47/06, y las que, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, en ella se citan).

¹⁰⁹ DEL VAL TALENS, Paula. «Las cláusulas de reembolso de la retribución de los consejeros (*clawbacks*) en las sociedades cotizadas». *CEFLegal. Revista práctica de Derecho*, núm. 177, 2015, p. 69.

¹¹⁰ STSJ Madrid (Social) de 18 diciembre de 2020, resuelve un asunto donde el Banco demandante solicita la devolución de las retribuciones variables percibidas durante ejercicios previos, derivado de inexactitud de la información contable y la mala situación financiera posterior que tuvo la entidad. Sin embargo el Tribunal considera que está cláusula, *clawback* no aplica al caso pues en primer lugar no se puede

Por último, en relación con el derecho del cobro de estas cantidades y su devengo también ha tenido que pronunciarse el Tribunal Supremo, dando prioridad aplicativa en este caso a las cláusulas contractuales que al respecto habían pactado el trabajador y la empresa. Entiende el Alto Tribunal que el trabajador no tiene derecho al bonus por haber resuelto voluntariamente el contrato antes del tiempo pactado para el devengo de su retribución variable ¹¹¹.

4.1.1.1 *Bonus*

Los bonus a diferencia de otro tipo de remuneración que pueden recibir especialmente los administradores ejecutivos y los altos directivos se basan en la consecución de una serie de objetivos personales que debe recibir el trabajador, es decir su base jurídica es la consecución de objetivos. Es cierto que esta modalidad retributiva no aparece regulada en ninguna norma laboral por lo que la construcción sobre sus límites y contenido tiene como base la doctrina y la jurisprudencia ¹¹². Como indica Alzaga Ruiz «El bonus puede ser definido como aquella práctica retributiva, vinculada a la situación y resultados de la empresa, cuya concesión y cuantía dependen de la productividad, beneficios o cumplimiento de unos objetivos previamente establecidos. Su concesión y cuantía pueden hacerse depender de la productividad, el rendimiento o el cumplimiento de objetivos por los trabajadores individualmente considerados o por un conjunto de ellos» ¹¹³.

Por su parte los Tribunales lo definen como «una compensación que la empresa abona a un determinado trabajador, retribuyendo un mayor rendimiento, una consecución de los objetivos fijados o la realización de sus funciones a plena satisfacción de aquélla, siendo por ello su pago independiente del salario ordinario fijado y generalmente efectuado por años vencidos, es decir

probar que la mala situación financiera posterior fuera derivada de una mala praxis del trabajador ni tampoco que estuviera relacionado con el salario variable que cobró. Además en este caso, aplica el normativa laboral en materia de prescripción de acciones retributivas, pues la sociedad reclamo, siguiendo la cláusula *clawback*, dentro del plazo de tres años desde que se devengó el salario y sin embargo el tribunal entiende que el plazo que aplica es el plazo legalmente establecido en el artículo 59 del Estatuto de los Trabajadores (EDL 2015/182832), conforme al cual las acciones derivadas del contrato de trabajo prescribirán al año de su terminación».

¹¹¹ Sentencia de 22 de octubre de 2020 (rec. 285/2018). En este caso las partes habían acordado una cláusula contractual según la cual el derecho al devengo solo se produciría si se finalizaba el año laboral en la empresa.

¹¹² RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, Rosa María.: «Las retribuciones de los directivos: a propósito de los bonus», *Revista Lex Mercatoria*, núm. 3, 2016, p. 52.

¹¹³ ALZAGA RUIZ, Icíar.: *Retribución de directivos y crisis económica*, Thomson Reuters, Pamplona, 2012, BIB\2012\8045).

después de comprobar la empresa si se han dado los presupuestos a los que la misma anuda el devengo del «bonus» por parte del trabajador»¹¹⁴. Es por ello que para su fijación debemos aplicar las notas antes mencionadas sobre su objetividad y transparencia pues ya ha declarado la doctrina judicial que la falta de fijación de los criterios que generan el derecho a este tipo de retribuciones suponen un incumplimiento por parte de la empresa que debe hacerse cargo entonces de su pago¹¹⁵.

Sobre el bonus es importante señalar que su estipulación nace o bien de la simple voluntad empresarial pues será la empresa la que decida optar por este sistema de remuneración o puede venir por acuerdo de las dos partes al celebrarse el contrato de trabajo como ocurre normalmente con los administradores y la alta dirección¹¹⁶. Además normalmente el bonus se devenga por años naturales por lo que será fundamental que la empresa fije los objetivos que sirven de base para su cobro antes del inicio del meritado período¹¹⁷. Lo importante como señala la doctrina es que una vez fijado vía contrato, la compañía queda supeditada al cumplimiento del mismo con independencia de las condiciones que se pacten para su devengo efectivo. Del empresario se espera por lo tanto, sujeción y coherencia a lo pactado en relación a este sistema retributivo¹¹⁸.

En ocasiones ocurre que las empresas a la hora de regular estos complementos retributivos confunden el devengo con el abono. Esta cuestión es de gran importancia para resolver conflictos relacionados con el impago de estos salarios. El devengo del bonus se identifica con el nacimiento del derecho y el abono con el pago efectivo del mismo. Es por ello que «el devengo se produce a lo largo del año(s) depende de la periodicidad de su pago, que corresponda y por su parte el pago se produce al finalizar dicho periodo pactado para la adquisición del derecho. Como decimos este asunto no es baladí pues hay muchos casos en los que las em-

¹¹⁴ STSJ Madrid de 19 de mayo de 1998, núm. 474/1998, rec. 2422/1998.

¹¹⁵ Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Social, Sentencia de 23 Oct. 2001 (Rec. 1659/2001) dispone «Así, siendo la empresa la que abona este bonus a la actora sin prefijarse criterios para su pago, ella es quien debiera haber roto la confianza de la actora en que lo percibía en cualquier caso, confianza que no era gratuita, sino formada por la anterior conducta de la demandada, resultando que la no fijación de los objetivos, dadas todas las circunstancias que rodean los hechos, solo puede ser responsabilidad de la empresa, lo mismo que las consecuencias de ello».

¹¹⁶ RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, Rosa María: «Las retribuciones de los directivos: a propósito de los bonus», *opus cit.*, p. 52.

¹¹⁷ LÓPEZ HORMEÑO, Carmen: «El «bonus» empresarial: principales cuestiones prácticas en el ámbito laboral», *Diario La Ley*, núm. 10165, 2022 (recurso electrónico), p. 2.

¹¹⁸ TODOLÍ SIGNES, Adrián: «Problemas interpretativos del Bonus salarial: duración del plan de retribución variable, fijación de los objetivos a cumplir y cálculo de salario regulador en la indemnización por despido», *Documentación Laboral*, núm. 108, 2016 (Ejemplar dedicado a: Problemas actuales del régimen de la retribución en España. Evolución reciente en Portugal y Rumanía), p. 58.

presas se niegan al pago del bonus de sus administradores o altos directivos porque ya no estaban unidos a la sociedad durante el momento del abono. Sin embargo, sí lo estaban durante el tiempo en el que se genera el devengo del derecho, razón por la cual, es complemento, entiende la doctrina judicial, debe pagarse ¹¹⁹.

Por este motivo los principales problemas que se producen en relación con el bonus es cuando no se estipula ninguna duración sobre el derecho al cobro del bonus el empresario no dice nada sobre la duración determinada o indefinida del derecho al bonus es decir, no concreta si tendrá duración ¹²⁰. Por ello Todolí Signes entiende «que el silencio de quien estableció la regulación no puede beneficiarle» ¹²¹. En el caso de que el devengo de la retribución tenga carácter fijado y la relación laboral se rompa antes del tiempo pactado, el trabajador sólo recibirá la parte proporcional del bonus correspondiente al tiempo que estuvo trabajando desde la percepción de la última de las cantidades anuales ¹²².

Sin embargo, y dado que los bonus están sometidos al cumplimiento de determinados objetivos fijados por la empresa para sus trabajadores también es importante insistir, como lo ha hecho la jurisprudencia que la no consecución de dichos objetivos por parte de los trabajadores supone el no recibir las merítadas cantidades ¹²³. Sin embargo, si el derecho a su devengo se ha producido aunque no se haya cobrado, antes de la ruptura de la relación laboral, dicha cantidad deberá incluirse en la indemnización por despido ¹²⁴.

Como se puede observar el pago de la retribución en forma de bonus para consejeros, administradores y altos directivos, aunque también para trabajado-

¹¹⁹ Así dispone el Tribunal Supremo que «su cobro no puede quedar condicionado a ninguna circunstancia o situación que acontezca después de su devengo y, por tanto, no puede condicionarse a la permanencia del trabajador en la empresa en el momento del pago del complemento». Sigue doctrina fijada en la Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia de 2 Dic. 2015 (Rec. 326/2014).

¹²⁰ Es sentencia referente en esta materia la STS de 2 de diciembre de 2015, recurso 326/2014, que declaró nulo el art. 38 del VI Convenio Colectivo de la empresa Telefónica Móviles España, SAU pues el bonus se condicionaba a «estar de alta en la empresa en la fecha de su pago» y además su pago se producía en el año a siguiente. El Tribunal dictamina la ilegalidad de dicha cláusula pues el derecho a su cobro ya se había devengado y el pago «no puede quedar condicionado a ninguna circunstancia o situación que acontezca después de su devengo», como puede ser la permanencia o no del trabajador.

¹²¹ TODOLÍ SIGNES, Adrián: «Problemas interpretativos del Bonus salarial...», *opus cit.*, p. 62.

¹²² Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, Sala de lo Social, Sentencia 890/2024 de 4 Jun. 2024, Rec. 649/2024, que toma como referencia la doctrina marcada por el Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia de 2 Dic. 2015 (Rec. 326/2014).

¹²³ STS núm. 934/2020 de 22 Oct. 2020, Rec. 285/2018 y STSJ de Madrid, Sala de lo Social, núm. 259/2018 de 16 Mar. 2018, Rec. 1220/201.

¹²⁴ STS 26 enero 2006 (rec. 3813/2004) «En lo que concierne al bonus, o retribución anual variable en función de los resultados de la empresa y/o del cumplimiento de los objetivos fijados al trabajador o al grupo de trabajadores (STS 26-1-2006, citada), es requisito para su consideración el que se haya devengado, es decir, que haya surgido ya como obligación líquida en el momento del despido, momento a partir del cual, aunque no se trate de obligación vencida, puede hablarse del mismo como un «salario» o «complemento salarial» propiamente dicho».

res comunes, está sometido a una gran litigiosidad que ni si quiera las normas sobre control de retribuciones que incluyó la normativa mercantil ya mencionada ha conseguido resolver o reducir¹²⁵.

4.1.1.2 *Reparto de acciones y stock options*¹²⁶

Tanto el reparto de acciones como las *stock options* suelen ser modalidades de salario variable que pueden recibir especialmente los administradores ejecutivos y la alta dirección de una empresa. Aparecen reguladas como forma de retribución en el artículo 219 de la LSC¹²⁷. Ambas modalidades tienen una finalidad común: la fidelización de los trabajadores en la empresa. Además también es una forma de protección de la empresa ante posibles ofertas de compra de la sociedad, pues una parte de la propiedad queda en manos de personas vinculadas con la compañía¹²⁸.

La principal diferencia entre ambas modalidades retributivas se basa en que la primera supone la entrega de la propiedad de la acción mientras que en la segunda modalidad lo que se da a los administradores o altos directivos es un derecho de opción a comprar no obligándoles sin embargo a que esa adquisición sea efectiva. Es decir, el reparto de acciones consiste en la entrega de una o unas participaciones en la empresa que en principio son propiedad de la misma. Este proceso «suele instrumentarse a través de operaciones de autocartera, de tal modo que la sociedad procede en primer término a la adquisición de acciones propias para, a continuación, realizar la correspondiente entrega a los trabajadores de la empresa». Por su parte, «las opciones sobre acciones o *stock options* se definen como un derecho de opción reconocido por el empre-

¹²⁵ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana: «Variabilidad y flexibilidad salarial, retribución variable y retribución flexible», *Revista Derecho Social y Empresa*, núm. 5, 2016 (Ejemplar dedicado a: La Retribución variable: una clave esencial en la gestión empresarial), p. 49.

¹²⁶ Nos remitimos en este caso al capítulo de esta obra que analiza estos sistema retributivos con carácter general.

¹²⁷ «Artículo 219. Remuneración vinculada a las acciones de la sociedad.

1. En la sociedad anónima, cuando el sistema de remuneración de los administradores incluya la entrega de acciones o de opciones sobre acciones, o retribuciones referenciadas al valor de las acciones deberá preverse expresamente en los estatutos sociales y su aplicación requerirá un acuerdo de la junta general de accionistas.

2. El acuerdo de la junta general de accionistas deberá incluir el número máximo de acciones que se podrán asignar en cada ejercicio a este sistema de remuneración, el precio de ejercicio o el sistema de cálculo del precio de ejercicio de las opciones sobre acciones, el valor de las acciones que, en su caso, se tome como referencia y el plazo de duración del plan».

¹²⁸ NIETO ROJAS, Patricia: *La participación financiera de los trabajadores en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 102.

sario en virtud del cual el empleado puede, incondicional o condicionadamente, de forma inmediata o, más frecuentemente, en un plazo temporal determinado, adquirir un paquete de acciones de la empresa (de una sola vez o gradualmente) a un precio determinado (normalmente el valor de la acción cuando se otorga el derecho de opción)»¹²⁹.

Este tipo de retribución es común como percepciones recibidas por los administradores ejecutivos y por los directivos, pues se premia a estos sujetos por haber incrementado el valor en el mercado de la compañía para los accionistas¹³⁰. Especialmente han sido objeto del debate doctrinal la segunda de estas modalidades de retribución variable, las *stock options*, pues se discute, entre otras cuestiones, sobre el carácter salarial o extrasalarial de las mismas sin llegar a una solución pacífica. Hacemos nuestras en este caso las palabras de Gómez Abelleira cuando indica que «Con carácter general, hay aquí un principio que se proyecta con fuerza: la presunción de que lo que el empleador ofrece al trabajador está ligado al contrato de trabajo y, por tanto, salvo que otra cosa se pruebe, remunera el trabajo. Si lo ofrecido está ligado a la relación laboral, quien afirme que no es salario debe probar a qué otra finalidad responde el desplazamiento patrimonial»¹³¹. De manera que si quien pacta esta modalidad retributiva es un alto directivo sí podrá tener naturaleza salarial con la correspondiente protección que el derecho laboral le brinda, sin embargo, en el caso de los administradores ejecutivos la naturaleza de la percepción como venimos insistiendo dependerá de la modalidad contractual que le una a la sociedad. Por esta razón, se incluyen las cantidades correspondientes a las acciones sobre acciones en la indemnización por resolución del contrato de Alta Dirección. Si su contrato es mercantil el régimen aplicable a estas cantidades será el marcado por dicha normativa.

En el caso del directivo que es remunerado a través de la opción de compra de acciones, igual que hemos observado con el bonus, lo que se debe tener en cuenta es que el hecho de que el trabajador no ejercite el derecho y por ende no reciba la cantidad derivada de esa operación, no puede ser considerado como una renuncia de derechos y tampoco se incluirá en el cálculo de las in-

¹²⁹ DEL REY GUANTER, Salvador, y BONILLA BLASCO, Juan: «Nuevas cuestiones en materia de *stock options*: el ejercicio de las *stock options* en los supuestos de despido improcedente y los efectos del componente internacional en la concesión de *stock options*», *Actualidad Laboral*, núm. 3, Sección Estudios, Quincena del 1 al 15 Feb. 2005, p. 268, tomo 1, Recurso electrónico (La Ley 2856/2004).

¹³⁰ KAHALE CARRILLO, Djamil Tony: «Los puntos críticos de las *stock options* como fórmula retributiva de participación de los trabajadores en la empresa», *Documentación Laboral*, núm. 108, 2016, p. 44.

¹³¹ GÓMEZ ABELLEIRA, Francisco Javier: «La remuneración del trabajador en acciones o vinculada al precio de las acciones», *Revista Derecho Social y Empresa*, núm. 5 (Ejemplar dedicado a: La Retribución variable: una clave esencial en la gestión empresarial), p. 96.

demnizaciones por despido de estos sujetos¹³². Tampoco se tendrá derecho al abono si no se han cumplido con los objetivos que establece el empresario para el cobro, incluso aunque éstos hayan sido indicados de forma verbal¹³³.

4.1.2 PARTICIPACIÓN EN BENEFICIOS

La participación en beneficios es una de las formas de retribución particular que pueden recibir los administradores y los altos directivos. Su aparición se produce con mucha fuerza a partir de los años 90, especialmente impulsado por la Unión Europea, puesto que desde el sector financiero se veía como algo muy favorable que no sólo los accionistas sino que los altos ejecutivos e incluso los asalariados compartieran el incremento del valor de la empresa como un objetivo común¹³⁴.

¹³² Por todas STSJ Cataluña 7685/2014, 20 de noviembre de 2014 «es lo cierto que no ostenta derecho alguno a que le sea computado en el cálculo de la indemnización el importe correspondiente al valor de las acciones que señala con referencia al documento obrante al folio 960 de los autos, pues no consta en las actuaciones que la empresa obligada a la entrega impidiera el ejercicio del derecho, ni consta que efectuado el mismo se le hubiera negado, por lo que si el derecho a la retribución por acciones existía, su falta de materialización, se debe única y exclusivamente a la propia voluntad del recurrente. Como señalan las sentencias del Tribunal Supremo, de 24 de octubre de 2001 (RJ 2002, 2362) (seguida por las de 24 de octubre del mismo año [RJ 2002, 2363], 4 de febrero [RJ 2002, 3276], 10 [RJ 2002, 5322] y 11 de abril [RJ 2002, 6471] y 25 de septiembre de 2002 [RJ 2002, 10655]), puede darse la posibilidad de que «el trabajador decida no ejercitar su derecho de opción en el plazo fijado para ello, y de esa forma no haga líquida esa cantidad a la que tendría derecho o no incluya en su patrimonio el correspondiente número de acciones, [lo cual] no significa que exista un acto de disponibilidad de derechos equivalente a una renuncia que prohibiría el artículo 3.5 del Estatuto de los Trabajadores, pues lo que en dicho precepto se establece es que los trabajadores no podrán disponer válidamente, antes o después de su adquisición, de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario [...] Cuando el ejercicio del derecho mismo exige que el trabajador lleve a cabo una serie de actos para su valoración o cuantificación, como puede ocurrir con el cobro de comisiones, o con la presentación al cobro o ingreso en cuenta de un talón por medio del que se le abone el salario, su inactividad en modo alguno supone un acto de disposición prohibido por la ley, sino un acto de mera libertad del trabajador»

¹³³ Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Auto de 28 Ene. 2016, Rec. 1188/2015 inadmite el recurso presentado por el trabajador y confirma la sentencia del TSJ de Madrid que daba la razón a la empresa. La sentencia resuelve el caso de un Director ejecutivo que fue despedido y que reclama las cantidades correspondientes al reparto de acciones. La empresa se niega pues dice que no cumplió los objetivos requeridos para su obtención y el trabajador alega falta de conocimientos de los meritados objetivos. En los hechos probados se demuestra que «la empresa fijó los objetivos a conseguir para alcanzar el salario variable de 2010, y se lo comunicó a actor verbalmente, quizá –dice la sentencia– por su condición de vicepresidente ejecutivo que ostentaba, y dichos objetivos no se cumplieron». Y además insiste el Tribunal en la falta de proactividad del trabajador para demostrar que el bajo rendimiento que alegaba la empresa, razón por la cual se le deniega el bonus, no era cierto.

¹³⁴ ÁLVAREZ PERALTA, Ignacio, y LUENGO ESCALONILLA, Fernando: «Financiarización, empleo y salario en la UE: el impacto de las nuevas estrategias empresariales», *Instituto Complutense de Estudios Internacionales*: Nueva época, núm. 4, 2010, p. 20. Estos instrumentos para la remuneración de los trabajadores «han sido especialmente promovidos por la Unión Europea a lo largo de los últimos años: en 1992, y sobre la base del Informe PEPPER (1991), el Consejo de la Unión Europea aprobó una Recomendación en la que se instaba a todos los Estados Miembros a promover el uso de la llamada «participación financiera» por parte de los empleados en sus empresas».

Su regulación se encuentra en el artículo 218 LSC y por ende separada del resto de tipos de remuneración lo que da cuenta de la particularidad de esta modalidad retributiva¹³⁵. Su especialidad afecta tanto a la hora de calcular las cantidades que se percibirán en virtud de este tipo de retribución, así como en cuál sea el momento en el que se pagarán dichas cantidades. Sin embargo debemos tener en cuenta que «no se trata de que los administradores perciban una cantidad de dinero cambiante en función de la evolución registrada por determinado índice o parámetro; es que la retribución misma consiste en una «participación», en un porcentaje de ese parámetro de referencia, que se calcula, por esencia, en términos monetarios»¹³⁶.

Como ya hemos venido anticipando todas aquellas retribuciones donde exista cierto margen de discrecionalidad pueden resultar contrarios a las normas laborales en materia de retribución como así lo demuestra la abultada jurisprudencia existente sobre el tema. Sin embargo existe un control por parte de la Junta General en relación con esta modalidad retributiva pues el meritado organismo debe de nuevo determinar el porcentaje de dicha remuneración en virtud de la cantidad máxima establecida por los estatutos sociales (Artículo 218 TRLSC). La falta de concreción sobre las cantidades que puedan recibir los administradores y consejeros como hemos mencionado crea incertidumbre jurídica que es connatural a este tipo de remuneración, aunque la realidad es que ello no ha desincentivado su utilización especialmente en las grandes empresas. Además en el caso de los altos directivos este tipo de remuneración a pesar de su indeterminabilidad o variabilidad son consideradas verdadero salario siempre y cuando esté remunerando un trabajo por cuenta ajena¹³⁷. Es decir «la causa que determina este complemento es el trabajo»¹³⁸. Desde el

¹³⁵ «Artículo 218 LSC, *Remuneración mediante participación en beneficios*.

1. Cuando el sistema de retribución incluya una participación en los beneficios, los estatutos sociales determinarán concretamente la participación o el porcentaje máximo de la misma. En este último caso, la junta general determinará el porcentaje aplicable dentro del máximo establecido en los estatutos sociales.

2. En la sociedad de responsabilidad limitada, el porcentaje máximo de participación en ningún caso podrá ser superior al diez por ciento de los beneficios repartibles entre los socios.

3. En la sociedad anónima, la participación solo podrá ser detraída de los beneficios líquidos y después de estar cubiertas las atenciones de la reserva legal y de la estatutaria y de haberse reconocido a los accionistas un dividendo del cuatro por ciento del valor nominal de las acciones o el tipo más alto que los estatutos hayan establecido»

¹³⁶ VÁZQUEZ CUETO, José Carlos: «La remuneración de los administradores mediante participación en los beneficios en las sociedades de capital no cotizadas», *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 55, 2019 (recurso electrónico), pp. 4 de 48.

¹³⁷ DESDENTADO BONETE, Aurelio; LIMÓN LUQUE, Miguel Ángel: «Las *stock options* como retribución laboral: a propósito de las sentencias del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2001», *Aranzadi Social*, núm. 5, 2002, pp. 553 a 586.

¹³⁸ ALZAGA RUIZ, Icíar: «La retribución variable: especial consideración del bonus, la participación en beneficios y la retribución por objetivos», *opus cit.* p. 131.

punto de vista laboral, la participación en beneficios se ha recogido como un complemento salarial objetivo (frente a los subjetivos) incluidos en el grupo de complementos salariales por situación y resultados de la empresa y tiene, en consecuencia, naturaleza salarial. Se trata de un complemento salarial en función de la situación y resultados de la empresa, sin perjuicio de que algún pronunciamiento lo haya considerado un complemento salarial por calidad o cantidad de trabajo ¹³⁹.

También debemos de insistir en la idea de que si estas percepciones ya sean de los altos directivos o de los administradores ejecutivos se materializan vía contrato laboral, dichas cantidades estarán sometidas a las normas laborales sobre transparencia. En el caso de los altos directivos este tipo de remuneración variable se puede diferenciar de otros conceptos como las primas o incentivos porque no dependen del trabajo del trabajador directamente, sino que dependen de los resultados de la empresa. Como indica la doctrina se produce de este modo una alineación entre los intereses de los socios y de los altos directivos en aras de conseguir ese porcentaje extra si los resultados de la sociedad son óptimos ¹⁴⁰. Por último, no debemos identificar como conceptos iguales la participación en beneficios, que puede ser considerada salario como hemos visto, con el pago de cantidades derivadas de las acciones. Estas cantidades las suelen cobrar aquellos consejeros que como accionistas de la empresa tiene derecho a recibir estas cuantías, pero que no pueden ser consideradas salario a efectos laborales ¹⁴¹.

4.1.3 DIETAS

Si hay algún concepto retributivo propio de los consejeros o administradores de sociedades eso son las dietas de asistencia. Las dietas de asistencia forman parte de la retribución que en virtud del artículo 217.2 LSC pueden recibir los consejeros y administradores. Debemos empezar recordando que estas cantidades no son retribución como tal. Esto se debe a que las cantidades están remunerando la participación de los sujetos en las reuniones periódicas a las que deben acudir en virtud del cargo que ostentan, por lo tanto se trata de

¹³⁹ HERRÁIZ MARTÍN, María de Sol: El cálculo de la participación en beneficios en el supuesto de excedencia voluntaria, [Comentario a la STSJ de Murcia de 6 julio 1998 (AS 1998, 2816)], *Aranzadi Social*, núm. 3, pp. 2567 a 2571 (BIB\1998\755).

¹⁴⁰ BAGO ORIA, Blanca: «El socio que no lo era y los dividendos encubiertos. Comentario a la sentencia de la audiencia provincial de Barcelona de 20 de octubre de 2019», *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 58, Primer cuatrimestre de 2020 (BIB\2020\9301) Recurso electrónico.

¹⁴¹ ALZAGA RUIZ, Icfar: «La retribución variable: especial consideración del bonus, la participación en beneficios y la retribución por objetivos», *opus cit.*, p. 133.

un reembolso por los gastos generados en aquellos actos que realicen en favor de la sociedad (por ejemplo, los de desplazamiento) «pero se trata de una compensación y no de un componente retributivo»¹⁴². Esto se comprueba más claramente en los casos en los que a pesar de la gratuidad del cargo de consejero o administrador se les puede mantener el pago de estas cantidades. Sin embargo también puede admitirse, especialmente en el caso de los administradores y Altos Directivos que estas percepciones puedan ser consideradas como retribución si no se limitan únicamente a remunerar la simple asistencia a las reuniones de la Junta y se incluyen otros actos preparatorios de la misma¹⁴³. O cuando en realidad se usan para encubrir un verdadero salario¹⁴⁴.

Como ocurre en general con los pagos que se adicionan al salario los problemas en la práctica suelen venir derivados de su devengo irregular y una falta de control sobre los mismos¹⁴⁵. En aras de entender la problemática de las dietas de asistencia a los consejeros y administradores como parte de su retribución miramos a la jurisprudencia del TS. En este caso se quiere impugnar la retribución pactada para los consejeros que consistía en una cantidad de 2000 euros y el Tribunal manifiesta: «La impugnación del acuerdo que fijó el importe de la dieta de los consejeros se basó en la indeterminación de tal retribución, al no fijarse un máximo anual, por lo que quedaba en manos de los consejeros el número de reuniones a celebrar y por tanto el número de dietas a cobrar, no fijarse el plazo por el que se fijaban y tampoco el trabajo que debía desempeñarse por los consejeros al asistir a las reuniones del consejo». Sin embargo, el Tribunal Supremo, valida el acuerdo pues entiende que «El concepto retributivo (dietas de asistencia) se corresponde lógicamente con la fijación de un importe determinado por la asistencia a cada una de las reuniones del consejo, y eso es lo que hace el acuerdo impugnado», a lo que añade que «Si se hace un uso abusivo de las

¹⁴² SÁNCHEZ RUS, Heliodoro: «Las cláusulas estatutarias relativas a la retribución de los administradores en las sociedades de capital», *opus cit.*

¹⁴³ CABANAS TREJO, Ricardo, y TUSQUETS TRÍAS DE BES, Francisco, «Una cuestión resuelta: el encuadramiento de administradores y socios en el Sistema de Seguridad Social», *La Ley*, núm. 4520, 1998).

¹⁴⁴ Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, Sentencia 8306/2010 de 21 Dic. 2010 (Rec. 4488/2010), En este caso, «la cantidad que recibía el trabajador en concepto de dietas era una forma de retribución salarial encubierta para eludir la correspondiente cotización, y por lo tanto, a efectos, de fijar el salario regulador del despido debe ser contempladas como cualquier otro concepto salarial».

¹⁴⁵ Un caso significativo vinculado a las dietas de asistencia fue el conocido como caso de las Tarjetas Black que afectó a Bankia. En este caso los consejeros incluían como parte de las dietas de asistencia el uso de unas tarjetas de crédito que la entidad les había facilitado y con la que se demostró que hacían gastos de carácter personal, que luego imputaban como dietas a la sociedad. *Vid.* LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, y DE LA MATA BARRANCO, Norberto, J.: *Derecho penal económico y de la empresa*, Dykinson, Madrid, 2018 pp. 248 y 249. En la misma línea pero de forma más reciente tenemos el caso de apropiación indebida a través de la dietas fijadas para los consejeros que se resuelve en STS (sala 2.ª), núm. 292/2021 de 8 Abr. 2021 (Rec. 1286/2019).

convocatorias de reuniones del consejo de administración, sin otra justificación que el devengo de la dieta, o si los consejeros acuden sin cumplir el deber de diligencia que regula el art. 225 TRLSC y causan un daño a la sociedad, se les podrá exigir la responsabilidad por el daño causado. Pero no puede tacharse de indeterminado un acuerdo social que fija una concreta cuantía para la dieta por asistencia a la reunión del consejo»¹⁴⁶. Es cierto que esta sentencia es anterior a la reforma del 2014, pero aun así entendemos que en virtud de este pronunciamiento del Supremo lo lógico será que se marque por cada reunión a la que se acuda siempre y cuando este acuerdo sea validado por la junta general.

Por su parte, la remuneración de los administradores ejecutivos o altos cargos a través de las dietas no es algo tan usual aunque nada impide que las reciban. En el ámbito laboral las dietas son como define la doctrina «para referirnos a las asignaciones de manutención, alojamiento y estancia abonadas por el empresario al trabajador cuando éste es desplazado, siempre que el desplazamiento obedezca al desempeño de servicios laborales y tenga carácter coyuntural, *id est*, no permanente o definitivo»¹⁴⁷. Los problemas aparecen en el ámbito laboral a la hora de determinar si estas cuantías se consideran percepciones extrasalariales o si bien se adicionan al salario. Sirva como ejemplo de diferenciación la jurisprudencia¹⁴⁸. Así señala el Alto Tribunal que «la condición jurídica de salario o de complemento extrasalarial, no depende de la calificación que efectúe el convenio colectivo sino que por imperativo legal, toda prestación económica que retribuye el trabajo del empleado debe ser salario puesto que el art. 26.1 ET constituye una norma de Derecho necesario. Es crucial examinar si los conceptos retributivos remuneran o no de forma efectiva el gasto, ya que conforme al mentado artículo 26 ET las percepciones extrasalariales son cantidades que compensan o indemnizan al trabajador por los gastos ocasionados con motivo de la actividad laboral. En tal sentido, por ejemplo, STS de 16 de abril de 2010, rec. 70/2009». Por lo tanto, cuando las cantidades a las que se llaman dietas en realidad no compensan al trabajador los gastos (comida, pernocta o similares) que ha de realizar por desempeñar de

¹⁴⁶ STS (Sala 1.ª) Sentencia núm. 99/2018 de 26 Feb. 2018, Rec. 1390/2015.

¹⁴⁷ VIGO SERRALVO, Francisco: «La documentación de las dietas como requisito para su deducción de la cotización a la Seguridad Social», *Lan Harremanak: Revista de Relaciones Laborales*, núm. 43, Junio, 2020, p. 159.

¹⁴⁸ Por todas, Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia de 3 Feb. 2016, Rec. 143/2015 RJ\2016\933 donde se resuelve el caso de una empresa, había otorgado a sus trabajadores, además de las compensaciones por gastos contempladas en el convenio colectivo, una cantidad fija «que a pesar de denominarse dieta no compensaba ningún gasto de desplazamiento o manutención ya que éstos, que serían los regulados en el art. 19 del Convenio Colectivo, se liquidaban previa presentación de la correspondiente factura y sin límite de gastos»

modo temporal sus cometidos laborales, entonces estamos ante una percepción salarial y como tal habrá de tratarse.

Además corresponde en estos casos a la empresa probar las percepciones recibidas en virtud de dietas por su personal, a pesar de que este ostente la condición de administrador ejecutivo y por ende pueda formar parte de los órganos de control de la sociedad. Así lo manifiesta los Tribunales, aunque sea en un procedimiento de índole fiscal «Por consiguiente, a la primera cuestión ha de responderse en esos mismos términos: no es al empleado al que corresponde probar la realidad de los desplazamientos y gastos de manutención y estancia a los efectos de su no sujeción al IRPF, sino que la Administración para su acreditación deberá dirigirse al empleador en cuanto obligado a acreditar que las cantidades abonadas por aquellos conceptos responden a desplazamientos realizados en determinado día y lugar, por motivo o por razón del desarrollo de su actividad laboral»¹⁴⁹.

5. CONCLUSIONES

La regulación del sistema de retribución de los Consejeros, el personal de Alta Dirección y los Administradores Ejecutivos ha sido objeto de un estudio exhaustivo por parte de la doctrina y la jurisprudencia desde diversas ramas jurídicas (laboral, mercantil, fiscal.). Esto se debe principalmente a las grandes similitudes que existen tanto desde el punto de vista funcional (prestaciones que realizan) como desde el punto de vista económico (remuneraciones que reciben) cuyo deslinde en la práctica no ha sido una cuestión fácil. De hecho en la actualidad, parece que la llamada teoría del vínculo aún permanece pese a los últimos pronunciamientos del Tribunal Supremo, aunque en materia retributiva desde luego la posición dista mucho de ser similar cuando se trata de asuntos relativos al ámbito fiscal o de la Seguridad Social en los que se reconoce la doble condición de administrador y Alto directivo de un mismo sujeto.

Los consejeros y administradores con carácter general pueden ostentar el cargo sin obtener una retribución es decir, pueden ser cargos gratuitos, sin embargo el personal de Alta dirección nunca podría estar en esa situación. Las

¹⁴⁹ STS 156/2020. Resuelve un recurso en materia fiscal sobre unas percepciones en concepto de dietas idénticas en su cuantía todos los meses durante un largo periodo de tiempo que se pretende estén exentas. Sobre esta sentencia y similares *Vid.* VIDAL MARTÍ BERNARDO.: «Carga de la prueba en las percepciones de dietas por manutención exentas por un trabajador-administrador Sentencia del Tribunal Supremo número 429/2020, de 18 de mayo, de la Sala de lo Contencioso, Sección Segunda, en Recurso de Casación Contencioso-Administrativos (L. O. 7/2015) número 4002/2018», *Carta Tributaria*, núm. 65-66, 2020.

cuantías que reciben los consejeros en su condición de tales no estarán protegidas por el derecho del trabajo pues su relación con la sociedad se basa en un acuerdo de la Junta y no son titulares de ningún contrato de trabajo. Tampoco están sometidos los directivos, a las reglas sobre retribuciones que se contienen en la regulación mercantil, aunque es cierto que si el Alto Directivo lo es por una delegación de las funciones de gestión vía artículo 249 LSC, sí tendría que someterse a las normas sobre la reserva estatutaria y el control de retribuciones de la meritada norma.

Las cuestiones relativas a las retribuciones de Consejeros y Administradores ejecutivos, no es una materia pacífica su interpretación se ha ido concretando a través de la jurisprudencia marcada por los Tribunales. En los últimos años parecen haber optado por una posición que pivota sobre dos ideas en relación especialmente con los Administradores ejecutivo, aunque ampliable a los altos cargos: un gran control en la determinación de las cantidades máximas que podrán recibir y la fijación de cuál es el sistema retributivo que debe utilizarse. Pero a su vez se percibe una mayor flexibilización en las obligaciones relativas a la especificación de qué conceptos retributivos de entre los aceptados se van a utilizar pudiendo preverse sistemas alternativos.

En el caso de la remuneración del personal de Alta dirección, las directrices de los Tribunales, se orientan a una mayor concreción en todos los problemas relativos al salario fruto en muchos casos de la aplicación de Directivas europeas. Los principales problemas se dan especialmente en la retribución variable en relación con su devengo y el plazo para el cobro, pero también en la regulación de los requisitos a los que queda sometido abono. Los principios de transparencia y objetividad son los pilares que deben sustentar cualquier cláusula retributiva que se adopten en los contrato de Alta dirección.

Por último, con este trabajo se puede observar el carácter tuitivo que tiene el derecho del trabajo sobre la relación jurídica del personal de alta dirección, protección que parece, según los últimos pronunciamientos que pudiera hacerse extensible a otro tipo de trabajos asimilados como los administradores ejecutivos, y que tiene como base el amplio concepto de trabajador que se ha acuñado por TJUE.

6. BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR PASTOR, Eva María: «El diseño de la retribución de los directivos y su efecto sobre los resultados empresariales», *Economía industrial*, núm. 333, 2000 (Ejemplar dedicado a: La internacionalización de la empresa española), pp. 131 a 148.

- ÁLVAREZ PERALTA, Ignacio y LUENGO ESCALONILLA, Fernando: «Financiarización, empleo y salario en la UE: el impacto de las nuevas estrategias empresariales», *Instituto Complutense de Estudios Internacionales*: Nueva época, núm. 4, 2010, pp. 1 a 30.
- ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, Segismundo.: «25 años de dogma: el fin de la doctrina del vínculo», *La Ley Mercantil*, núm. 22, 2025, pp. 1 a 10 [Recurso electrónico].
- ALZAGA RUIZ, Icíar: *Retribución de directivos y crisis económica*, Thomson Reuters, Pamplona, 2012.
- «La retribución variable: especial consideración del bonus, la participación en beneficios y la retribución por objetivos», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 38, 2014, pp. 116 a 144.
- BAGO ORIA, Blanca: «El socio que no lo era y los dividendos encubiertos. Comentario a la sentencia de la audiencia provincial de Barcelona de 20 de octubre de 2019», *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 58, Primer cuatrimestre de 2020 (BIB\2020\9301) [Recurso electrónico].
- BRENES CORTÉS, Josefá: «El nuevo régimen de retribución de los consejeros ejecutivos tras la reforma operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del Gobierno Corporativo», *Revista Lex Mercatoria*, núm. 1, 2015, pp. 1 a 6.
- CABANAS TREJO, Ricardo y TUSQUETS TRÍAS DE BES, Francisco: «Una cuestión resuelta: el encuadramiento de administradores y socios en el Sistema de Seguridad Social», *La Ley*, núm. 2, 1998, pp. 1983 a 1990.
- COHEN BENCHETRIT, Amanda: «Perspectiva laboral y mercantil de la retribución de los administradores sociales. La teoría del vínculo» en AA.VV. (OLMEDO PERALTA, Eugenio (coord.) GALACHO ABOLAFIO, Antonio F.; GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, María Belén (dir.) COHEN BENCHETRIT, Amanda (dir.): *Derecho de sociedades: revisando el derecho de sociedades de capital*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 1021 a 1059.
- DEL REY GUANTER, Salvador y BONILLA BLASCO, Juan: «Nuevas cuestiones en materia de *stock options*: el ejercicio de las *stock options* en los supuestos de despido improcedente y los efectos del componente internacional en la concesión de *stock options*», *Actualidad Laboral*, núm. 3, Sección Estudios, 2005, p. 268 (La ley 2856/2004), [Recurso electrónico],
- DEL VAL TALENS, Paula: «Las cláusulas de reembolso de la retribución de los consejeros (*clawbacks*) en las sociedades cotizadas. *CEFLegal. Revista práctica De Derecho*, núm. 177, 2015, pp. 45 a 80.
- DESDENTADO BONETE, Aurelio; LIMÓN LUQUE, Miguel Ángel: «Las *stock options* como retribución laboral: a propósito de las sentencias del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2001», *Aranzadi Social*, núm. 5, 2002, pp. 553 a 586.
- KAHALE CARRILLO, Djamil Tony: «Los puntos críticos de las *stock options* como fórmula retributiva de participación de los trabajadores en la empresa», *Documentación Laboral*, núm. 108, 2016, pp. 33 a 56.

- FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis: «Acerca de la supuesta autonomía del contrato remuneratorio de los consejeros ejecutivos en relación con los estatutos y con el acuerdo de junta del art. 217 LSC (Lo que no dice la Resolución DGRN de 30 de julio de 2015)», *Diario La Ley*, núm. 8634, 28 de octubre 2015.
- FERNÁNDEZ MÉNDEZ, Carlos; ARRONDO GARCÍA, Rubén y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Enrique: «Incidencia de las comisiones de nombramientos y retribuciones sobre las remuneraciones de los consejeros ejecutivos», *Cuadernos de economía y dirección de la empresa*, vol. 15, núm. 1, 2012, pp. 33 a 41.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Enrique; ARRONDO GARCÍA, Rubén y FERNÁNDEZ MÉNDEZ Carlos: «La retribución de los consejeros en las empresas cotizadas», *Boletín económico de ICE*, núm. 2961, 2009 (Ejemplar dedicado a: El sector español del calzado), pp. 35 a 43.
- FERNÁNDEZ SEIJO, José M.^a: «Naturaleza jurídica del vínculo del administrador o del consejero delegado en funciones societarias», *Cuadernos de derecho local*, núm. 53, 2020, pp. 211 a 232.
- FERRADANS CAMARÉS, Carmen: «Las retribuciones variables de Altos Directivos, o Miembros de Consejo de Administración, de Empresas receptoras de Fondos Públicos», *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, núm. 6, 2022, pp. 71 a 99.
- GARCÍA DOMÍNGUEZ, Lázaro Enrique: «Las remuneraciones de los administradores tras la Ley 31/2014. Incidencias de las modificaciones a la Ley de Sociedades de Capital», *Revista de fiscalidad internacional y negocios transnacionales*, núm. 6, 2017, pp. 113 a 152.
- «¿Hacia la compatibilidad entre la condición de consejero delegado y de alto directivo laboral?», la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2003», *Información laboral*, núm. 3, 2003, pp. 2 a 11.
- Ignacio: «La asunción legal de la teoría del vínculo: un único contrato transparente de los consejeros ejecutivos con onmicomprensividad retributiva», *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 2, mayo 2015, pp. 178 a 184.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio y MERCADER UGUINA, Jesús R.: «Alta dirección y carácter irrenunciable de la indemnización por desistimiento», *Revista de Información Laboral*, núm. 9, 2014.
- GIMENO RIBES, Miguel: *Régimen jurídico de los sistemas de retribución de los administradores sociales*, Marcial Pons, Madrid, 2021.
- GÓMEZ ABELLEIRA, Francisco Javier: «La remuneración del trabajador en acciones o vinculada al precio de las acciones», *Revista Derecho Social y Empresa*, núm. 5, 2016 (Ejemplar dedicado a: La Retribución variable: una clave esencial en la gestión empresarial), pp. 91 a 120.
- GÓMEZ LÓPEZ, Eduardo: «El mero consejero en su condición de tal. Problemas de retribución», en AA.VV. COHEN BENCHETRIT, Amanda, GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M.^a Belén, GALACHO ABOLAFIO, Antonio F., OLMEDO PERALTA, Eugenio (coord): *Derecho de sociedades Cuestiones sobre órganos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

- GOÑI SEIN, José Luis: «La doctrina del vínculo. ¿Infringe el derecho de la UE?». *LABOS Revista De Derecho Del Trabajo Y Protección Social*, núm. 5, 2024, pp. 111 a 132.
- GÓRRIZ VITALLA, Ramón: «Un salario variable a través de la participación en los beneficios», *Revista Derecho Social y Empresa*, núm. 5, 2016, pp. 208 a 212.
- GUTIÉRREZ GILSANZ, Javier: «La retribución de los altos directivos como condición básica de sus contratos», *Revista de derecho de sociedades*, núm. 72, 2024, pp. 1 a 33.
- HERRÁIZ MARTÍN, María de Sol: «El cálculo de la participación en beneficios en el supuesto de excedencia voluntaria» [Comentario a la STSJ de Murcia de 6 julio 1998 (AS 1998, 2816)], *Aranzadi Social*, núm. 3, pp. 2567 a 2571 (BIB\1998\755) [recurso electrónico].
- HERNANDO CEBRIÁ, Luis: «Una deconstrucción del sistema de remuneración de los administradores en las sociedades de capital cerradas», *CEFLegal: Revista práctica de derecho*, núm. 238, 2020, pp. 39 a 76.
- HIERRO ANIBARRO, Santiago: «De rerum natura» del contrato de funciones ejecutivas», *Revista de derecho mercantil*, núm. 329, 2023, p. 1.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio y DE LA MATA BARRANCO, Norberto J.: *Derecho penal económico y de la empresa*, Dykinson, Madrid, 2018.
- LEÓN SÁNCHEZ, Francisco José: «Art. 217. Remuneración de los administradores», en JUSTE MENCÍA, Javier (coord.), *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, Cizur Menor Thomson Reuters-Civitas, Navarra, 2015, pp. 273 a 291.
- LEÓN SANZ, Francisco José: «La política de remuneraciones de los administradores en las sociedades de capital», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 324, 2022, Civitas (BIB\2022\2530).
- LÓPEZ AHUMADA, José Eduardo: «La relación laboral y la mercantil. La evolución de la teoría del vínculo y sus efectos en el control de las retribuciones de los consejeros: límites a los contratos de empleo de administración social», en HIERRO ANIBARRO, Santiago (dir.), *Retribución de consejeros*, Marcial Pons, Madrid, 2020, pp. 151 a 206.
- LÓPEZ BEDMAR, Rafael José: «La teoría del vínculo en la relación laboral especial de alta dirección: implicaciones jurídicas y doctrinales», *Laborum, Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, núm. 13, 2024, pp. 169 a 192.
- LÓPEZ CUMBRE, Lourdes: «¿Puede pactarse en el contrato laboral de alto directivo que éste no tendrá derecho de indemnización ante el desistimiento empresarial?», *Análisis GA&P*, Septiembre, 2014.
- LÓPEZ HORMEÑO, Carmen: «El «bonus» empresarial: principales cuestiones prácticas en el ámbito laboral», *Diario La Ley*, núm. 10165, 2022, pp. 1 a 6, [recurso electrónico].
- LLUCH CORELL, Francisco Javier: «La relación de los administradores de la sociedad con el derecho del trabajo», *Revista de Jurisprudencia* núm. 2, 2015.

- MALDONADO MONTOYA, Juan Pablo: «Administradores, directivos y relación laboral: atización progresiva de la teoría del vínculo», en AA.VV. MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS, Alfonso y GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Sara (dirs.): *El órgano de administración de las sociedades de capital*, Atelier, Barcelona, 2025, pp. 51 a 73.
- MARÍN BENÍTEZ, Gloria: «La doctrina del vínculo y la deducibilidad fiscal de la retribución pagada al administrador social: evolución de la jurisprudencia de la Sala Tercera sobre la cuestión», *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, vol. 6, núm. 1, 2025, pp. 254 a 266.
- MARTÍNEZ ALFONSO, ANTONIO.: «Cuestiones prácticas en relación a la retribución de los Administradores en el ámbito del derecho mercantil y tributario. Parte I.»; *Carta Tributaria*, núm. 105, 2023 (La Ley 14760/2023) [recurso electrónico].
- MARTÍNEZ MORENO CAROLINA.: «El trabajo de alta dirección: evolución histórica y fuentes de regulación», *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 36, 1995, pp. 15 a 86.
- «Sobre la posibilidad de un concepto común y expansivo de trabajador en el Derecho de la Unión Europea», *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)* núm. 6, 2023, pp. 63 a 88.
- MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana: «Variabilidad y flexibilidad salarial, retribución variable y retribución flexible», *Revista Derecho Social y Empresa*, núm. 5, 2016 (Ejemplar dedicado a: La Retribución variable: una clave esencial en la gestión empresarial), pp. 21 a 61.
- MERCADER UGUINA, Jesús Rafael: «¿Subsiste la teoría del vínculo tras la Ley 31/2014?: la retribución de los administradores sociales y el nuevo «contrato de administración» de los consejeros ejecutivos», *Trabajo y Derecho*, núm. 4, 2015, pp. 121 a 127.
- «Retribución variable y principios del Derecho del Trabajo», *Revista Derecho Social y Empresa*, núm. 5, 2016 (Ejemplar dedicado a: La Retribución variable: una clave esencial en la gestión empresarial), pp. 62 a 90.
- MERCADER UGUINA, Jesús R. y TORRONTÉGUI AYO, Nerea: «Retribución variable y los indicadores financieros como criterio para su determinación», *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo Laborum*, núm. 1, 2021.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo (Revisada y actualizada por SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente): *Derecho del trabajo*, Tecnos, 45.^a edición, Madrid, 2024.
- NIETO ROJAS, Patricia: *La participación financiera de los trabajadores en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- NÚÑEZ VARGAS, Javier: «La condición laboral del consejero delegado en las sucesivas reformas legales y jurisprudencia comunitaria», *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 170, 2023, pp. 33 a 59.
- PAZ-ARES RODRÍGUEZ, José Cándido: «El enigma de la retribución de los consejeros ejecutivos», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2008, pp. 1 a 74.
- PEDREÑO LOPEZ, Carles: *El tratamiento jurídico-fiscal de la remuneración de los administradores*, Aranzadi, Navarra, 2018.

- PEINADO GRACIA, Juan Ignacio: «La «sostenibilidad a largo plazo de la sociedad» como criterio orientador del sistema de retribución de los administradores sociales», *Revista de derecho mercantil*, núm. 335, 2025, pp. 1 a 34 [Recurso electrónico].
- RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, Rosa María: «Las retribuciones de los directivos: a propósito de los bonus», *Revista Lex Mercatoria*, núm. 3, 2016, pp. 51 a 57.
- SALA FRANCO, Tomás: *La relación laboral de los altos cargos directivos de las empresas*, Deusto, Bilbao, 1990.
- SÁNCHEZ MARÍN, Gregorio; BAIXAULI SOLER, J. Samuel y LUCAS PÉREZ, M. Encarnación: «Retribución de la alta dirección, estructura del consejo administrativo y resultados», en coord. por COSSÍO SILVA, F. J.: *Administrando en entornos inciertos*, XXIII Congreso Anual AEDEM, Sevilla: ESIC, 2009, pp. 1 a 19.
- SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Yolanda: «Administradores y altos directivos [arts. 1.3.c) y 2.1.a)]», *Revista española de derecho del trabajo*, núm. 100, 1, 2000 (Ejemplar dedicado a: El estatuto de los trabajadores. Veinte años después), pp. 61 a 82.
- SÁNCHEZ RUS, Heliodoro: «Las cláusulas estatutarias relativas a la retribución de los administradores en las sociedades de capital», *La Ley Mercantil*, núm. 14, 2015 (La Ley 3286/2015).
- TODOLÍ SIGNES, Adrián: *Salario y productividad: un análisis jurídico-económico de los complementos salariales variables vinculados a la productividad y a los resultados de la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- «Problemas interpretativos del Bonus salarial: duración del plan de retribución variable, fijación de los objetivos a cumplir y cálculo de salario regulador en la indemnización por despido», *Documentación Laboral*, núm. 108, 206 (Ejemplar dedicado a: Problemas actuales del régimen de la retribución en España. Evolución reciente en Portugal y Rumanía), pp. 57 a 80.
- TOVAR ROCAMORA, Juan José: «La teoría del vínculo tras la Ley 31/2014», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 184, Sección Estudios, febrero 2016, pp. 215 a 236.
- VALDÉS DAL-RÉ, Fernando: «Altos Cargos», *Revista de Política Social*, 1978, núm. 117, pp. 212 a 216.
- VÁZQUEZ CUETO, José Carlos: «La remuneración de los administradores mediante participación en los beneficios en las sociedades de capital no cotizadas», *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 55, 2019, [Recurso electrónico], pp. 1 de 48.
- VIDAL MARTÍ, Bernardo.: «Carga de la prueba en las percepciones de dietas por manutención exentas por un trabajador-administrador Sentencia del Tribunal Supremo número 429/2020, de 18 de mayo, de la Sala de lo Contencioso, Sección Segunda, en Recurso de Casación Contencioso-Administrativos (L. O. 7/2015) número 4002/2018», *Carta Tributaria*, núm. 65-66, 2020, pp. 1 a 9, [Recurso electrónico].
- VIGO SERRALVO, Francisco: «La documentación de las dietas como requisito para su deducción de la cotización a la Seguridad Social», *Lan Harremanak: Revista de Relaciones Laborales*, núm. 43, Junio, 2020, pp. 156 a 174.
- VIÑUELAS SANZ, Margarita: *Prevención de retribuciones excesivas de administradores de sociedades de capital*, Marcial Pons, Madrid, 2024.

CAPÍTULO XXXI

LA RETRIBUCIÓN DEL DEPORTISTA PROFESIONAL

FULGENCIO PAGÁN MARTÍN-PORTUGUÉS
Profesor Ayudante Doctor
Universidad de Murcia

EL SALARIO DEL DEPORTISTA

La retribución del deportista, como la de cualquier trabajador por cuenta ajena, es la contraprestación que recibe por el desarrollo de su actividad profesional, si bien por la peculiaridad de su relación contractual existen emolumentos y pactos que también deben incardinarse en el salario del deportista.

El vetusto RD 1006/1985¹, en su artículo 8 establece que la retribución de los deportistas será la pactada en convenio colectivo o contrato individual teniendo la condición legal de salario todas las percepciones que se reciban del club o entidades en metálico o en especie, excluyendo las cantidades que por la legislación se consideren no tenga carácter salarial.

La retribución del deportista, como veremos, comprenderá todas las percepciones que reciba tanto en dinero o en especie, comprenderá por tanto la antigüedad, pese a que los contratos de los deportistas profesionales por su

¹ RD 1006/1985 de 26/06. BOE 153 de 27/06/1985.

naturaleza siempre serán temporales, tal y como establece el art. 6 del RD 1006/1985; la prima de fichaje, la mensualidad, la vivienda y/o automóvil o medio de locomoción que se le ponga a disposición, los derechos de imagen y cualesquiera otros que se perciba derivados de su vinculación con el club deportivo.

I. LOS CONVENIOS COLECTIVOS

En la actualidad, los convenios colectivos son los que vienen fijando las cantidades «mínimas» a percibir por el deportista de esta forma se ha procurado crear una protección sobre el salario a percibir según categoría, de forma que el salario pactado por contrato siempre mejorara lo establecido en el convenio colectivo marcando un suelo, evitando así, como ha ocurrido, que hubiera situaciones en los que la retribución quedara por debajo del mercado.

Conviene referir ahora qué deportes cuentan con convenio colectivo para la regulación específica de su especialidad, debiendo destacarse, en el caso del fútbol con la existencia de tres convenios colectivos, los futbolistas vinculados a la Liga de Fútbol Profesional², y los de Tercera División o Primera RFEF³ y las futbolistas, convenio colectivo propio⁴.

También el balonmano también cuenta con convenio colectivo propio⁵; el baloncesto ACB, o primera división⁶; el baloncesto femenino, también en su primera división⁷ así como las jugadoras de primera división femenina de fútbol, ya referido, que ahora se denomina Liga F; aunque la enumeración no es exhaustiva sí es de destacar cómo se ha caído de la negociación colectiva deportes como el ciclismo profesional que desde 1992 contaba con convenio colectivo, siendo el último publicado el de 2010⁸.

Procede ahora ahondar aunque sea someramente en los dos convenios colectivos de deportistas profesionales de futbolistas, Resolución de 23/11/2015 que registra y publica el convenio colectivo para la actividad de fútbol profesional, primera y segunda división, que en su artículo 19 refiere el salario del futbolista con una vaga e imprecisa expresión por la que establece que serán salario de los deportistas todas sus retribuciones, salvo las que la legislación

² BOE n. 293 de 08/12/2015.

³ BOE n. 108 de 03/05/2024.

⁴ BOE n. 100 de 25/04/2025.

⁵ BOE n. 165 de 9/7/2024.

⁶ BOE n. 65 de 17/03/2021.

⁷ BOE n. 112 de 08/05/2024.

⁸ BOE n. 79 de 01/04/2010.

vigente excluya, veamos que se la redacción es casi un calco de lo que expresaba el RD 1006/1985.

El convenio de los deportistas primera categoría rfef, equivalente a la segunda división b o tercera división, en su capítulo IV establece las condiciones económicas, por conceptos prácticamente igual que el anterior convenio, el de los deportistas de primera y segunda división, incluyendo igualmente el salario base, el salario en especie, los complementos salariales –entre los que contempla la ayuda/retribución por vivienda y los derechos de explotación de imagen–, para fijar también un salario mínimo garantizado, y por los procesos de incapacidad temporal..., en definitiva mismos conceptos salariales con distintas cuantías.

Los conceptos salariales que constituyen la retribución del futbolista, en el caso de los Primera RFEF, sí contempla el concepto salario base para añadir los complementos salariales, en tanto que los de primera y segunda división dentro de condiciones económicas, también en su capítulo IV, contiene un concepto denominado salario, sin más, para a continuación decir que todas las retribuciones serán salario, y añadir en los sucesivos artículos cuáles serán los conceptos salariales incluyendo entre éstos la prima de contratación o fichaje, la prima de partido, el sueldo mensual, las pagas extraordinarias, el plus/premio de antigüedad, el derecho de explotación de imagen en su caso.

Se contempla también, en sendos convenios, la retribución durante las vacaciones, e incluso las que se produzcan durante la situación de incapacidad temporal fijando, como ya anticipamos, la retribución mínima garantizada como sueldo mensual, según categorías que ostente dentro del fútbol profesional, con desglose por temporadas y con actualización de IPC, e indemnización por muerte o lesión invalidante en cualquier actividad laboral.

El convenio colectivo de deportistas de primera y segunda división cuenta con una actualización, Acta de modificación⁹ que contempla cambios en la duración, vigencia, actualización de salarios, días de descanso, permisos, contrato, sueldo mensual –actualiza el salario mínimo garantizado–, antigüedad, indemnización por muerte e incapacidad, aprueba también un modelo de contrato de trabajo tipo y fija el fondo social.

El fondo social es un dinero que por la Liga de Fútbol Profesional se entrega a la asociación de futbolistas AFE para que se destine a la atención de jugadores y proyectos de formación de éstos al término de su carrera profesional, y para que se realicen actos benéficos, a tal fin se fija una cantidad que se

⁹ BOE n. 296 de 12/12/2023.

va incrementando por cada temporada fijándose su pago en cuatro pagos iguales durante los meses de septiembre, diciembre, marzo y junio.

II. LOS CONCEPTOS SALARIALES

El sueldo mensual se fijará por las partes no pudiendo ser inferior al que establezca el convenio colectivo pudiendo prorratearse en el sueldo mensual todos los conceptos a percibir por el deportista cuando esto sea posible, se refiere esto pues la prima de partido deberá percibirse cuando se devengue, esto es, cuando el partido se haya jugado con lo cual será este un concepto a retribuir a mes vencido o en la liquidación final.

Otro concepto salarial lo será la prima de fichaje, que no es más que el dinero extra que se percibe por el jugador al firmar en un equipo, así lo podríamos definir como el pago inicial que se percibe del club; pues bien esta prima de fichaje pasa a engrosar la partida retributiva a percibir por el deportista y también se tendrá en cuenta para el cálculo, en su caso, de la posible indemnización a percibir, siendo además otra peculiaridad de esta prima de fichaje que también podrá percibirse en plazos de vencimiento periódico siendo un importe a pactar entre el club y el deportista por el hecho de suscribir el contrato de trabajo pactándose por ambos la forma de percepción y los plazos.

También destacamos otro concepto cual es la prima de partido que será la cuantía que el deportista perciba por cada encuentro que participe con que el club debiendo constar su importe en el contrato, y teniendo además que fijar si se trata de partidos completos, o el mero concurso de unos minutos, así en ocasiones esto no se especifica y salvo que expresamente se fije un número mínimo de minutos, la mera participación generará cómputo a efectos de establecer la prima.

1. La antigüedad

La antigüedad como concepto retributivo generaba poca controversia en los contratos de los deportistas pues como sus contratos, por su propia naturaleza, son de duración determinada, ex art. 6 del RD 1006/1985, apenas se suscitaba conflictividad por este complemento, sin embargo a partir del reconocimiento expreso por el Tribunal Supremo a la indemnización del art. 49.1.c del Estatuto de los Trabajadores, indemnización de doce días por año de servi-

cio, sentencia de 14 de mayo de 2019 ¹⁰ se ha generado una problemática, antes inexistente sobre la antigüedad del deportista.

En los convenios colectivos, además, se ha ido estableciendo un premio de antigüedad en función del tiempo de estancia en el club, por cuanto la duración temporal de los contratos no obsta a que se genere un contrato de mayor o menor tiempo, como tampoco a generar un complemento según el tiempo que se permanezca de forma ininterrumpida vinculado al club, así se suele contemplar cuál es el premio de antigüedad en función de las temporadas consecutivas que queda el deportista en el club.

La sentencia del TSJ del País Vasco de 11/05/2024 ¹¹ aplica la figura legal de compensación y absorción de salarios respecto a la cantidad a percibir, en este caso jugadora de fútbol, en su reclamación por premio de antigüedad, al solicitar la indemnización por fin de contrato que es rechazada.

2. Cláusulas salariales

La problemática que surge con la inserción de cláusulas sobre el contrato es si estas cantidades pueden ser absorbidas por otras que haya de percibir, debiendo distinguirse en todo caso la naturaleza de los conceptos retributivos.

La Sala de lo Social del TSJ de Andalucía, en su sentencia de 02/07/2001 ¹² resuelve el conflicto entre un deportista y el club de fútbol sobre un convenio de compensación económica por ayuda de kilometraje suplidos y pérdidas de horas laborales, por este acuerdo el club pagaba una cantidad fija de enero a mayo y se comprometía a un pacto adicional si se clasificaba a la fase de ascenso, y otra cantidad adicional si se conseguía el ascenso, el club se clasificó y posteriormente consiguió el ascenso.

La reclamación se produce al reclamar las cantidades pactadas correspondientes a abril, mayo y también junio, así como el importe por la clasificación a la fase de ascenso y por el ascenso, la sentencia es estimada y el club formula recurso de suplicación, de una parte insistiendo en la competencia de jurisdicción –extremo ya rechazado en la instancia haciendo saber que la calificación de aficionado del contrato ninguna vinculación ni efectos produce sobre la realidad de la relación laboral– y de otra porque las cantidades reclamadas están devengadas de acuerdo con lo pactado, estando en el propio con-

¹⁰ Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Recurso 3957/2016.

¹¹ TSJ País Vasco. Sala de lo Social. Recurso 299/2024.

¹² TSJ Andalucía. Granada. Sala de lo Social. Recurso 2450/2000.

trato establecido el importe a percibir a la firma del contrato; la pretensión del club es rechazada pues las primas que por logros pudiera conseguir el deportista, establece una diferenciación entre el sueldo periódico y la prima de fichaje de forma clara, y por tanto se rechaza el argumento del club deportivo que invocó que esa cantidad era un anticipo y que debía deducirse de la otra.

Es interesante reseñar de esta resolución, como de tantas otras en el mismo sentido, que siempre por el club demandado se interesa derivar el litigio a la jurisdicción civil, negando la laboralidad de la relación contractual, e intentando obtener el efecto ahuyentador que supone acudir a una jurisdicción como la civil lenta, con costes y costas, y donde la reclamación pueda quedar diluida en excepciones procesales y nuevos motivos de oposición conforme a las reglas propias de este tipo de procedimiento.

Otra problemática derivada de la cláusula de fichaje se produce cuando el club exige al jugador el reintegro de parte de lo percibido al haber extinguido su contrato antes del tiempo fijado en su contrato de trabajo sin causa justificada, no siendo este pacto un pacto de permanencia sino un anticipo de salario, al hilo de esto traigo a colación el procedimiento resuelto por el Juzgado de lo Social 15 de Barcelona¹³, que se inicia por reclamación del club del pago de la prima de fichaje de contrato, sobre importe percibido por el jugador de forma indebida, y resuelve a su vez la demanda que formuló el deportista reclamando una cantidad de la prima de fichaje.

Los hechos probados son que el jugador, deportista brasileño, suscribió un contrato de trabajo, en el ámbito de la relación laboral especial de los deportistas profesionales, contrato firmado tras suscribir el club el acuerdo por los derechos federativos con el club de procedencia de Brasil; por el club español, en el contrato de trabajo, se establecía la integración del jugador asumiendo éste las obligaciones tanto deportivas, como de comportamiento, conducta e imagen; se pactó una duración de cinco temporadas; y se acordó la percepción por el jugador de 8.500.000 euros por aceptar la oferta de incorporación al club español.

El contrato regulaba la decisión unilateral del jugador para prestar servicios a otro club, federación o entidad deportiva, reconociendo con esta resolución el derecho de percibir por el club la cantidad de 190.000.000€, importe contemplado para la resolución anticipada sin justa causa anterior al vencimiento, pago sin el cual no se podría resolver el contrato, ni autorizar transferencia si no se hubiera realizado previamente. El contrato contemplaba la dedicación exclusiva del jugador quedando vetadas otras activi-

¹³ Juzgado Social 15 Barcelona. Sentencia 18/06/2020. Proceso: 947/2017.

dades profesionales o por cuenta ajena, salvo autorización del club; posteriormente el contrato fue novado ampliándose la duración fijada y la permanencia en el club, fijando nuevas condiciones económicas, también superando la cantidad de la resolución anticipada según la fecha en la que se produjera, y reproduciendo la dedicación exclusiva, el nuevo contrato se extendía hasta 30/06/2021.

En fecha de 01/08/2017 el jugador reclamó la prima de fichaje, denominado *singing bonus*, por importe de 4.650.000 euros, cantidad pendiente de liquidación; dos días después, el 03/08/2017, el jugador remite al club un comunicado informando de su derecho a la extinción anticipada y unilateral del contrato, haciendo constar que la indemnización a la que tenía el club derecho se depositaría en la Liga de Fútbol Profesional. El jugador suscribe un nuevo contrato con un club francés, por cinco temporadas contrato en el que el nuevo club se comprometía al pago de la indemnización por incumplimiento del pacto de permanencia. El club español demanda al deportista en 11/08//2017 quien anunció reconvenición en el acto de conciliación en 02/10/2017 por la cantidad que el club le adeudaba, además la Agencia Tributaria dictó diligencia de embargo preventivo contra el jugador por importe de más de treinta y cuatro millones de euros.

El litigio resuelto tiene como objeto la interpretación y aplicación de la cláusula de fichaje aduciendo el club que se devenga a lo largo de la vida del contrato del deportista profesional, liquidándose a la finalización del contrato de trabajo, sin perjuicio de que pudieran abonarse anticipos a cuenta de la liquidación final; el trabajador entiende que el importe se devenga por el mero hecho de la firma de contrato o fichaje, tracto único, con independencia de cómo se liquidara y abonara el importe o sus fraccionamientos pactados.

El club solicita la devolución de la prima de fichaje del contrato inicial y de la posterior novación, si bien el juzgado entiende que esta cláusula de fichaje tiene naturaleza salarial como pone de manifiesto el convenio colectivo que lo engloba dentro de los conceptos salariales, constituyendo retribución como lo es la prima de partido, el sueldo mensual, las pagas extraordinarias, el plus de antigüedad y los derechos de imagen, y por tanto considerar que se trata de un pago único a la finalización del contrato, susceptible de abonos a cuenta, no es coherente con el bonus, sin que tampoco conste dicha forma de pago en el contrato donde no se contempla el devengo al término del mismo.

En este caso, la cláusula es muy concreta se fijan dos plazos para el pago, por cuanto mal se puede entender que este se produzca a la finalización

del mismo, y es por tanto que llegada la fecha de cada vencimiento cada impago convertiría la deuda en líquida y exigible, sin que tampoco se puedan considerar anticipos, pues estos quedarían condicionados a la voluntad del empleador sin quedar sujetos a fecha cierta, además los anticipos en un principio, son solicitados por el trabajador sin que el empleador pueda disponer a su libre albedrío de pago de salario bajo la concesión de anticipos reintegrables no solicitados; así las cosas, la cláusula de ficha no puede tener la naturaleza de pacto de permanencia sino de pago de salario por el mero hecho del fichaje.

El salario de la prima de fichaje, retribución de naturaleza salarial es un concepto distinto de la indemnización de la cláusula de resolución anticipada por voluntad del trabajador, el art. 22 del convenio colectivo del fútbol profesional, en redacción vigente, establece que la cantidad de la prima de fichaje se devenga por el mero hecho de suscribir el contrato de trabajo, en este caso es importante llamar la atención que la novación del contrato y prórroga de las condiciones pactadas, supuso un saldo y finiquito recíproco sobre las obligaciones económicas generadas en el contrato inicial, toda vez que ninguna reserva se hizo respecto a los derechos y obligaciones generados y pendientes; el contrato se mantuvo en vigor hasta la resolución unilateral del jugador el 03/08/2017, fecha en la que se rompe el compromiso de permanencia que daría lugar a percibir por el club demandante la penalización pactada, habiendo devengado el jugador, trece meses de su cláusula de fichaje, y habiéndose abonado un importe superior, la diferencia es la que quedaría a favor del club, sin que la ampliación del contrato comportara minoración en los derechos del jugador, pues nada de esto se contempló.

La prima de fichaje, con naturaleza salarial que no indemnizatoria, queda establecida en el convenio sectorial y tiene eficacia general y *erga omnes* en lo que se refiere el art. 83.3 del Estatuto de los Trabajadores, carácter normativo que impide otorgar un concepto no salarial a la prima de fichaje, y es un asunto de calado pues el salario retribuye el trabajo, y permite afirmar la vinculación de la cláusula de fichaje a la duración del contrato; así las cosas, la pretensión del jugador no puede prosperar pues no solo carecía de derecho a percibir la cantidad objeto de su pretensión, sino que además lo que deberá es reintegrar el exceso percibido por la extinción anticipada de su contrato sin causa justificada debiendo por tanto el futbolista abonar el exceso de prima de fichaje percibido en función de los meses en el club, y no teniendo derecho el deportista a la prima de fichaje no percibida.

3. El derecho a las primas

Sobre el derecho a las primas estas se fijan en el contrato de trabajo, y en función de los objetivos marcados, la sentencia del TSJ de Madrid, ya en 17/02/2009¹⁴ resuelve la reclamación realizada por el deportista sobre el derecho a percibir la prima, en este caso el jugador prestó sus servicios como profesional del primer equipo, percibiendo una retribución fija mensual de 2996,10 €, incluida las prorratas de pagas extraordinarias, el salario que percibía como contraprestación económica contemplaba distintas partidas: el sueldo mensual; prima de contrato; primas de partido y otras retribuciones, conforme al convenio colectivo vigente, y tenía acordado que durante todas las temporadas de vigencia del contrato percibiría las primas especiales alcanzadas para la plantilla del primer equipo, en función de los objetivos deportivos alcanzados.

El deportista ya en la temporada 2005-2006, percibió 60.000 euros por consecución de resultados deportivos; pactando para la temporada 2006-2007, la primera plantilla, y el club una serie de primas, por las que, cada jugador, percibiría, si el equipo se proclamaba campeón, 310.00 euros; subcampeón, 60.000 euros; siendo estas cantidades no acumulativas, percibiéndose sólo, por el puesto que se ocupara en la clasificación; abonándose a los jugadores inscritos en la Liga de Campeones con un máximo de 22, veintidós jugadores.

Durante esa temporada 2006-2007 el deportista no estuvo inscrito en la Liga de Campeones, ni jugó ningún encuentro, en la Liga Nacional de Fútbol profesional, el jugador, percibió en 8/11/2007, una prima por 155.000 euros brutos, presentando reclamación en la Comisión mixta, y solicitando la totalidad de la prima; y posteriormente presentó demanda de conciliación, y, de seguido, interpuso demanda ante el Juzgado de lo Social, se dicta sentencia por el juzgado que desestima la pretensión del jugador, que pretendía que el club le abonara 97.650 euros, de resto de prima por obtención del título de campeón de liga de fútbol. Contra la sentencia de instancia interpone recurso de suplicación, invocando como infringidos los arts. 3.1.c) y 3.3 del ET, en relación con el art. 31 del convenio colectivo para la actividad del fútbol profesional; así como también, el art. 1285 del CC y el art. 8 del RD 1006/1985 sobre las retribuciones de los deportistas profesionales.

El recurso, se basa fundamentalmente en que, si bien el acuerdo firmado por la plantilla del primer equipo de fútbol establece que, las cantidades acordadas por razón de las tres competiciones, se abonarán a los jugadores oficial-

¹⁴ TSJ Madrid. Sala de lo Social. Secc 2. Recurso 5454/2008.

mente inscritos en la liga de campeones, con un máximo de 22 jugadores, y por tanto él quedaría excluido de ese límite, él considera que sí se encuentra tácitamente incluido por lo pactado en su contrato individual. La Sala del TSJ, en sintonía con el juzgado de instancia, no comparte este criterio, y entiende que no puede prevalecer el pacto individual, cuando éste, se remite al acuerdo colectivo para determinar las primas para todos los componentes del primer equipo, y se somete a las condiciones pactadas por dicho colectivo, por ser acuerdos colectivos y no individuales; así razona que aceptado el criterio de distribución que efectuaron los jugadores del primer equipo, por el que a 21 se les abonaban 310.000 euros, y a otros 6 jugadores, 155.000 euros, y no constando que el demandante estuviera inscrito en la Liga de Campeones para la temporada 2006-2007, ni que tampoco que hubiera jugado ningún partido en la Liga Nacional de Fútbol Profesional, en dicha temporada, evidencia que, la consecución de objetivos en temporadas precedentes, con el devengo de incentivos en dichas temporadas, no supone el derecho a la consolidación, ni el devengo de dichos incentivos en ejercicios posteriores, como ha pretendido, por cuanto rechaza la petición del recurrente, y por tanto desestima el recurso de suplicación interpuesto.

Al hilo de esta sentencia, considero de interés, significar la del TSJ de Andalucía, Sevilla de 20/10/2009¹⁵, es interesante, pues se trata de un acuerdo de primas, que por parte del club se pretende no pagar, pese a estar acordadas, por consumarse el descenso de categoría, en este caso los jugadores tenían previstas determinadas primas, contemplando la posibilidad de un premio por ascenso de categoría, otro por número de partidos disputados, además de pactar otras retribuciones variables, complementos y ayudas. El contrato, obviamente no distinguía que el devengo de las primas se produjera o pudieran quedar sin efecto en función de un descenso de categoría, es decir las primas estaban contempladas de forma específica y autónoma pero no excluyentes.

Para resolver el litigio la Sala de Andalucía acude en apoyo del artículo 1.281 del Código Civil, que dispone que si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, habrá que estar al sentido literal de las cláusulas, e invocando la jurisprudencia de la Sala Primera del Supremo, que establece que cuando de lo alegado y probado en el proceso surjan dudas fundadas sobre la intención de los contratantes, el órgano judicial no puede detenerse en la mera literalidad, por claros que puedan parecer, sino que tiene el deber de indagar la intención de

¹⁵ TSJ Andalucía Sevilla. Recurso 1987/2008.

los contratantes acudiendo a los medios exegéticos que brinda el ordenamiento jurídico, siendo uno de ellos atender a los actos coetáneos y posteriores de los contratantes, es por cuanto entiende que la prima por partido es una retribución propia y característica del deportista profesional, que no puede ser dejada sin efecto unilateralmente por el club, no pudiendo eximirse de su pago como si fuera una sanción al deportista, pues el ordenamiento jurídico impide las multas de haber al trabajador, además, por parte del club, se respetaron los demás términos del contrato, asumiendo la vigencia del resto de las estipulaciones, por cuanto nada hace pensar que las primas, por número de partidos disputados, queden excluidas de los conceptos a ser retribuidos por el descenso de categoría, si las mismas se pactaron de forma independiente.

III. LOS DERECHOS DE IMAGEN

1. Competencia orden social. Salarios

La cuestión más controvertida sobre los derechos de imagen no es tanto que se trata de un concepto salarial, algo no discutido, sino que la mayoría de las veces estos derechos se vehiculizan a través de un segundo contrato, contrato en paralelo que se suele mantener de forma independiente, e incluso, más veces de lo deseable, ajeno a la tributación eludiendo la declaración de estos emolumentos. El Tribunal Supremo en su sentencia de 26 de noviembre de 2012¹⁶, resuelve la reclamación del importe de los derechos de imagen en la demanda interpuesta por el jugador contra el club, invocando la naturaleza salarial y reclamando el importe por este concepto. El jugador tenía firmadas varias temporadas, por cantidades totales netas a razón de 1.021,720 € brutos en contrato federativo, y 180.303 € netos en contrato de imagen que se pagaría a través de una empresa holandesa a indicar por el jugador, pactando la posible ampliación por una temporada en las mismas condiciones e importes de contrato federativo y de imagen.

Se da la circunstancia además que el jugador estuvo cedido, pactándose de forma adicional, además de la cantidad mensual de sueldo, la transferencia al club, durante la vigencia del contrato de cesión, de todos los derechos de imagen, para todo el mundo, comprometiéndose a realizar incluso los spots publicitarios que indicara el Club, debiendo utilizar la indumentaria

¹⁶ Tribunal Supremo. Sala de lo Social Recurso 4301/2011.

oficial y las botas de la marca que el referido Club determinara; finalizada la temporada, el club de origen en el inicio de la siguiente, no tramita la licencia federativa del jugador para participar en la competición profesional, procediendo el deportista a instar la resolución del contrato, acción que se acumula a la del despido, el club además adeudaba las retribuciones de la temporada finalizada.

Interpuesta demanda el Juzgado de lo Social, declara improcedente el despido del señalando como fecha de efectos del cese el día 3 de octubre del 2006; por el jugador se procede a reclamar el importe de los salarios de julio a septiembre de 2006, ya referidos, los tres días de octubre; y los derechos de imagen.

El jugador reclama los derechos de imagen de la temporada 2005/2006, y también de la siguiente de 2006/2007 el juzgado estima la demanda del deportista y condena al club al pago de los salarios reclamados, el importe de los derechos de imagen y el diez por ciento de demora; por el club de fútbol interpone recurso ante el TSJ de Galicia, en fecha 08/11/2011 ¹⁷ sentencia que estima parcialmente el recurso, y declara la incompetencia de jurisdicción del orden social respecto a la pretensión de retribución por la cesión de derechos de imagen, es decir, establece que en la jurisdicción social no se puede reclamar el pago de los derechos de imagen.

Recurrida la sentencia del TSJ de Galicia por la representación del jugador, ante el Tribunal Supremo, recurso de casación para unificación de doctrina, se sustancia aportando como sentencia contradictoria la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 2 de noviembre de 2000, entendiéndose por la Sala que se produce la necesaria contradicción entre ambas resoluciones, por presentar los supuestos sustanciales identidades en torno a la calificación jurídica de las cantidades pactadas y devengadas en concepto de derechos de imagen de los deportistas profesionales; en ambos casos, la de recurso y la de contraste se trata de dos casos de deportistas que ceden a su club los derechos de imagen – en el caso de Galicia es un futbolista, el de Madrid un entrenador–, y en ambos casos se abonaban los derechos a una empresa holandesa designada por el futbolista que era propietaria de estos derechos de imagen, y con la que, en ambos casos también, se pactó la adquisición de los derechos de para su explotación.

Para el Tribunal Supremo se dan los supuestos de necesaria contradicción pues se alcanzan soluciones diferentes ante supuestos sustancialmente idénticos, como es la calificación jurídica de las cantidades pactadas y devengadas en concepto de derechos de imagen de los deportistas profesionales, al

¹⁷ TSJ Galicia. Coruña. Sala de lo Social. Recurso 246/2008

tratarse en ambos casos de deportistas que ceden a su club los derechos de imagen, y abonándose en ambos casos lo percibido por este concepto, a través de una empresa holandesa, designada por el deportista, que se dice propietaria de los derechos de imagen de aquél, y coincidiendo en ambos clubes el pacto con las mencionadas empresas la adquisición de los referidos derechos de imagen, casualmente holandesas las dos, y de seguido se procede al análisis del recurso interpuesto.

Se ha de partir de la premisa de que los derechos de explotación de imagen, de los futbolistas profesionales, forman parte de su salario en los términos que se recogen en su convenio colectivo, y que esto es así porque el salario de los deportistas profesionales, está formado por la retribución que el convenio y, por los conceptos que en el mismo se califican como salario, TS 13/2/1990 (en relación a la prima de fichaje); pues bien, esta remisión al convenio sirvió en su momento a que por el TS se negara el carácter salarial de los derechos de imagen, así, en la sentencia de 20 de abril de 2009¹⁸, en un supuesto de un ciclista profesional que, como tal, regía sus relaciones con el club por el convenio colectivo regulador de la actividad de ciclismo profesional, y en los conceptos salariales no se incluía la partida de los derechos de imagen, remitiendo además al pacto individual para la regulación de las condiciones particulares de la cesión de los referidos derechos de imagen del ciclismo, concluyéndose, tras el estudio del pacto individual, que los derechos de imagen no se incluyen en los conceptos salariales; en este caso lo que se pretendía era su inclusión como salario para mejorar la base reguladora de la incapacidad permanente total por accidente de trabajo.

Y por qué el Tribunal Supremo entendió que para el ciclista había que excluir los derechos de imagen, pues en el caso del ciclista parece claro, para la Sala, que pone de manifiesto que del convenio colectivo y del contrato individual se desprende que la retribución pactada por tal concepto no obedecía ni respondía a la prestación de servicios profesionales, sino que únicamente retribuía la cesión que el deportista hacía de su imagen para se pudiera explotar por Euskatel, equipo ciclista, su imagen, aunque no lo hiciera de manera directa, pues además se hacía sin necesidad de contratar tal explotación con ninguna otra empresa, pues se trata de una explotación de *merchandising*, fotografías, pegatinas, cromos, bolígrafos, gorras... por cuanto para la Sala parece claro que estos derechos de imagen carecían de naturaleza salarial, y por tanto como la base de cotización la comprenderá la remuneración que tenga naturaleza estrictamente salarial, no podía incorporarse estos

¹⁸ Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Recurso 925/2008.

importes a la misma, no existiendo por tanto ningún incumplimiento de la obligación de cotizar.

Así las cosas, y centrado en el supuesto de los derechos de imagen cedidos a las empresas holandesas, no pueden extraerse la misma conclusión que en la aplicación del convenio colectivo de ciclismo, con los casos del fútbol profesional, pues analizando el contrato de trabajo entre el jugador demandante y el club, entiende que de su contenido se desprende que la retribución por la prestación de servicios como jugador de fútbol, estaba integrada por dos conceptos: contrato federativo y contrato de imagen y se añadía una cláusula en la que se estipulaba que el futbolista transfería al club durante la vigencia del contrato todos los derechos de imagen para todo el mundo, comprometiéndose a hacer incluso los spots publicitarios que se le indicara por el club, utilizando la indumentaria oficial y las botas de la marca que el club determinara.

Para el presente caso, razona la Sala, la duda sobre la naturaleza salarial viene suscitada por la concurrencia de dos circunstancias, la primera la cláusula del contrato según la cual esta partida sería percibida por el trabajador a través de empresa holandesa que indicara el jugador; y la segunda por el hecho de que el 18 de julio de 2002 el club deportivo firmara con la empresa con sede en Holanda un contrato de adquisición de los derechos de imagen del jugador, pactando como precio exactamente la misma cantidad que la estipulada en el contrato de trabajo por el concepto de «contrato de imagen», idéntico importe.

Razona el Tribunal Supremo que los llamados «contratos de imagen» de los deportistas profesionales de élite, han venido suscitando numerosas dificultades, de manera muy especial, desde el prisma del tratamiento fiscal y tributario, de la calificación jurídica que se haya de otorgar a los beneficios obtenidos, así en el presente supuesto, procede tener en cuenta que la retribución elude el control federativo porque de la prueba documental se aprecia que, el contrato que se presenta ante la Real Federación Española de Fútbol, sólo cuantifica el sueldo con arreglo a lo que en las partes habían denominado «contrato federativo» y, se indica que el jugador transfiere al club todos los derechos de imagen para todo el mundo, reproduciendo la cláusula relativa a la publicidad y la indumentaria, sin que se aparejara ningún emolumento a tal cesión; es decir, todo el contenido del contrato del derecho de imagen y la contraprestación económica de este contrato no se contemplaba y por tanto quedaba omitida de forma intencionada para así eludir su valoración conjunta con el contrato estrictamente deportivo, el federativo.

Para la Sala, hay por tanto una perfecta unidad de negocio jurídico, que vincula el ejercicio profesional del deporte con la imagen, y que hace,

que la explotación de ésta discurra en paralelo con el desarrollo de la propia profesión; desarrollo éste que, a su vez, sólo cabe a través del contrato con el club de fútbol.

El Tribunal Supremo, analiza que, evidentemente, el hecho de que lo percibido por el jugador se califique o no como salarial tiene importantes repercusiones, y no siempre favorecen a la misma parte, así, mientras que la naturaleza extrasalarial reporta beneficios fiscales, al ser menor la presión sobre las cantidades que no se conceptúan como rendimientos del trabajo, la calificación como salario habrá de permitir incluirlo en su caso en las bases reguladoras de la Seguridad Social que pudieren devengarse, y por tanto la naturaleza jurídica de las cantidades reclamadas vendrá configurada, en todo caso, por su propia esencia y por el objeto para el que fueron estipuladas, sin tener en cuenta la apariencia que las partes quisieron dar a las obligaciones que estipularon, y todo porque el hecho de que el trabajador señale a la empresa holandesa solo podría entenderse como la concreción del lugar de pago de ese concreto concepto retributivo, pero no altera la realidad del acuerdo consistente en la cesión al club de la explotación de sus derechos de imagen, en el marco de su contrato de trabajo y dentro de las contraprestaciones que con él se pactan, así las cosas existiendo contrato de trabajo, las cantidades estipuladas como derechos de imagen, constituyen parte del salario, incluyéndose en su caso en el cálculo de la indemnización por despido¹⁹.

Centrando el supuesto y la calificación jurídica a las connotaciones fiscales, la sentencia de casación hace un llamamiento a la autonomía propia del Derecho Tributario y del Derecho del Trabajo, advirtiendo de que no pueden desconocerse los eventuales puntos de conexión que permiten mantener la unidad del ordenamiento jurídico, y aun cuando el legislador lleve a cabo de forma autónoma la definición de los conceptos sobre los que se asienten las normas de cada una de tales ramas del Derecho, habrá que preservar unos mínimos de congruencia y coherencia interna, y por tanto respecto a la consideración del salario y la calificación del mismo como rendimientos del trabajo por la Sala de lo Social, se acude en su resolución a la jurisprudencia de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo, sentada tanto en relación con la obligación de los Clubes de fútbol de efectuar retenciones a cuenta del IRPF por dichas cantidades, como a la imposibilidad de descontarse el IVA por los pagos efectuados a sociedades terceras.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Contencioso, la Sala de lo Social determina que los pagos por derechos de imagen de los jugadores efectuados a una entidad o sociedad tercera se presumen remuneración del futbol-

¹⁹ Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Recurso 1377/1990.

lista con la calificación fiscal de rendimientos del trabajo; así, constando la cesión de la explotación de los derechos de imagen en el propio contrato de trabajo a favor del club, no cabe dudar de su naturaleza salarial y por tanto las cantidades percibidas son rentas del trabajo, aun cuando fueran satisfechas a una sociedad, por cuanto toda cantidad reclamada por derechos de imagen, habrá de considerarse retribución de carácter salarial, pese a la designación de un tercero para el percibo de la misma.

Habiéndose cedido los derechos de imagen fueron al club directamente por el propio jugador, a este negocio contractual habrá que estarse, debiendo negar que la utilización a posteriori por parte del club de una sociedad instrumental –cuya titularidad se desconoce– altere los términos de la relación laboral y de las verdaderas obligaciones que de ella nacían, y es por tanto que lo percibido por derecho de imagen será considerado renta del trabajo estableciéndose por la Sala, la competencia del orden social de la jurisdicción para la reclamación de los derechos de imagen declarando la nulidad de la sentencia de suplicación, con devolución de los autos a la Sala del TSJ para dictar sentencia.

La posterior devolución de los autos a la Sala del TSJ, tras declarar la competencia del orden social, finalizó con su sentencia de 18/02/2013, en la que la nueva resolución de suplicación, reproduciendo los argumentos del Supremo, y entrando al fondo, confirmó la condena de instancia sobre las cantidades reclamadas de las mensualidades de julio, agosto, septiembre de 2006, más los tres días de octubre que no habían sido abonados, condena también que el contrato federativo suscrito por importe de 63.944,32 euros, que tampoco había sido pagado, también condena al abono con el diez por ciento de mora, añadiendo además, tras la anulación de la sentencia por el Supremo, la retribución por cesión de derechos de imagen por 226.881,27 euros netos, más el interés moratorio, también del diez por ciento, donde como se aprecia, el TSJ trata estos derechos como un salario más y por tanto incrementa también el porcentaje de mora.

Procede hacer un apunte más sobre esta resolución, y es de advertir que la sentencia da validez al pacto de salarios netos cuando el actual art. 26.4 del Estatuto de los Trabajadores establece que todas las cargas fiscales y de Seguridad Social a cargo del trabajador serán abonadas por éste siendo nulo todo pacto en contrario, previsión ya contenida en la primera redacción de la Ley 8/1980, entonces en su art. 26.3; y en la doctrina del Tribunal Supremo, sentencia de Pleno de 29/11/2009²⁰ que pone de manifiesto su doctrina por la que los salarios se han de consignar en bruto, y en su caso será el juzgado, si no lo

²⁰ Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Recurso 2757/2008.

hace la empresa, quien realizará la liquidación deduciendo las obligaciones objeto de retención que tuvieran que realizarse.

2. Derechos de imagen. Fiscalidad

Sobre la imputación de los derechos de imagen como rendimientos y su obligación aun siendo cedidos ya se pronunció el Tribunal Supremo en su sentencia de 16/04/2012²¹ haciendo saber que el jugador residente ha de tributar por la renta del no residente, que percibe los derechos de imagen, incluso aun no teniendo vinculación, así el deportista que utiliza sociedades instrumentales que ceden mediante contraprestación, el derecho o la autorización a la sociedad o entidad con la que está relacionada laboralmente, eludiendo el pago de impuestos por la contraprestación que se percibe por derechos de imagen por la compañía interpuesta, constituye un entramado compuesto por club, jugador, sociedad interpuesta, que sirve como instrumento para de forma indirecta de retribuir a los jugadores por unas cantidades, que tengan la denominación que tengan, quedan sometidas al impuesto de la renta de las personas físicas y no al de sociedades por unas compañías que responden a una ficción.

La Audiencia Nacional ya en sentencia de 24/06/2004²² confirmó la naturaleza retributiva de las retribuciones percibidas por los deportistas profesionales directamente a través de entidades intermediarias, debiendo considerarse dichos ingresos como rendimientos del trabajo personal por cuenta ajena, y por tanto con la obligación de pagar la retención y realizar el ingreso de estas.

Son dos cuestiones las que procede analizar con la fiscalidad y los derechos de imagen, la primera es la deslocalización, la tributación fuera de la residencia habitual del deportista, la siguiente es si estos derechos de imagen tienen que ver con su actividad deportiva o con su vida personal y percepciones ajenos al club y a la práctica deportiva.

IV. LA EXTINCIÓN ANTICIPADA DEL CONTRATO

El trabajador también tiene derecho a percibir la retribución por lo que le resta de contrato cuando el club prescinde de forma anticipada de sus servicios, en este punto tenemos que recordar que el deportista de alguna forma tiene que ver resarcida la resolución de su contrato, pues a diferencia de la

²¹ Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso. Secc 2. Recurso 2659/2008.

²² Audiencia Nacional Contencioso. Secc 2. Recurso 1184/2002.

relación laboral común, en la relación laboral del deportista profesional no cabe la readmisión por cuanto la reparación habrá de realizarse en función del tiempo pactado en la temporalidad contractual, o la cláusula específica que fije este importe.

La Sala de lo Social del TSJ de Madrid, en sentencia de 11/09/2009²³ resuelve el supuesto por el que una jugadora suscribe un contrato por dos temporadas como jugadora de balonmano, estando prevista su finalización el 31/05/2008, pactando dieciséis mil euros para la primera temporada y dieciocho mil euros para la siguiente, importe que se percibiría en diez mensualidades consecutivas en los primeros diez días de cada mes. En fecha 6/11/2006 suscribe otro contrato para otro club para el que prestaría servicios durante 2006-2007, este contrato se firma entre la jugadora, su club actual y el nuevo club. Al finalizar la primera temporada el club principal manifiesta que no cuenta con la jugadora para la siguiente temporada, lo que hace en 19/05/2007, abonando las cantidades de mensualidad hasta esa fecha. La jugadora disconforme demanda instando sea pagada la cantidad pactada en el contrato, es importante reseñar que la deportista no acciona por despido sino exclusivamente por la cantidad pendiente de pago por el incumplimiento de contrato, a lo que el juzgado de instancia accede, condena que es confirmada por la Sala del TSJ.

En el mismo sentido, pero con matices respecto al fondo, se pronunció también la Sala del TSJ de Madrid en su sentencia de 16/09/2019²⁴, en el supuesto en el que el deportista solicita la extinción por falta de ocupación efectiva, en este caso el club propone al jugador que mientras estuviese lesionado se le suspendiera la licencia federativa, si bien lo que hizo realmente no fue suspender sino cancelar la licencia por exceso de cupo, y contrató a otro jugador sustituto; en este caso la cancelación no se produjo de mutuo acuerdo, sin que tampoco la situación de incapacidad temporal sea causa de cancelación pues la sustitución de un deportista no supone un incremento de licencias ni priva al lesionado de su puesto de trabajo, además una vez el deportista recibe en alta médica el club niega su reincorporación lo que abrió la puerta a solicitar una extinción indemnizada del contrato de trabajo además de obtener la cantidad de 1.500.000 euros por los daños y perjuicios que se le habían causado dado que era muy joven y esta situación le había producido pérdida de caché y caída de ingresos al recalcar en otros clubes cobrando una cantidad muy inferior a la que percibía.

²³ TSJ de Madrid. Sala de lo Social. Secc 1. Recurso 1294/2009.

²⁴ TSJ de Madrid. Sala de lo Social. Secc 5. Recurso 611/2019.

Sobre los supuestos de baja por incapacidad temporal ha de recordarse que el art. 12 del RD 1006/1985 establece que el contrato de trabajo podrá suspenderse por las causas y con los efectos previstos en el Estatuto de los Trabajadores, y este en su art. 45.1.c, contempla la suspensión por la incapacidad temporal de los trabajadores, así lo que el club debió haber hecho es sustituir al jugador sin incrementar la licencia del sustituido pues su licencia es suya mientras esté de baja, y cuando se hubiera producido su alta hubiera supuesto la baja del jugador que le había sustituido, con lo cual nunca se hubiera producido ningún incremento de licencias ni la privación del lesionado o del enfermo a conservar su puesto de trabajo.

Entra también la resolución en un asunto muy común en materia indemnizatoria de los deportistas profesionales, que son las cláusulas de resolución que en la mayoría de los casos carece de reciprocidad contemplando solo el posible perjuicio al club, el club percibirá si el jugador resuelve el contrato pero el club no paga nada o una cantidad muy inferior si es éste el que resuelve el contrato, este tipo de cláusulas son consideradas nulas en la mayoría de los casos, como así fue declarada en este que analizamos, al dejar solo el beneficio en una de las partes la aplicación de la penalización.

V. EL DEPORTISTA A TIEMPO PARCIAL

El Tribunal Supremo en su sentencia de 02/04/2009²⁵ marcó un hito pues rompió con el criterio hasta entonces existente, sin base jurídica pero admitido, que para reconocer la relación laboral del deportista los ingresos debían ser al menos del salario mínimo interprofesional, por tanto a partir de esta sentencia, cuya doctrina se ha consolidado, se establecen unas pautas sobre las notas caracterizadoras de la relación del deportista con el club que determinan que se está ante una relación laboral de deportista profesional con independencia del tiempo empleado, siempre que se perciba un salario, por pequeño que éste sea.

La doctrina de la Sala establece que la jurisdicción social es la que tiene competencia para calificar la relación del deportista como profesional o aficionado, de nada vale la calificación federativa, así, un deportista que realiza su actividad en un club de categoría regional preferente, entrenando regularme en las instalaciones del club y participando en los partidos que disputa con arreglo al calendario federativo, su remuneración no son hono-

²⁵ Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Recurso 4391/2007.

rarios, sino que para el Tribunal Supremo es salario si se dan los requisitos sustantivos del contrato de trabajo deportivo pues el art. 1.2 del RD 1006/1985 establece que son deportistas quienes en virtud de una relación de carácter regular, se dedican voluntariamente a la práctica del deporte, bajo la dirección y organización de un club a cambio de una retribución, es decir notas de voluntariedad, ajenidad, dependencia y retribución, por cuanto toca considerar si la cantidad a percibir, como en el caso es de 230 euros, es una cifra que supondría eliminar la laboralidad al no tener una etiqueta profesional sino amateur, a efectos federativos y de contrato, pues bien la Sala afirma que el RD 1006/1985 no exige un mínimo retributivo como consustancial a la práctica del deporte profesional, pues si lo que se percibe es un importe por la práctica del deporte, y se produce la prestación voluntaria de los servicios deportivos lo que se está percibiendo es un salario, y por tanto será el club o entidad deportiva la que tendrá que acreditar que el importe que se recibe es compensatoria de gastos por desplazamiento o por cualquier otro concepto análogo.

Al hilo de la sentencia del Tribunal Supremo, y de su doctrina, es muy común no ya que las partes realicen una determinada denominación del contrato como aficionado registrándose como tal en la correspondiente federación, sino que además se eluden los conceptos salariales estimando unos ficticios gastos de locomoción, en la mayoría de los, para eludir el carácter salarial de la retribución; al hilo de esto se trae al análisis la sentencia del TSJ de Madrid de 22/10/2010²⁶ que estima el recurso del trabajador, establece la existencia de la relación laboral del deportista profesional, con independencia de la denominación dada por las partes, e incluso estableciendo que no es preciso que exista la licencia federativa para que exista un contrato de trabajo deportivo profesional, para a continuación remarcar que la ausencia de salario determina la cualidad de deportista aficionado y el cobro la de profesional. Analizaremos la resolución.

El supuesto es el de un entrenador y un club que firman un contrato federativo en 1/09/2008 con duración hasta el 30.06.2009, en el que se establece que no se está ante una relación laboral, y que se abonará a favor del entrenador una compensación total por 4.000 euros, desglosada, a razón de 1.000 euros, por cada uno de los siguientes conceptos: pérdida de horario laboral; gastos de viaje; gastos de manutención; y gastos de material deportivo. En 9/03/2009, la empresa comunica el cese desde ese mismo día, y el club

²⁶ TSJ Madrid. Sala de lo Social. Secc 1. Recurso 3084/2010.

manifiesta que como ha percibido 3.600 euros, le quedan por percibir 400 euros, de conformidad con el contrato suscrito entre las partes.

El entrenador es funcionario de la Comunidad de Madrid, jornada que realiza, por su condición de funcionario, de 8 a 15h, y no consta que haya declarado ante Hacienda, Agencia Tributaria, la cantidad percibida por el club demandado, demanda por despido y la sentencia del Juzgado de lo Social aprecia la falta de competencia jurisdiccional por razón de la materia, y absuelve al club demandado; contra esta sentencia se interpone recurso de suplicación que se centra, única y exclusivamente, en la competencia, en dirimir si el orden social es o no, la jurisdicción competente.

Para el juzgado de lo social, y con amparo en el RD 1006/1985, se afirma que no se estaba ante la nota profesional, por cuanto no era el fútbol su medio principal de vida, y por tanto no constituía una dedicación laboral plena, que sí lo era su puesto de trabajo como funcionario, además razona que los rendimientos se encuentran por debajo del salario mínimo interprofesional, y que tampoco existía un contrato profesional pues tampoco se tramitó su licencia profesional.

La sentencia de suplicación centra el litigio en la competencia del orden social para a continuación afirmar que su cometido es el de analizar las actuaciones de instancia en su integridad, con toda la prueba incluida a fin de crear su propio elemento de juicio indispensable para un correcto pronunciamiento por cuanto no se considera vinculada por las declaraciones fácticas de la sentencia de instancia, sino que, por el contrario, forma su propia convicción analizando directamente las pruebas y datos obrantes en los autos.

Sentado lo anterior, la Sala argumenta que si bien, la actividad principal del actor no es la de entrenador, pues presta relación profesional a jornada completa con la Comunidad de Madrid; y que queda probado que no declaró los ingresos que percibió del club de fútbol ante la Agencia Tributaria, esta circunstancia no es óbice para establecer que la relación contractual que unía al entrenador funcionario y el club, solo puede calificarse, como, relación laboral de carácter especial, propia del deportista profesional, toda vez que el art. 1.2 del RD 1006/1985, preceptúa que son deportistas profesionales quienes, en virtud de una relación establecida con carácter regular, se dediquen voluntariamente a la práctica del deporte por cuenta ajena, dentro del ámbito de organización y dirección de un club, y a cambio de una retribución; siendo, la única particularidad que la relación laboral de deportistas profesionales, presenta frente a la relación laboral común, es la especificidad del servicio prestado, pues de acuerdo con la definición que contiene el artículo 1.2 mencionado, en el presente supuesto, se está ante la dedicación a

la práctica del deporte reuniéndose las notas de la relación laboral dado que se realiza de forma voluntaria, de forma habitual o regular, se presta el servicio por cuenta ajena; se hace de forma dependiente, y se hace por una retribución, y aquí es donde especialmente incide en la naturaleza de los emolumentos que percibe y la designación que éstos reciben en su contrato llamando la atención la denominación de cada uno de estos conceptos y la idéntica cantidad dineraria de cada uno.

La Sala analiza, el encuadramiento, de la percepción de la compensación de los gastos derivados de la práctica deportiva, y tras un largo excursus doctrinal concluye que el contrato federativo, que califica el contrato del entrenador, como no profesional, en nada prejuzga la auténtica naturaleza jurídica de la relación contractual entre las partes; sin que tampoco lo desvirtúe, el hecho, que el recurrente prestara servicios a la Comunidad de Madrid de 8 a 15h; como que tampoco declarara las percepciones percibidas; para el TSJ el demandante, percibía una contraprestación económica por sus servicios como entrenador, por mucho que se denominara «compensación» de gastos, toda vez, que no se demuestra por el club, ni la realidad, ni la cuantía de los gastos pretendidamente compensados, por cuanto sólo cabe reputar estas percepciones como salario. Entiende el TSJ, que concurren las notas que informan la relación laboral especial de deportista profesional, declarando competente el orden social para pronunciarse sobre la calificación del cese del entrenador; anulando la sentencia de instancia, con retroacción de actuaciones, y como casi siempre el dato determinante es el salario o retribución percibida, en este caso es evidente que se percibía una contraprestación económica por los servicios como entrenador, por mucho que se denominara compensación de gastos, así en el contrato federativo figura expresamente la compensación de los gastos derivados de la práctica deportiva, que comprendía, por la pérdida de horario laboral mil euros, por gastos de viaje, mil euros, por gastos de manutención, mil euros, por compensación de gastos de material deportivo, mil euros; sin que se demostrara por la demandada que el importe real de los gastos se correspondía con las supuestas compensaciones que venía a sufrir, siendo llamativo para la Sala que todas las partidas tuvieran la misma cuantía, y que en la temporada 2008-2009 percibiera tres mil seiscientos euros en pagos fraccionados, por cuanto queda indemostrada la realidad y de la cuantía que pretendidamente se iban a compensar, debiendo reputarse dichas cantidades como salario.

Otra resolución, de idéntico contenido fue resuelto por el TSJ de Madrid en 11/04/2011 ²⁷ se trata de un entrenador con contratos federativos renovados año a año, contratos calificados de federativos que comenzaban entre julio y septiembre, finalizando cada año el último día de junio. El importe que percibía, según distintos justificantes de pago oscilaba entre 180 y 240 euros, salvo los tres últimos pagos de marzo abril y junio de 2009 de 970, 800 y 400 euros respectivamente. En fecha de 5/10/2009 se comunica la rescisión del último contrato, estando por tanto ante un procedimiento de despido donde el juzgado de lo social apreció falta de competencia jurisdiccional por razón de la materia; centrando el argumento el juzgado de instancia en la forma irregular de los pagos compensatorios que no cubren una labor profesional, la Sala no comparte este razonamiento, pues para ésta la calificación del vínculo que realice el club deportivo con el entrenador no modaliza ni condiciona su verdadero carácter, sin que la calificación o no de la laboralidad de la relación quede a libre disposición de éstas, sino que debe surgir del contenido real de las prestaciones concertadas y de la concurrencia de los requisitos que legalmente delimitan el tipo contractual, debiendo estarse a la definición del art. 1 del RD 1006/1985. La sentencia de suplicación entiende que se evidencia el carácter laboral especial del contrato de trabajo al margen de la calificación del contrato del entrenador aficionado y de la irregularidad del sistema retributivo, pues la finalidad de dicho pago no era lo de los gastos ocasionados, pues conforme al art. 8.2 del RD1006/1985 es salario cualquier percepción en metálico o especie que se realice como retribución; y si el último pago se produjo en junio de 2009 sin que existiera ningún otro hasta octubre de 2009 se evidencia la naturaleza salarial de la retribución, sin que ello impida a que el demandante pueda dedicarse según el tiempo invertido en el club a otras actividades distintas.

²⁷ TSJ Madrid. Sala de lo Social. Secc 6. Recurso 5923/2010

CAPÍTULO XXXII

LA RETRIBUCIÓN DE LOS RECLUSOS

VALVANUZ PEÑA GARCÍA

Juez (Sstta.) Juzgados de lo Social del TSJ de Madrid

1. INTRODUCCIÓN

El trabajo en prisión tiene como principal objetivo, facilitar la integración social de los internos en la sociedad, cumpliendo así lo que con carácter general se dispone en el artículo 25.2 de la CE, en su párrafo primero, que establece: «Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados».

Trabajar mientras se cumple condena, tiene numerosos beneficios, entre ellos, desarrollar habilidades sociales, que dan a los internos la posibilidad de aprender nuevas destrezas y conocimientos, que les puedan ser útiles para encontrar un empleo, una vez salgan de prisión. Desde el punto de vista psicológico, puede servir para cambiar su comportamiento, desarrollar hábitos de responsabilidad, y disciplina, y mejorar su autoestima.

Asimismo, el trabajo, puede mejorar la vida del interno en prisión, ya que les hace pasar el tiempo de una forma diferente, evitar problemas de conducta y mejorar sus relaciones con otros internos, así como con el personal penitenciario.

Desarrollar una actividad laboral, puede ser un paso importante para su reinserción social, ya que permite empezar a reconstruir sus vidas, y que tengan una rutina diaria, que los prepara para la vida fuera de la cárcel.

El sistema penitenciario español y el trabajo realizado en los centros penitenciarios ha sufrido, en el último siglo, numerosos cambios en función de la concepción existente del sentido de la pena. El fundamento de la imposición u obligatoriedad del trabajo de los penados se ha desplazado históricamente desde la consideración del trabajo como pena en sí misma, hasta la reincorporación social del recluso.

Las penas privativas de libertad consistían, en sus orígenes, en el denominado «trabajo afflictivo». A medida que pasaba el tiempo, su concepción cambió, pasando el trabajo a tener un carácter utilitario y, finalmente, el trabajo penitenciario, tal y como lo entendemos en la actualidad¹. Hubo que esperar hasta la segunda mitad del siglo XIX para empezar a tener la idea de que la pena debía ser un método para rehabilitar al delincuente. Por este motivo, el trabajo de los internos ha ido evolucionado desde un punto en el que era pensado como mero castigo y que tenía un carácter afflictivo, hasta la actualidad donde está orientado hacia la reinserción social y la reeducación. El trabajo penitenciario, a pesar de todos los cambios que ha sufrido, siempre ha contado con un carácter especial, que lo diferencia, en un grado sustancial, de la normativa laboral común.

Las tareas laborales que se realizan en prisión se llevan a cabo en zonas especiales habilitadas con el equipamiento necesario para la actividad laboral que se vaya a realizar, y que se denominan «talleres productivos» o «talleres penitenciarios». Los talleres productivos pueden estar dirigidos por la Entidad Estatal de Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo o pueden contar con la colaboración de empresas privadas.

Hay que tener en cuenta, que la naturaleza de la relación laboral especial penitenciaria se apoya en tres principios básicos: Primero: Que el trabajo penitenciario productivo constituye un derecho que para todos los ciudadanos viene reconocido en el art. 35.1 de la CE; Segundo: Que el trabajo en prisión de los reclusos es un derecho fundamental que se reconoce en el art. 25 de la CE (Aunque el Tribunal Constitucional se ha pronunciado numerosas veces limitando este derecho al confirmar que se trata de un derecho de aplicación progresiva condicionado a la disponibilidad de puestos del Organismo de Trabajo); Tercero: La finalidad del trabajo prisión, aparte de los propósitos ya

¹ PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel C.: «La relación laboral de los penados en instituciones penitenciarias». *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 9, sección estudios, p. 549, Civitas.

expuestos, tiene como finalidad principal preparar a los internos para cuando salgan en libertad, habiendo adquirido las habilidades necesarias para poder reinserirse en la sociedad una vez sean excarcelados.

2. REGULACIÓN DEL TRABAJO EN PRISIÓN

2.1 Normativa aplicable

La relación laboral especial de los penados que realizan actividades laborales en talleres penitenciarios (art. 2.1c ET) se encuentra regulada en los arts. 26 y ss. de la Ley Orgánica General Penitenciaria 1/1979, de 26 de septiembre, en los arts. 132 y 133 del RD 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario, y, de forma más detallada, en el RD 782/2001, de 6 de julio. El RD 782/2001 establece también el marco normativo de protección de Seguridad Social de este colectivo, acorde con sus especiales características (arts. 19 y ss.).

Las demás normas del Estatuto de los Trabajadores solo son aplicables, en los casos que el RD 782/2001, hagan una remisión expresa, desde el citado RD, o desde la normativa de desarrollo de este, según el art. 1.4 RD 782/2001.

En materia de protección de datos, la LO 7/2021, incluye el art. 15 bis, sobre el tratamiento de los datos personales de los internos.

Las cuestiones litigiosas derivadas de los conflictos individuales que se promuevan por los internos trabajadores se regirán por la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

La relación laboral especial de los internos en los centros penitenciarios en España, como se ha señalado, se recoge en el texto constitucional, en el que se establece que, tienen derecho a un empleo remunerado y a los beneficios correspondientes de Seguridad Social, así lo establece con carácter general el artículo 25 de la CE, que dispone, en su apartado 2, «Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad».

Vemos, que en este artículo se reconoce a los reclusos unos derechos que tendrán «en todo caso» y que son el derecho «a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad».

Debe distinguirse, por tanto, entre los derechos que tienen una concreción material definida (derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios de la Seguridad Social), de los otros derechos (acceso a la cultura y al desarrollo integral de la personalidad) de mayor indefinición en su propio término. Obsérvese, que la inclusión del derecho al trabajo de los penados dentro de los derechos fundamentales es una excepción de nuestro texto constitucional, ya que ni se recoge en las anteriores Constituciones, ni en el Derecho comparado, hay una normativa semejante².

Dada la situación de privación de libertad en que se encuentra el preso, es obvio, que el tratamiento constitucional del trabajo de los penados sea distinto al del ciudadano libre, al quedar en aquel caso en manos de la Administración el posibilitar el ejercicio del derecho al trabajo del penado. Ello permite que se asimile el trabajo libre con el trabajo en prisión, lo que se contiene en los textos internacionales sobre la materia y está expresamente recogido en los puntos 1, 8, 32, 34 y 35 de la Resolución núm. A4-0369/1998 del Parlamento Europeo sobre las condiciones carcelarias en la Unión Europea.

Asimismo, el capítulo II del Título II, y en concreto, el artículo 27.2, de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, establece que el trabajo directamente productivo que realicen los internos será remunerado³ y, por otro lado, el párrafo c) del apartado primero, del artículo 2 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto legislativo 2/2015, de 23 de octubre, enuncia como relación laboral de carácter especial la de los penados en las instituciones penitenciarias.

Estas previsiones han sido desarrolladas en el capítulo IV del Título V del Reglamento Penitenciario, aprobado por Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, que dispone, que el trabajo penitenciario, «es un derecho y un deber del interno, constituye un elemento fundamental del tratamiento cuando así resulte de la formulación de un programa individualizado y tiene, además, la finali-

² ELÍAS ORTEGA, Ángel. «Comentario sobre el mandato al Gobierno para una nueva regulación reglamentaria de la relación laboral de los penados» *Revista Doctrinal Aranzadi Social* n.º 5, 1999 sección estudios, p. 1223, Aranzadi.

³ Art. 27.2, Ley 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria: «Todo trabajo directamente productivo que realicen los internos será remunerado y se desarrollara en las condiciones de seguridad e higiene establecidas en la legislación vigente».

dad de preparar a los internos para su acceso al mercado laboral cuando alcancen la libertad», art. 132 del citado Real Decreto. Asimismo, en el siguiente artículo, se señala que el penado tiene «el deber de trabajar conforme a sus aptitudes», deber del que están exceptuados los que estén incapacitados para realizar una actividad laboral⁴. También regula el citado Reglamento, la posibilidad de trabajar los presos preventivos en igualdad de condiciones con los penados y con las mismas remuneraciones que reciben los mismos (art. 133.3 RD 190/1996).

La gestión del trabajo de los internos se regula en el Real Decreto citado anteriormente y en el Real Decreto 326/1995, de 3 de marzo, de regulación del Organismo Autónomo «Trabajo y Prestaciones Penitenciarias», éste y el organismo autonómico equivalente tiene atribuidas, entre otras funciones, la gestión del trabajo de los internos.

Dentro de este marco normativo, el artículo 28 de la Ley 55/1999, regula el Programa de Fomento del Empleo para el año 2000, incluyendo, en su apartado Tres, punto tercero, entre los colectivos beneficiarios de los incentivos previstos, a las empresas y entidades sin ánimo de lucro que contraten, indefinida o temporalmente, trabajadores desempleados en situación de exclusión social figurando entre ellos los internos de centros penitenciarios cuya situación penitenciaria les permita acceder a un empleo, así como los liberados condicionales y exreclusos.

Estos aspectos señalados anteriormente suponen un gran avance en el fomento de las políticas de inserción laboral del colectivo de reclusos, liberados condicionales y exreclusos, que es uno de los que presenta un mayor riesgo de exclusión social.

Por lo que respecta a los internos en régimen abierto que accedan a un empleo en el exterior del centro penitenciario, a los liberados condicionales y a los exreclusos, su relación laboral se somete a la normativa común, sin embargo, en el caso de los demás internos los principios básicos de la misma se contemplan actualmente en el Reglamento Penitenciario.

Hay que tener presente también, el artículo 33 de la LOGP (Ley 1/1979, de 26 de septiembre), establece: «Uno. La Administración organizará y pla-

⁴ Art. 133.2 del RD 190/1996: «Quedaran exceptuados de esta obligación, sin perjuicio de poder disfrutar, en su caso, de los beneficios penitenciarios: a) Los sometidos a tratamiento médico por causa de accidente o enfermedad hasta que sean dados de alta. b) Los que padezcan incapacidad permanente para toda clase de trabajos. c) Los mayores de sesenta y cinco años de edad. d) Los perceptores de prestaciones por jubilación. E) Las mujeres embarazadas, con motivo del parto, durante dieciséis semanas ininterrumpidas ampliables por parto múltiple hasta dieciocho semanas, distribuidas antes y después del alumbramiento a opción de la interesada, siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto. F) Los internos que no puedan trabajar por razón de fuerza mayor.»

nificará el trabajo de carácter productivo en las condiciones siguientes: a) Proporcionará trabajo suficiente para ocupar en días laborables a los internos, garantizando el descanso semanal. b) La jornada de trabajo no podrá exceder de la máxima legal y se cuidará de que los horarios laborales permitan disponer de tiempo suficiente para la aplicación de los medios de tratamiento. c) Velará por que la retribución sea conforme al rendimiento, categoría profesional y clase de actividad desempeñada. d) Cuidará de que los internos contribuyan al sostenimiento de sus cargas familiares y al cumplimiento de sus restantes obligaciones, disponiendo el recluso de la cantidad sobrante en las condiciones que se establezcan reglamentariamente. Dos. La retribución del trabajo de los internos sólo será embargable en las condiciones y con los requisitos establecidos para el salario del trabajador libre».

El artículo 77 del mismo texto legal, dispone: «Los Jueces de Vigilancia podrán dirigirse a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias formulando propuestas referentes a la organización y desarrollo de los servicios de vigilancia, a la ordenación de la convivencia interior en los establecimientos, a la organización y actividades de los talleres, escuela, asistencia médica y religiosa, y en general a las actividades regimentales, económico-administrativas y de tratamiento penitenciario en sentido estricto».

Señalar que el artículo 25 de la Constitución Española (CE), que recoge el marco constitucional en que se han de cumplir las penas privativas de libertad, realiza una remisión genérica sobre que la persona presa «gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria» y la acompaña de una concreción absoluta sobre su derecho al trabajo, y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social. Si bien el legislador constitucional dio mucha importancia al derecho al trabajo, esta relevancia contrasta con el «abandono» que los legisladores posteriores y los tribunales han venido dando a los derechos laborales de las personas presas. La Ley Orgánica General Penitenciaria recoge esta materia en diez artículos, y posteriormente, se dictó el Real Decreto 982/2001, de 6 de julio, que regula la «Relación laboral especial de los internos en los centros penitenciarios»⁵.

⁵ AGUILAR VILLUENDAS, Valentín J., Coordinador General de la Asociación Pro-Derechos Humanos de Andalucía (APDHA), Asociación pro-derechos humanos de Andalucía (APDHA), «Trabajo en prisión», *Atrapasueños*, 2015, pp. 8-11.

2.2 Relación laboral especial del trabajo en prisión, RD 782/2001, de 6 de julio

El trabajo en el ámbito penitenciario se puede definir como «aquella tarea, física o intelectual, que realizan las personas privadas de libertad y que contribuye a su reinserción social y laboral», dicha actividad puede ser o no voluntaria, productiva o retribuida⁶.

El Tribunal Constitucional, configura el derecho al trabajo penitenciario y a los beneficios de Seguridad Social, como un derecho de aplicación progresiva (STC 17/1993)⁷, es decir, que predomina su carácter prestacional en cuanto que, para hacerlo efectivo, exige la organización de un sistema de prestación, habiendo de distinguirse en él (STC 172/1989)⁸ dos aspectos: la obligación de crear la organización necesaria para proporcionar a todos los internos un puesto de trabajo y el derecho de éstos a una actividad laboral retribuida o puesto de trabajo dentro de las posibilidades de la organización penitenciaria existente.

Las especiales características de las relaciones laborales en prisión, tienen que ser reguladas por Real Decreto, dadas sus peculiaridades. Por relación laboral penitenciaria se entiende «aquella relación jurídica laboral establecida entre el Organismo Autónomo de Trabajo Penitenciario y Formación para el empleo u órgano autonómico competente y los internos trabajadores por el desarrollo de actividades laborales de producción por cuenta ajena, excluidas las cooperativas o similares»⁹ (arts. 1.1 y 2 RD 782/2001 y art. 4.2 RD 122/2015, de 27 de febrero).

Las relaciones laborales especiales fueron introducidas por la Ley 8/1980 de 10 de marzo del Estatuto de los Trabajadores y las mismas se caracterizan por tener las notas características de cualquier relación laboral las cuales se detallan en el artículo 1.1 del Real Decreto 2/2015 de 23 de octubre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Estas notas son la ajenidad, dependencia y voluntariedad. Las notas de ajenidad y dependencia en este tipo de relación laboral son claras pero el factor de voluntariedad en el trabajo penitenciario parece dudoso, dadas las especiales características de esta relación laboral, que, por algo, se adjetiva de «especial».

⁶ RUIZ GÓMEZ, A.: «Proyecto prisiones.es». *https://www.proyectoprisiones.es/Manual de derecho penitenciario/Trabajo penitenciario*.

⁷ STC 17/1993, de 18 de enero de 1993.

⁸ STC 172/1989, de 19 de octubre de 1989.

⁹ CERVELLO DONDERIS, Vicenta: «Derecho penitenciario», Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 217.

En cuanto a la ajenidad el Real Decreto 782/2001 en su artículo 2.1 establece que «A los efectos del presente Real Decreto son trabajadores los internos que desarrollen actividades laborales de producción por cuenta ajena en los talleres productivos de los centros penitenciarios. 2. También a dichos efectos el empleador será en todos los casos el Organismo Autónomo Trabajo y Prestaciones Penitenciarias u órgano autonómico equivalente».

Respecto a la dependencia es clara debido a que los internos están bajo la dirección y organización del Organismo Autónomo Trabajo y Prestaciones Penitenciarias u órgano autonómico equivalente, lo que se recoge en el artículo 6 del RD que dispone como deberes laborales básicos de los internos:

- «a) Cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, con arreglo a las reglas de la buena fe, diligencia y disciplina, así como con las que se deriven de la actividad laboral comprendida en su programa individualizado de tratamiento.
- b) Observar las medidas de prevención de riesgos laborales que se adopten.
- c) Cumplir las órdenes e instrucciones del personal responsable de la organización y gestión de los talleres, en el ejercicio regular de sus funciones.
- d) Contribuir a conseguir el cumplimiento de los fines de la relación laboral, tanto desde el punto de vista de su preparación para la inserción laboral, como en relación con el cumplimiento de los objetivos de la actividad laboral que se le encomienda.

Indicar con relación a la voluntariedad, que del artículo 29 de la LOGP, se desprende, que es una “obligación”; por lo que no podríamos hablar de “voluntariedad”, ya que el citado artículo, establece, en su apartado uno que “Todos los penados tendrán obligación de trabajar conforme a sus aptitudes físicas y mentales”».

El citado artículo, establece algunas excepciones, por las características físicas o psíquicas de los penados ¹⁰.

Asimismo, el citado artículo, establece la posibilidad de prestar servicios laborales, los que se encuentren en situación de prisión preventiva, «conforme a sus aptitudes e inclinaciones».

Hay que tener presente, que las condiciones del recluso no son las mejores para exigir el cumplimiento del deber laboral y, porque es precisamente, el carácter obligatorio de la actividad laboral lo que ha servido históricamente de

¹⁰ Ver nota núm. 2.

fundamento doctrinal para la estructuración del trabajo en prisión como especie intermedia entre el trabajo forzoso y el del resto de los ciudadanos»¹¹.

Se produce una verdadera relación laboral entre el interno como trabajador y el Organismo Autónomo Trabajo y Prestaciones Penitenciarias u organismo autonómico equivalente. Como en toda relación laboral los trabajadores cuentan con una serie de derechos y garantías las cuales están expresadas en el artículo 5 del RD 782/2001 los cuales son: «1. Los internos trabajadores tendrán los siguientes derechos laborales básicos: a) A no ser discriminados para el empleo o una vez empleados, por razones de nacionalidad, sexo, estado civil, por la edad, dentro de los límites marcados por la legislación laboral penitenciaria, raza, condición social, ideas religiosas o políticas, así como por el idioma. b) A su integridad física y a una adecuada política de prevención de riesgos laborales, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación vigente sobre dicha materia. c) Al trabajo productivo y remunerado que pudiere ofertar la Administración penitenciaria, así como a la percepción puntual de la remuneración establecida por la legislación penitenciaria, al descanso semanal y a las vacaciones anuales. d) Al respeto a su intimidad, con las limitaciones exigidas por la ordenada vida en prisión, y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual. e) A participar en la organización y planificación del trabajo en la forma y con las condiciones establecidas en la legislación penitenciaria. f) A la formación para el desempeño del puesto, así como a la promoción en el trabajo. 2. Asimismo, tendrán derecho a que se valore el trabajo productivo realizado y la laboriosidad del interno en orden al régimen y tratamiento penitenciario, así como para la concesión de beneficios penitenciarios cuando se cumplan los requisitos establecidos por la legislación».

En el artículo 6 del RD se expresan los deberes laborales de los internos los cuales son: «Los internos trabajadores tendrán los siguientes deberes laborales básicos: a) Cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, con arreglo a las reglas de la buena fe, diligencia y disciplina, así como con las que se deriven de la actividad laboral comprendida en su programa individualizado de tratamiento. b) Observar las medidas de prevención de riesgos laborales que se adopten. c) Cumplir las órdenes e instrucciones del personal responsable de la organización y gestión de los talleres, en el ejercicio regular de sus funciones. d) Contribuir a conseguir el cumplimiento de los

¹¹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis: «Un deber (no obligación) y derecho de los privados de libertad: el trabajo penitenciario», *Papers d'estudis, formació*, n.º E/1, 1987, p. 114.

finde de la relación laboral, tanto desde el punto de vista de su preparación para la inserción laboral, como en relación con el cumplimiento de los objetivos de la actividad laboral que se le encomienda».

Según el artículo 8 los internos podrán ser clasificados en los puestos de operario base y operario superior dependiendo del nivel de conocimientos que posean.

Los tipos de trabajo que pueden realizarse son muy variados, desde servicios de la cárcel, tales como lavandería o panadería, así como empresas externas, que colaboran, siendo los puestos más habituales, los de cocineros/as, lavaderos/as, panadero/as, distintos tipos de talleres o limpieza de las instalaciones.

2.3 Supuestos excluidos de la relación laboral especial del trabajo en prisión, RD 782/2001, de 6 de julio

Quedan excluidas del ámbito de esta relación laboral especial:

1. La relación laboral de los internos en régimen abierto, que estará sometida al sistema de contratación ordinaria con empresarios y que se regulará por la legislación laboral común, sin perjuicio de la tutela que en la ejecución de estos contratos pueda realizarse por la autoridad penitenciaria (art. 1.2 RD 782/2001).

2. Las diferentes modalidades de ocupación no productiva que se desarrollen en los establecimientos penitenciarios, tales como la formación profesional ocupacional, el estudio y la formación académica, las ocupaciones que formen parte de un tratamiento, las prestaciones personales en servicios auxiliares comunes del establecimiento, las artesanales, intelectuales y artísticas y, en general, todas aquellas ocupacionales que no tengan naturaleza productiva (art. 1.3 RD 782/2001); (art. 27.1, a), b), d), e), f), LO1/1979).

3. La relación laboral especial de los menores sometidos a la ejecución de medidas de internamiento de acuerdo con la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los menores, a la que se aplicara su régimen jurídico propio.

Los trabajos en beneficio de la comunidad, realizados en cumplimiento de condena penal es un supuesto distinto al contemplado por esta relación laboral especial. Son «trabajos» que se realizan en determinadas actividades de utilidad pública relacionadas con los delitos de similar naturaleza a los cometidos por el penado (labores de reparación de los daños causados o de apoyo o asistencia a

las víctimas). No son retribuidos por lo que quedan al margen de cualquier tipo de relación laboral. Su régimen jurídico se regula en el RD 840/2011, de 17 de junio, y su protección social se limita a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (arts. 22 y 23 RD 782/2001, modificado por el RD 2131/2008, de 26 de diciembre y art. 11 RD 480/2011).

3. RETRIBUCIÓN DE LOS RECLUSOS

3.1 Normativa

El salario de los reclusos se regula en el capítulo VII del Real Decreto 782/2001 titulado «Salarios y calendario laboral» donde se establece el régimen retributivo del trabajo de los internos.

La regulación se basa principalmente, en dos artículos:

- En el artículo 27.2 de la LOGP, que establece que «todo trabajo directamente productivo que realicen los internos será remunerado»;
- En segundo término, en el artículo 33.1c) de la LOGP, que señala que la Administración «velará por que la retribución sea conforme al rendimiento, categoría profesional y clase de actividad desempeñada».

El Estatuto de los Trabajadores establece en su artículo 26 qué percepciones tendrán consideración de salario y cuáles no. En su apartado 3 señala que «mediante la negociación colectiva o, en su defecto, el contrato individual, se determinará la estructura del salario [...]».

El artículo 1.4 del RD 782/2001, establece que las normas de la legislación laboral común solo serán aplicables a la relación especial que estamos examinando en los casos en que se produzca una remisión expresa, lo que no sucede en este supuesto, ni existe un reenvío expreso de que el trabajo del interno ha de ser remunerado conforme a lo dispuesto en convenio colectivo o en el artículo 27 ET del ET regulador del salario mínimo interprofesional y esta remisión no aparece tampoco en la Ley General Penitenciaria, ni en ninguna otra norma de desarrollo.

En el caso de los reclusos, el RD 782/2001 no alude ni al contrato individual, ni a convenio alguno, lo cual es obvio, dado que el convenio colectivo no es fuente de la relación laboral especial penitenciaria, debemos, por ello concluir, que el RD, no permite que el contrato mejore o estructure el salario de quien trabaja en prisión.

3.2 Regulación específica de la retribución de los reclusos

La retribución de los reclusos se basa en los siguientes principio y normas:

- 1.º Cálculo de la retribución del interno trabajador en función de su rendimiento y del horario de trabajo.

La modulación de la retribución se realiza en función del rendimiento y del trabajo se establece en el art. 15.1 RD 782/200, conforme al cual «la retribución que reciban los internos trabajadores se determinará en función del rendimiento normal de la actividad de que se trate y del horario de trabajo efectivamente cumplido».

- 2.º El módulo retributivo.

El art. 15.2 RD establece que «para la determinación de la retribución, se aplicarán los parámetros señalados en el apartado anterior a un módulo, para cuyo cálculo se tomará como referencia el salario mínimo interprofesional vigente en cada momento, de tal manera que el salario resultante se fijará proporcionalmente al número de horas realmente trabajadas y al rendimiento conseguido por el trabajador».

De la regulación establecida, se desprende, que, el RD, remite para fijar el régimen retributivo, al salario mínimo interprofesional vigente durante ese año. En este sentido cabe destacar STS de 5 de mayo de 2006¹² en la que defienden que «el SMI no tiene la condición de mínimo absoluto, sino como cuantía de referencia modulado en función de las horas trabajadas y el rendimiento laboral obtenido». Por tanto, el régimen retributivo aplicado con carácter general a cada uno de los talleres productivos deberá de individualizarse atendiendo al rendimiento laboral y a las horas trabajadas. El Organismo Autónomo tiene tres posibilidades para calcular dicha individualización: por producto o servicio realizado, por tiempo o por cualquier otro sistema, aplicando lo señalado en los apartados anteriores (art. 15.4 RD 782/2001).

- 3.º La determinación anual del módulo retributivo.

La determinación del módulo retributivo se determina con periodicidad anual por el Consejo de Administración del OATFE¹³ u órgano autonómico

¹² STS 5 de mayo de 2006 (rec. 726/2006).

¹³ OATFE, es el Organismo autónomo de Trabajo Penitenciario y Formación para el empleo, del Ministerio del Interior, de conformidad con RD 868/2005, de 15 de julio.

equivalente. Señala al efecto el art. 15.3 del RD precitado que «el módulo retributivo a que se refiere el apartado anterior, que se determinará anualmente por el Consejo de Administración del Organismo Autónomo Trabajo y Prestaciones Penitenciarias u órgano autonómico equivalente, incluirá la parte proporcional de la retribución de los días de descanso semanal y de vacaciones anuales retribuidas, así como las gratificaciones extraordinarias, en su caso».

4.º La determinación final de la retribución para cada interno trabajador.

El cálculo exacto de la retribución del interno trabajador puede acomodarse a diversos sistemas: producto o servicio, tiempo, o cualquier otro, aplicando las premisas anteriores. El art. 15.4 RD precitado señala que «las retribuciones podrán calcularse por producto o servicio realizado, por tiempo o por cualquier otro sistema, aplicando lo señalado en los apartados anteriores. Si el sistema aplicado es el de producto, y en el caso de que la organización del trabajo se lleve a cabo en colaboración con personas físicas o jurídicas del exterior, el OATFE u órgano autonómico competente se reserva el derecho a establecer los métodos y tiempos aplicables en la elaboración de los distintos productos».

5.º Posibilidad de primas e incentivos económicos.

Se regula la posibilidad de incluir en el salario primas o incentivos económicos. Conforme al art. 15.5 del RD 782/2001, «el OATFE u órgano autonómico equivalente podrá establecer primas a la producción, en función de la mejora de la calidad del trabajo, de la superación de determinados niveles de producción o de cualquier otra variable que se determine».

6.º Pago mensual de retribuciones.

En cuanto al pago de las retribuciones, dispone el art. 16.1 del RD 782/2001, que «el OATFE u órgano autonómico equivalente efectuará el pago de las retribuciones mediante su ingreso mensual en la cuenta de peculio del interno».

Las cuentas de peculio son cantidades que los reclusos tienen a su disposición, generalmente a través de una cuenta monedero o cuenta, y que está formada por el dinero que tenían al ingresar en prisión y las que reciban posteriormente por cualquier concepto de procedencia legítima, o bien del trabajo en prisión o también se puede depositar dinero por familiares o allegados. (art. 319.1 RP9) Son cantidades para hacer compras en el economato o para

cubrir otros gastos básicos dentro del centro penitenciario, también pueden utilizarse para realizar transferencias al exterior de la prisión, previa autorización administrativa.

7.º Posibilidad de embargo del salario.

Conforme al art. 16.2 RD 782/2001—que reitera esencialmente el art. 33.2 LOGP—, «las retribuciones del trabajo de los internos sólo serán embargables en las condiciones y con los requisitos establecidos para el salario en el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores». La regulación se contiene en el art. 27.2 del ET, conforme al cual «el salario mínimo interprofesional, en su cuantía, es inembargable».

Si la retribución percibida por el interno supera el SMI, y de conformidad con lo prevenido artículo 33.2 LOGP, el cual determina que «la retribución del trabajo de los internos sólo será embargable en las condiciones y con los requisitos establecidos para el salario del trabajador libre», pueden ser embargables las cantidades superiores al SMI de acuerdo con las normas contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil que son aplicables en la relación laboral común. Pudiéndose embargar por tanto la cantidad que supere el SMI de conforme a la escala recogida en el art. 607.2 LEC.

La Audiencia Provincial de Guipúzcoa mediante Auto confirmó que solo resultará inembargable aquella parte del salario que la LEC considera como tal, por lo que el resto, si lo hubiera, resultaría embargable¹⁴. No obstante, debido a que el pago de la pensión de alimentos goza de un trato procesal diferente y tiene un carácter eminentemente social «la ejecución de condena por prestación alimenticia supone una excepción a la aplicación automática de los límites establecidos para el embargo de salarios, sueldos, jornales, retribuciones o pensiones superiores al salario mínimo interprofesional»¹⁵.

También tener presente que la Administración penitenciaria cuidará de que los internos contribuyan al sostenimiento de sus cargas familiares y al cumplimiento de sus restantes obligaciones, disponiendo el recluso de la cantidad sobrante en las condiciones que se establezcan reglamentariamente (art. 33.1d) LO 1/1979).

¹⁴ SAP de Guipúzcoa 41/2010 de 9 de febrero, FJ 3) JUR\2010\412665.

¹⁵ AAP de Barcelona 342/2021, de 16 de junio, FJ 1) 0 TOL 8.606.559.

Según los últimos datos de Instituciones Penitenciarias¹⁶, en España 11.375 internos empleados de los 55.00 que hay en las cárceles del país, lo que representa una tasa de empleo del 20% entre la población reclusa y el salario que percibe un recluso en España oscila entre los 3,24 euros y los 5,68 euros la hora, lo que es equivalente a unos 200-300 euros mensuales.

3.3 Prestaciones de Seguridad Social

Si bien las prestaciones de Seguridad Social no son salario, sí que están íntimamente ligadas al mismo, por lo cual, deben ser objeto de análisis.

Los internos trabajadores, tal y como dispone el artículo 25.2 CE tendrán derecho, además de a un trabajo remunerado, a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social. Aunque la LOGP vuelve a reconocer este derecho en el artículo 26.f), es el RD 782/2001 en el Capítulo VIII quien se encarga de regular la «Protección de Seguridad Social de los internos que trabajen en talleres penitenciarios».

El artículo 19 de dicha Ley, establece que los penados gozaran de «asistencia sanitaria, así como de la acción protectora del mismo en las situaciones de maternidad, riesgo durante el embarazo, incapacidad permanente, muerte y supervivencia derivadas de enfermedad común y accidente no laboral, jubilación y situaciones derivadas de las contingencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional».

También que añadir a esta lista de situaciones la paternidad y el riesgo durante el periodo de embarazo. Mediante este artículo el legislador pretende igualar la cobertura que la Seguridad Social otorga a los trabajadores que cumplen penas en prisión, con aquellos que trabajan en libertad, estando por tanto incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social.

Será el Organismo de Trabajo Autónomo el que, desempeñando el papel típico del empresario, tendrá que cumplir con las obligaciones de afiliación, alta, baja y cotización conforme al artículo 20.1 RD 782/2001. El mismo artículo en el apartado segundo regula las normas que rigen la cotización, que se efectuará del siguiente modo: a) El tipo de cotización será equivalente a los casos de contingencias comunes que estén incluidas en la acción protectora de los penados. b) En los supuestos de contingencias profesionales, la cotización se realizará mediante la aplicación de una tarifa concreta: la de primas vigente a las retribuciones percibidas en relación con las horas trabajadas. Ahora bien,

¹⁶ Datos de Instituciones Penitenciarias, de junio de 2024, <https://www.infobae.com/26 julio 2024>.

con carácter general, esta base inferior no será más baja que las bases mínimas de cotización por contingencias profesionales en contratos celebrados a tiempo parcial. c) En los supuestos de cotización por contingencia de desempleo, el tipo aplicable será el que en dicho momento sea vigente para los casos de contratación indefinida. La obligación de cotizar deberá de mantenerse todo el tiempo que dure la relación laboral y, en caso de que esta sea suspendida exclusivamente en los casos de maternidad y riesgo durante el embarazo (art. 21 RD 782/2001).

El artículo 20 del RD regula el tema de afiliación, altas, bajas y cotización cuyo gestor será el OATPFE u organismo autonómico equivalente. En este punto debemos destacar la teoría del «paréntesis»: el tiempo en que el recluso estuvo privado de libertad cumpliendo condena, en cuyo transcurso no consta que se le ofreciera y rechazase llevar a cabo trabajos o actividades laborales en talleres penitenciarios, ha de considerarse como computable para completar la carencia necesaria para lucrar la prestación que se solicite¹⁷.

Así mismo, la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, en su artículo 24, apartado cuarto, introduce una nueva disposición adicional trigésima en el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio [entiéndase, disposición adicional vigésima tercera de la LGSS de 2015], por la que se establecen determinadas bonificaciones en las cotizaciones a la Seguridad Social por los conceptos de recaudación conjunta, respecto de los penados que realicen actividades laborales en instituciones penitenciarias, y declara aplicables a las cuotas empresariales por contingencias comunes las bonificaciones generales que se otorguen a la contratación de trabajadores con especiales dificultades de inserción laboral. Por otro lado, la citada Ley 14/2000, en su disposición adicional trigésima primera (actualmente derogada), declaró aplicable el Programa de Fomento del Empleo al colectivo anteriormente mencionado, y prorrogó el Programa para el año 2000 establecido en el artículo 28 de la Ley 55/1999, hasta el 17 de mayo de 2001. El Real Decreto-ley 5/2001, de 2 de marzo, de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el Incremento del Empleo y Mejora de su Calidad, incluye nuevamente al colectivo citado en el Programa de Fomento de Empleo para el año 2001, derogando el anterior.

¹⁷ STS 940/2018, 30 octubre (rec. 3877/2016).

3.4 Prestación por desempleo

Intrínsecamente relacionado con el salario y las prestaciones de Seguridad Social examinadas, está la protección por desempleo de los reclusos.

Están protegidos por la contingencia de desempleo cuando sean liberados de prisión, en los términos establecidos en el Título III del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, protección que asemeja el trabajo penitenciario al trabajo realizado en libertad.

El artículo 12 del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, que completa la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo, reconoce dos tipos de prestaciones para aquellos que salgan libres de prisión, que son las siguientes:

3.4.1 SUBSIDIO DE DESEMPLEO

El subsidio por desempleo para los internos liberados de prisión viene regulado en el artículo 274. 2 de la Ley General de la Seguridad Social y persigue la total reinserción social de los internos una vez que salen del centro penitenciario. Para poder ser beneficiario de este subsidio deben de cumplirse ciertos requisitos enumerados en la ley: 1) La privación de libertad debe de ser mayor a seis meses. 2) No tener derecho a la prestación contributiva al desempleo. 3) Haber sido liberado de prisión. 4) Estar inscritos como demandantes de en el plazo de un mes desde la excarcelación y permanecer inscrito durante un mes. 5) No haber rechazado oferta de empleo, salvo causa justificada.

La privación de libertad, durante el periodo que se señala, ha de ser efectiva e ininterrumpida, sin que se pueda sumar periodos anteriores¹⁸.

3.4.2 PRESTACIÓN CONTRIBUTIVA DE DESEMPLEO

Una vez que los penados han cumplido la pena impuesta y sean liberados de prisión tienen derecho a percibir la prestación contributiva de desempleo

¹⁸ STSJ Cataluña 3020/2021, de 14 de junio (rec. 1296/2021); y STSJ Asturias, 109/2009, de 9 de enero (rec. 02000/2008).

siempre que se cumplan los siguientes requisitos, recogidos en el artículo 266 Ley General de la Seguridad Social:

1) Estar afiliado a la Seguridad Social en situación de alta. El artículo 2.1 f) de la Ley de Desempleo considera situación asimilada al alta la liberación por cumplimiento de condena.

2) Tener cubierto el periodo mínimo de cotización dentro de los seis años anteriores a la situación de desempleo.

3) Encontrarse en situación legal de desempleo.

4) No haber cumplido la edad exigida para poder percibir la pensión contributiva por jubilación.

5) Estar inscrito como demandante de empleo en el Servicio Público de empleo correspondiente. En el caso de que el interno estuviera percibiendo una prestación de desempleo en el momento de ingreso a prisión, este derecho sería suspendido tal y como recoge el artículo 271.1 c) Ley General de la Seguridad Social, excepto si el titular tuviera responsabilidades y ninguna renta familiar fuese superior al SMI. Esta regla será aplicable también al subsidio por desempleo, de acuerdo con el artículo 279.1 de la misma ley.

Es controvertido el primer requisito sobre la duración temporal ya que no se especifica si el cómputo de los 6 meses debe ser en un periodo ininterrumpido o no, pero la jurisprudencia en diversos pronunciamientos, establecen que el periodo debe ser ininterrumpido¹⁹.

Recientemente, se ha reconocido el derecho de un preso en tercer grado a recibir la prestación por desempleo por el trabajo realizado mientras estaba en la cárcel, tras la denegación por el SEPE, por entender este organismo, que la prestación solo procedía en los casos de excarcelación definitiva del penado o pase a la situación de libertad condicional y no por el pase a la situación de tercer grado penitenciario²⁰.

4. BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR VILLUENDAS, Valentín J., Coordinador General de la Asociación Pro-Derechos Humanos de Andalucía (APDHA), «Trabajo en prisión», *Atrapasueños*, 2015, pp. 8-11.

¹⁹ STSJ de Cataluña 12746/2015, de 18 diciembre de 2015 (rec. 3926/2015).

²⁰ STSJ País Vasco 1882/2024, de 10 septiembre de 2024 (rec.1463/24).

- CERVELLO DONDERIS, Vicenta, «Derecho penitenciario», Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 217.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, «Un deber (no obligación) y derecho de los privados de libertad: el trabajo penitenciario», *Papers d'estudis, formació*, n.º E/1, 1987, p. 114.
- ELÍAS ORTEGA, Ángel. «Comentario sobre el mandato al Gobierno para una nueva regulación reglamentaria de la relación laboral de los penados» *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n.º, Secc. Estudios, p. 1223. Aranzadi.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. (1982). «La relación laboral de los penados en instituciones penitenciarias», *Revista Española de Derecho del Trabajo* (9), 549-572. Civitas.
- RUIZ GÓMEZ, Andrés: <https://www.proyecto prisiones.es/manual de derecho penitenciario/trabajo penitenciario>.

CAPÍTULO XXXIII

RETRIBUCIONES DE ARTISTAS Y PROFESIONALES TAURINOS

INMACULADA BAVIERA PUIG

Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Navarra

1. INTRODUCCIÓN

El arte y la cultura son parte importante de nuestras sociedades y enriquecen de distintas maneras nuestra calidad de vida¹. Es significativa la relación que, por ejemplo, tienen en alemán los términos que designan el arte, el culto y la cultura –*Kunst, Kult, Kultur*– como puso de relieve el filósofo Fernando Inciarte². Se tiende a creer que la cultura consiste en «cosas»: cuadros, esculturas, subvenciones, museos, películas, canciones... «Pues bien, si la cultura no está hecha de cosas, es precisamente porque la tierra natal –la mente y el corazón humanos– no es cosa alguna, como tampoco lo son su pensamiento, su amor, sus sentimientos o su gozo ante la belleza»³. Por todo ello, se entien-

¹ EUROPEAN COMMISSION: DIRECTORATE-GENERAL FOR EDUCATION, YOUTH, SPORT AND CULTURE: *The status and working conditions of artists and cultural and creative professionals-Report of the OMC (Open Method of Coordination) group of EU Member States' experts*, Publications Office of the European Union, 2023, <https://data.europa.eu/doi/10.2766/46315>, p. 4.

² LLANO, A.: *Cultura y pasión*, EUNSA, Pamplona, 2007, p. 15.

³ LLANO, A.: *Cultura y pasión...*, cit., p. 18.

de que las personas –los artistas y los profesionales de la creatividad y la cultura– están en el centro del desarrollo sostenible⁴.

La capacidad del arte de inspirar, innovar y conectar a personas de diferentes orígenes y culturas es cada vez más reconocida en la Unión Europea y en sus Estados miembros, no solo por el intrínseco valor de la cultura, sino también por sus repercusiones sociales y económicas. Sin embargo, este reconocimiento no siempre se extiende a los artistas y a los profesionales de la creatividad y la cultura que hacen que esto sea posible. Muchos de ellos se enfrentan a condiciones laborales precarias, bajos e irregulares ingresos, altos niveles de empleo por cuenta propia, carreras profesionales basadas en proyectos, y una falta de disposiciones legales que proporcionen protección social adecuada y marcos sostenibles para su desarrollo profesional. Todos estos retos se vieron exacerbados por la crisis del COVID-19, que reveló aún más la fragilidad del trabajo en los sectores culturales y creativos. Esta fragilidad no solo se pone de manifiesto en numerosos datos relacionados con las condiciones de empleo y trabajo, o el acceso a la financiación, sino también en los modelos de remuneración⁵. En este contexto, la transformación digital del sector y la irrupción de la inteligencia artificial afectan intensamente a las condiciones de trabajo en los sectores culturales y creativos⁶.

2. MARCO POLÍTICO DE NACIONES UNIDAS

El compromiso con un entorno de trabajo justo y digno en los sectores cultural y creativo se refleja en una serie de documentos de la UNESCO y la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que trataremos a continuación.

2.1 UNESCO

La Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), de acuerdo con el artículo 1 de su Constitución, se

⁴ ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS: *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible* (A/RES/70/1), 21.10.2015, apartado 2, p. 3; UNITED NATIONS-DEPARTMENT OF ECONOMIC AND SOCIAL AFFAIRS-POPULATION DIVISION: *World Population Prospects 2019-Highlights*, Nueva York, 2019, p. iii.

⁵ EUROPEAN COMMISSION: DIRECTORATE-GENERAL FOR EDUCATION, YOUTH, SPORT AND CULTURE: *The status and working conditions of artists and cultural and creative professionals...*, cit., pp. 4, 6.

⁶ OIT: *Conclusiones de la Reunión técnica sobre el futuro del trabajo en el sector de las artes y el entretenimiento*, Ginebra, 13-17 de febrero de 2023, TMFWAE/2023/8, pp. 1-2.

propone la promoción de la paz por medio de la cultura, lo que contribuye a la consecución del Objetivo de desarrollo sostenible 16, relativo a la promoción de sociedades justas, pacíficas e inclusivas⁷. He aquí algunos textos clave para el presente estudio.

2.1.1 RECOMENDACIÓN RELATIVA A LA CONDICIÓN DEL ARTISTA

El texto, aprobado el 27 de octubre de 1980, trae a colación «los términos de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en especial los artículos 22, 23, 24, 25, 27 y 28»⁸. En concreto, cabe destacar el artículo 23, que establece el derecho de toda persona al trabajo, así como a condiciones equitativas y satisfactorias (ap. 1). Y, con respecto al tema aquí analizado, señala que «toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social» (ap. 3). El derecho a «fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses» (ap. 4) completa la dicción de este precepto.

Esta Recomendación relativa a la condición del artista también recuerda los términos del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, adoptado el 16 de diciembre de 1966, y en especial sus artículos 6 y 15⁹. El texto, tras reconocer «que estos derechos se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana», afirma que el derecho a trabajar «comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado», tomándose «medidas adecuadas para garantizar este derecho», y «en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana» (art. 6). El derecho a «participar en la vida cultural» comprende también el de «gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones»; y de «beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora» (art. 15).

La Recomendación de la UNESCO de 1980 reconoce que «las artes, en su acepción más amplia y completa, son y deberían ser parte integrante de la

⁷ NACIONES UNIDAS: *Objetivo 16: Promover sociedades justas, pacíficas e inclusivas*, <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/peace-justice/>

⁸ UNESCO, *Recomendación de 1980 relativa a la condición del artista*, París, 2022, p. 1.

⁹ UNESCO: *Recomendación de 1980 relativa a la condición del artista...*, cit., pp. 1-2.

vida y que es necesario y conveniente que los gobiernos contribuyan a crear y a mantener no solo un clima propicio a la libertad de expresión artística, sino también las condiciones materiales que faciliten la manifestación de este talento creador»¹⁰. De este modo, esta Recomendación sirve como hoja de ruta para mejorar la condición de los artistas y para reformular las políticas culturales dirigidas a facilitar un entorno propicio para su trabajo. En este sentido, afirma «el derecho del artista a ser considerado, si lo desea, como un trabajador cultural y a gozar en consecuencia de todas las ventajas jurídicas, sociales y económicas correspondientes», sea o no asalariado¹¹. Asimismo, la Recomendación recoge la necesidad de reforzar «la protección de sus derechos morales y materiales sobre sus obras, sus interpretaciones y ejecuciones, y sobre la utilización que de ellas se hace»¹².

El texto tiene en cuenta la diversa situación de los artistas en los países en los que despliegan su talento, por lo que establece una definición general, entendiendo por ««artista» toda persona que crea o que participa por su interpretación en la creación o la recreación de obras de arte, que considera su creación artística como un elemento esencial de su vida, que contribuye así a desarrollar el arte y la cultura, y que es reconocida o pide que se la reconozca como artista, haya entrado o no en una relación de trabajo u otra forma de asociación»¹³. A todos estos se aplica la Recomendación de 1980, incluyendo los artistas autores y creadores en el sentido del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas, y de la Convención universal sobre derecho de autor, así como a los ejecutantes e intérpretes en el sentido de la Convención de Roma sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión¹⁴.

La Recomendación, en el marco de una política general de estímulo de la creatividad artística y de mejoramiento de las condiciones de empleo, invita a los Estados a extender a los artistas la protección jurídica definida por las normas de la OIT y, en concreto, al establecimiento de formas de compensación apropiadas en favor del artista, cuando no puedan respetarse las normas relativas a las horas de trabajo, el descanso semanal y las licencias con sueldo, «sobre todo para los artistas intérpretes o ejecutantes, equiparando las horas dedicadas a los desplazamientos y los ensayos a las de interpretación pública

¹⁰ UNESCO: *Recomendación de 1980 relativa a la condición del artista...*, cit., p. 2.

¹¹ UNESCO: *Recomendación de 1980 relativa a la condición del artista...*, cit., p. 3.

¹² UNESCO: *Recomendación de 1980 relativa a la condición del artista...*, cit., p. 5.

¹³ UNESCO: *Recomendación de 1980 relativa a la condición del artista...*, cit., pp. 6, 9.

¹⁴ UNESCO: *Recomendación de 1980 relativa a la condición del artista...*, cit., p. 11.

o de representación» (ap. VI.2.b.i)¹⁵. También debe tenerse en cuenta que los «salarios diferidos o de participación en los beneficios de la producción pueden perjudicar los derechos de los artistas en lo que se refiere a sus ingresos reales y a sus garantías sociales», debiendo adoptarse medidas apropiadas para proteger esos derechos (ap. VI.2.e)¹⁶. Otras medidas establecidas en la Recomendación hacen referencia a la garantía de una protección social adecuada para los artistas, como se concede a otras categorías de trabajadores asalariados o independientes, que tenga «en cuenta la especificidad de la actividad artística, caracterizada por la intermitencia del empleo y las variaciones bruscas de los ingresos de muchos artistas» (ap. VI.5)¹⁷.

La Recomendación, teniendo en cuenta las diferentes legislaciones nacionales, invita a los Estados miembros a «asegurar que el artista sea remunerado por la distribución y la explotación comercial de su obra, y tomar medidas para que conserve el control sobre esa obra frente a los peligros de la explotación, modificación o distribución no autorizadas» (ap. VI.6.a); y «prever, en lo posible, un sistema que garantice derechos morales y materiales exclusivos para proteger a los artistas frente a los perjuicios que pudieran sufrir a causa del desarrollo técnico de los nuevos medios de comunicación y de reproducción y de las industrias culturales, en particular para establecer los derechos de los intérpretes y ejecutantes, comprendidos los artistas de circo, de variedades y marionetas» (ap. VI.6.b)¹⁸. La Recomendación de la UNESCO también incide en que el sistema fiscal de los Estados miembros tenga en cuenta las condiciones particulares del trabajo y la actividad de los artistas (ap. VI.7.a)¹⁹.

2.1.2 INFORME SOBRE LA «CULTURA Y CREACIONES LABORALES DE LOS ARTISTAS»

Este estudio, publicado en 2019, sobre la aplicación de la Recomendación de 1980 relativa a la Condición del Artista, subraya los importantes cambios en la forma en que los artistas crean y las obras se dan a conocer al público en el entorno digital. Este nuevo contexto se caracteriza por la concentración del mercado en grandes plataformas y por el monopolio en torno a la inteligen-

¹⁵ UNESCO: *Recomendación de 1980 relativa a la condición del artista...*, cit., pp. 25-26.

¹⁶ UNESCO: *Recomendación de 1980 relativa a la condición del artista...*, cit., p. 26.

¹⁷ UNESCO: *Recomendación de 1980 relativa a la condición del artista...*, cit., pp. 27-28.

¹⁸ UNESCO: *Recomendación de 1980 relativa a la condición del artista...*, cit., pp. 28-29.

¹⁹ UNESCO: *Recomendación de 1980 relativa a la condición del artista...*, cit., p. 30.

cia artificial. Todo ello plantea múltiples cuestiones para la protección de los derechos y libertades de los artistas, la facilidad con que pueden encontrarse sus obras creativas, así como su reconocimiento y justa remuneración, en especial para las mujeres²⁰. En este sentido, la aplicación de la Recomendación de 1980 puede contribuir a la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, en particular el de igualdad de género (ODS 5), trabajo decente y crecimiento económico (ODS 8) y reducción de desigualdades (ODS 10)²¹.

Entre los progresos que destaca el informe, se encuentra la legislación española relativa a la condición de artista. En concreto, trae a colación la campaña de promoción encabezada por las asociaciones de artistas, y el informe aprobado por el Congreso de los Diputados en 2018, que realizaba un diagnóstico del sector y aportaba una serie de medidas relativas a la fiscalidad, protección laboral y social²². Posteriormente, se aprobó el Real Decreto-ley 26/2018, de 28 de diciembre, por el que se aprueban medidas de urgencia sobre la creación artística y cinematográfica²³. Esta norma añadió un nuevo artículo 249 *ter* a la Ley General de Seguridad Social, de modo que los artistas en espectáculos públicos pudieran continuar incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social durante sus periodos de inactividad de forma voluntaria, siempre y cuando acreditasen, «al menos, 20 días en alta con prestación real de servicios en dicha actividad en el año natural anterior, debiendo superar las retribuciones percibidas por esos días la cuantía de tres veces el Salario Mínimo Interprofesional en cómputo mensual» (art. cuarto). En desarrollo de la disposición final segunda, se publicó el Real Decreto 302/2019, de 26 de abril, actualmente derogado, sobre la compatibilidad entre la percepción de la pensión contributiva de jubilación del sistema de la Seguridad Social, y los ingresos obtenidos por la realización de cualquier actividad de creación artística que genere derechos de propiedad intelectual. Esta cuestión había sido muy controvertida en años anteriores²⁴.

²⁰ UNESCO: *Cultura y condiciones laborales de los artistas. Aplicar la Recomendación de 1980 relativa a la Condición del Artista*, París, 2019, pp. 6-7.

²¹ UNESCO: *Cultura y condiciones laborales de los artistas...*, cit., p. 8.

²² *Informe de la Subcomisión para la elaboración de un Estatuto del Artista (Boletín Oficial de las Cortes Generales-Congreso de los Diputados, Serie D, núm. 373, 20.6.2018)*.

²³ BOE núm. 314, de 29 de diciembre de 2018. En el ámbito tributario, redujo el porcentaje de retención e ingreso a cuenta aplicable en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas a los rendimientos de capital mobiliario derivados de la propiedad intelectual, del 19 al 15 por ciento, cuando el contribuyente no sea el autor; y redujo el tipo impositivo en el Impuesto sobre el Valor Añadido aplicable a los servicios prestados por intérpretes, artistas, directores y técnicos que sean personas físicas (que habían pasado a tributar al tipo impositivo general del 21 por ciento en el año 2012).

²⁴ UNESCO: *Cultura y condiciones laborales de los artistas...*, pp. 18, 26.

A modo de aclaración, el Real Decreto 302/2019²⁵, si bien facilitó la actividad artística, se reveló insuficiente al centrarse sólo en la creación artística que generaba derechos de propiedad intelectual. Por ello, el RD-ley 1/2023²⁶ introdujo un nuevo artículo 249 *quater* en la Ley General de Seguridad Social, permitiendo «la compatibilidad de la actividad artística por cuenta propia o ajena con la percepción del importe íntegro de la pensión de jubilación en el sistema de Seguridad Social», debiendo solicitar el alta y cotizar en el régimen correspondiente con una serie de particularidades. Esta compatibilidad comprende las pensiones de jubilación del Régimen especial de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, así como a los beneficiarios de una prestación no contributiva, cuando los rendimientos de su actividad artística no superen el umbral del salario mínimo interprofesional²⁷. La Disposición Transitoria 5.ª del Real Decreto-ley 1/2023, añadida por la Disposición Final 7.1 del Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo²⁸, permite la aplicación del Real Decreto 302/2019, de 26 de abril, a efectos de la compatibilidad entre la pensión de jubilación con la actividad de creación artística por la que se perciban ingresos derivados de derechos de propiedad intelectual, en los términos establecidos en dicha norma, para las personas que se hubieren acogido a ella antes del 1 de abril de 2023²⁹.

El artículo 249 *quater*³⁰ LGSS, con objeto de permitir «el percibo del 100 por ciento del importe de la pensión de jubilación contributiva», amplía el campo de aplicación, añadiendo a la actividad (por cuenta propia o ajena) realizada por los «autores de obras literarias, artísticas o científicas» (ap. 1.b), la de «las personas que desarrollan actividades artísticas», cuando «sean dramáticas, de doblaje, coreográfica, de variedades, musicales, canto, baile, de figuración, de especialistas, de dirección artística, de cine, de orquesta, de adaptación musical, de escena, de realización, de coreografía, de obra audiovisual, artista de circo, artista de marionetas, magia, guionistas, y, en todo caso, la desarrollada por cualquier persona cuya actividad sea reconocida como artista intérprete o ejecutante del título I del libro segundo del texto refundido de la

²⁵ BOE núm. 102, de 29 de abril de 2019.

²⁶ Preámbulo del RD-ley 1/2023, de 10.1, de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social de las personas artistas (BOE núm. 9, de 11.1.2023).

²⁷ Preámbulo del RD-ley 1/2023.

²⁸ BOE núm. 65, de 17 de marzo de 2023.

²⁹ El RD 302/2019 permitía la compatibilidad, aun no habiendo cumplido la edad ordinaria de jubilación, de ahí la importancia de la DT 5.ª Este colectivo tiene a su alcance un abanico de posibilidades, conforme al art. 249 *quater*. 5, cuando reúna los requisitos para ejercer dicha compatibilidad (ARADILLA MARQUÉS, M. J.: *Especialidades en materia de Seguridad Social de artistas y otros profesionales del sector cultural*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2025, pp. 141-142).

³⁰ Disposición final 4.ª 7 del RD-ley 1/2023.

Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia, o como artista, artista intérprete o ejecutante por los convenios colectivos que sean de aplicación en las artes escénicas, la actividad audiovisual y la musical, conforme al artículo 1. 2, párrafo 2.º del RD 1435/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral especial de las personas artistas que desarrollan su actividad en las artes escénicas, audiovisuales y musicales, así como de las personas que realizan actividades técnicas o auxiliares necesarias para el desarrollo de dicha actividad»³¹.

El informe sobre la «Cultura y creaciones laborales de los artistas», publicado en el año 2019, recordaba la invitación que la Recomendación de 1980 hizo a los Estados miembros para hacer que el sistema fiscal y de protección social tuviera en cuenta las condiciones particulares de su trabajo y de su actividad (ap. VI.7.a)³². Y es que, el reconocimiento de los artistas como trabajadores conlleva el otorgamiento de una serie de ventajas jurídicas, sociales y

³¹ Como advierte Aradilla Marqués, la referencia expresa al art. 1. 2, párrafo 2.º, del RD 1435/1985, excluye del régimen de compatibilidad al personal técnico y auxiliar que presta servicios necesarios para el desarrollo de la actividad artística. El Criterio de gestión 15/2023, de 10 de julio, del INSS, aclaró que la percepción de derechos derivados de la propiedad intelectual, por parte de los colectivos de artistas de la letra a), no impide la aplicación del régimen de compatibilidad del art. 249 *quater* LGSS, del mismo modo que los supuestos recogidos en la letra b): «implícitamente está considerando compatible dicha pensión con cualquier rendimiento que pueda generar ese tipo de trabajo, por lo que los derechos de propiedad intelectual, incluidos los derivados de su transmisión a terceros, y con independencia de que por la misma actividad perciban otras remuneraciones conexas, generados por una actividad artística compatible son igualmente compatibles con la pensión de jubilación». El Criterio de gestión 15/2023 también entiende incluidas las percepciones por derechos de imagen que deriven del trabajo en la actividad artística, a partir del régimen jurídico de la prestación especial por desempleo de las personas del sector artístico (DF cuarta.14, RD-ley 1/2023), que permite su compatibilidad con los derechos de propiedad intelectual y derechos de imagen (ARADILLA MARQUÉS, M. J.: *Especialidades en materia de Seguridad Social...*, cit., pp. 137, 139-140).

³² UNESCO: *Recomendación de 1980 relativa a la condición del artista...*, cit., p. 30; UNESCO: *Cultura y condiciones laborales de los artistas...*, cit., p. 22. Por ello, algunos Estados como Argelia, Austria, Eslovenia, Lituania, Montenegro o Noruega, exoneran de impuestos los ingresos procedentes de actividades artísticas, o les aplican tasas especiales. Irlanda estableció en 1969 la exoneración impositiva para los ingresos derivados de actividades creativas, a las que se reconoce un mérito cultural o artístico, pero se limitó en el año 2006 a un máximo de 50.000 euros anuales. La provincia de Quebec en Canadá exime de impuestos, hasta un máximo de 60.000 dólares canadienses, las regalías por derechos de autor, incluyendo los derechos conexos y el derecho de préstamo público, a los artistas profesionales reconocidos legalmente (*Act respecting the professional status of artists in the visual arts, film, the recording arts, literature, arts and crafts and the performing arts*). Este límite permite que se beneficien con la deducción sólo los artistas profesionales que más lo necesiten. Muchos Estados eximen de impuestos sobre la renta las subvenciones pagadas a los artistas por organismos públicos (UNESCO: *Cultura y condiciones laborales de los artistas...*, cit., p. 22; REVENUE QUÉBEC: 16. *Deduction for Copyright income (line 297)*. Disponible en: <https://www.revenuquebec.ca/en/citizens/income-tax-return/completing-your-income-tax-return/how-to-complete-your-income-tax-return/line-by-line-help/276-to-297-taxable-income/line-297/point-16/>).

económicas³³. La creación de grupos de trabajo para examinar cuestiones relacionadas con la condición de los artistas se llevó a cabo en Finlandia. El Ministerio de Educación y Cultura de Finlandia publicó, en mayo de 2019, un informe que contiene directrices para las políticas de las artes y los artistas. Reconoce que, si bien los campos artísticos y su entorno operativo han cambiado, el estatus social del arte y los artistas, así como las estructuras de apoyo para su promoción, no han cambiado en la misma proporción. El grupo de trabajo señaló como mensajes clave la necesidad de integrar el arte en la sociedad, aumentando su financiación; y que «el arte es trabajo y debe tratarse como tal» (*Art is work and it must be treated as such*), esto es, en igualdad de condiciones con el trabajo en otros sectores, debiendo mejorarse las oportunidades para que los artistas obtengan ingresos a través de su trabajo³⁴.

Una regulación adecuada en materia de derechos de autor puede garantizar una justa retribución por el trabajo de los artistas en el entorno digital³⁵. El informe UNESCO destaca como iniciativa importante, para propiciar la capacidad de negociación de los artistas en aras de mejorar su remuneración, la Directiva (UE) 2019/790, de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital³⁶. En virtud de la Directiva, el informe señala que Google, YouTube, Facebook, y otras plataformas similares deberían hacer que los titulares de derechos de autor fueran remunerados por contenidos utilizados o vistos en sus sitios, además de aplicar sistemas de detección y bloqueo de contenidos no autorizados y protegidos por derechos de autor antes de aparecer en línea³⁷. En este sentido, el mencionado informe también pone de relieve los efectos de la revolución digital, sobre la distribución musical, ocasionando una «brecha de valor» (entre el aumento de la inversión de los consumidores y anunciantes, frente a la disminución de las can-

³³ Por ejemplo, el informe cita el caso de Austria, donde el gobierno federal promulgó dos leyes, la relativa al Fondo de Seguro Social de los Artistas (KSVF), por la que los artistas autónomos pueden recibir subsidios para su seguro obligatorio, y la Ley sobre la Estructura de la Seguridad Social de los Artistas (KSV-SG), en vigor desde 2011, que prevé que los artistas pueden comunicar el cese temporal de su actividad artística por cuenta propia al Fondo de Seguro Social de los Artistas (UNESCO: *Cultura y condiciones laborales de los artistas...*, cit., p. 25; KSVF: *Beitragszuschuss und Ruhendmeldung*. Disponible en: <https://www.ksvf.at/kuenstlerInnen-beitragszuschuss-ruhendmeldung>).

³⁴ UNESCO: *Cultura y condiciones laborales de los artistas...*, cit., p. 30; MINISTRY OF EDUCATION AND CULTURE: *Indicative guidelines for arts. Proposal by working group on the key objectives for arts and artist policy*, Helsinki, 2019, p. 3. El documento subraya el avance de la digitalización, que traerá consigo cambios significativos en el trabajo de los artistas, e impactará en el sistema de derechos de autor (sujeto a conflictos de intereses), y en los artistas como principales titulares de tales derechos (MINISTRY OF EDUCATION AND CULTURE: *Indicative guidelines for arts...*, cit., p. 44).

³⁵ UNESCO: *Cultura y condiciones laborales de los artistas...*, cit., p. 42.

³⁶ DOUE 17.5.2019, L 130/92.

³⁷ UNESCO: *Cultura y condiciones laborales de los artistas...*, cit., p. 43.

tidades percibidas por los artistas), y el sector editorial. Pero, sobre todo, subraya que los efectos más complejos se han producido en la industria cinematográfica y televisiva, al aumentar la tendencia a consumir contenidos audiovisuales en línea, por medio de ordenadores y de móviles. En este contexto, el consenso global es que los artistas han sufrido una disminución de ingresos en todas partes³⁸.

El estudio de la UNESCO también destacó la intensificación de las acciones encaminadas a la aplicación de los Tratados de la OMPI (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual) sobre internet, en respuesta a la rápida expansión de la distribución digital, pese a que el Tratado de la OMPI sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales (Tratado de Beijing) aún no había entrado en vigor³⁹. Otras cuestiones puestas de relieve en el estudio UNESCO fueron: que el número de artistas empleados es muy bajo, siendo en su inmensa mayoría trabajadores por cuenta propia y en precario; que de ello se deriva la posibilidad de verse excluidos de los sistemas públicos de protección social, que requieren aportaciones de los contribuyentes; por lo que algunos países han puesto en marcha iniciativas, subvencionadas por el Estado, como las ayudas a los *intermittents du spectacle*, *La Maison des Artistes* (para los artistas plásticos), y la *Association pour la Gestion de la Sécurité Sociale des Auteurs* en Francia (otros ejemplos son Bélgica, Alemania, Austria, Suiza...); lo que muestra la inseguridad en la que viven la mayoría de los artistas, respecto de sus ingresos futuros y de la capacidad de vivir de su trabajo⁴⁰.

2.1.3 INFORME *EMPOWERING CREATIVITY*

Este documento, publicado en 2023, responde a la obligación de los Estados Miembros, en virtud del artículo VIII de la Constitución de la UNESCO, de informar sobre las medidas adoptadas para aplicar las recomendaciones de la UNESCO. De julio de 2022 a enero de 2023, se llevó a cabo la quinta consulta mundial sobre la aplicación de la Recomendación de 1980, que se realizó mediante una encuesta en línea que se difundió entre todos los Estados miembros de la UNESCO, así como entre las organizaciones no gubernamentales

³⁸ Por ello, el informe trae a colación la Recomendación UNESCO de 1980, que entonces exhortaba a los Estados miembros a ayudar a los artistas y a sus organizaciones «a remediar los efectos adversos de las nuevas tecnologías sobre el empleo o las posibilidades de trabajo de los artistas» (ap. VI.6.e) (UNESCO: *Cultura y condiciones laborales de los artistas...*, cit., pp. 36-40).

³⁹ UNESCO: *Cultura y condiciones laborales de los artistas...*, cit., p. 45.

⁴⁰ UNESCO: *Cultura y condiciones laborales de los artistas...*, cit., pp. 75, 76, 80, 81, 85.

internacionales y nacionales pertinentes⁴¹. Los resultados muestran que los objetivos establecidos por la Recomendación de 1980 siguen vigentes hoy en día. El 68% de los que participaron en la encuesta informaron tener normativas dedicadas a la condición del artista, lo que prueba que los artistas y los profesionales de la cultura gozan de un reconocimiento cada vez mayor en la legislación. Este es el caso de Portugal, que aprobó el Decreto-Ley n.º 105/2021, el 29 de noviembre, sobre el Estatuto de los Profesionales de la Cultura (*Estatuto dos Profissionais da Área da Cultura*), vigente desde enero de 2022⁴².

Sin embargo, se precisan medidas más concretas en algunos ámbitos. Las respuestas de la encuesta global mostraron la persistencia de numerosos desafíos para establecer marcos legales sólidos, especialmente en un sector caracterizado por la informalidad y el carácter autónomo de la práctica artística, limitando el acceso a los derechos universales de empleo y seguridad social. A ello se añaden los enfoques normativos fragmentados, cuyas deficiencias contribuyen a la precariedad de la práctica artística, así como la falta de aplicación de las leyes y medidas previstas (por ejemplo, en materia de propiedad intelectual) o la falta de financiación. Además, los artistas carecen de conocimientos jurídicos y tienen poca capacidad para influir en los procesos de formulación de políticas. En este sentido, el informe destaca la necesidad de dar voz a los autores en tales procesos. Con frecuencia, los derechos de los artistas se enfrentan a los intereses de los grandes operadores comerciales, que buscan maximizar la monetización del contenido, y cuentan con mayores recursos para influir en la formulación de políticas públicas. También existe cierta percepción de que la política cultural y las leyes están orientadas a la protección del consumidor, y pasan por alto la parte de la cadena de valor ocupada por los artistas⁴³.

La remuneración justa y el acceso a una financiación adecuada son elementos clave para una economía funcional, ética e inclusiva. Los desafíos en este campo (altos niveles de informalidad y de trabajo autónomo) hacen que el sector dependa desproporcionadamente de las subvenciones⁴⁴. El informe incide en el creciente compromiso con la propiedad intelectual y la alfabetiza-

⁴¹ UNESCO: *Empowering creativity. Implementing the UNESCO 1980 Recommendation concerning the status of the artist. 5th Global Consultation*, Paris, 2023, <https://doi.org/10.58337/IEJF3179>, p. 6.

⁴² UNESCO: *Empowering creativity...*, cit., pp. 14, 15.

⁴³ UNESCO: *Empowering creativity...*, cit., pp. 19-20. En este sentido el informe destaca que, si bien las plataformas de *streaming* han facilitado el acceso a contenido legal, la reproducción y distribución no autorizadas de contenido cultural protegido por derechos de autor (piratería digital) tiene un impacto real en los ingresos y sustento de los artistas. Estos problemas se vuelven más complejos a medida que la tecnología avanza a mayor ritmo que la regulación (*Ibidem*, p. 34).

⁴⁴ UNESCO: *Empowering creativity...*, cit., pp. 21, 27.

ción en este ámbito, aunque queda margen para ampliar la ratificación de los tratados de propiedad intelectual, y para mejorar su aplicación, en particular el Tratado de *Beijing*⁴⁵. La creciente importancia de la digitalización, y el rápido desarrollo de tecnologías basadas en la inteligencia artificial, no solo puede limitar la capacidad de generar ingresos, sino que también puede desplazar el trabajo creativo. Los algoritmos de IA se entrenan con conjuntos de datos de arte, que podrían generar creaciones muy similares a las obras existentes, lo que plantea interrogantes sobre la protección de la propiedad intelectual de los artistas, y sobre su justa remuneración. También existe preocupación por el impacto de la IA en la diversidad cultural, ya que esta se nutre de tendencias y estilos dominantes. Con el fin de desarrollar las capacidades digitales y el apoyo a la condición de artista, la UNESCO puso en marcha el proyecto «Laboratorio de Creatividad Digital» en el año 2021. Estos laboratorios se han puesto en marcha en países como Japón⁴⁶.

En cuanto al compromiso político con un salario mínimo para los artistas, los resultados de la encuesta demuestran que todavía es incipiente (cita el ejemplo de Irlanda, para los artistas que trabajan en proyectos financiados públicamente)⁴⁷. Finalmente, el informe UNESCO subraya que los problemas mencionados muestran una insuficiente comprensión del trabajo artístico y, en consecuencia, con el escaso respeto por los derechos patrimoniales del artista. Por ello, a medida que los gobiernos reconocen cada vez más a las industrias culturales y creativas por su papel en la promoción de valores comunes, impulsando el crecimiento económico y el desarrollo sostenible, es crucial que brin-

⁴⁵ UNESCO: *Empowering creativity...*, cit., p. 27. La consulta global reveló que el 77 por ciento de los Estados miembros que completaron la encuesta habían ratificado e implementado el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT, por sus siglas en inglés), que es un acuerdo especial, en el marco del Convenio de Berna, que regula la protección de las obras y los derechos de sus autores en el entorno digital. El 72 por ciento de los Estados miembros encuestados habían ratificado e implementado el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT), y que solo el 41 por ciento de los Estados miembros encuestados habían ratificado e implementado el Tratado de la OMPI sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales (Tratado de *Beijing*). Este último, que entró en vigor en 2020, aborda la necesidad de ampliar los derechos patrimoniales y morales de los actores y artistas intérpretes o ejecutantes en las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales, incluyendo películas, videos y programas de televisión (*Ibidem*, p. 21). De este modo, la ampliación de los derechos puede traducirse en un aumento de las retribuciones por retransmisión, ya que el Tratado fue «concebido para brindar ayuda a los artistas intérpretes o ejecutantes audiovisuales –actores de televisión y cine, músicos, bailarines y otros– muchos de los cuales viven de trabajos esporádicos en circunstancias económicas precarias» (Cfr: OMPI: *El Tratado de Beijing entra en vigor y comienza a brindar ayuda a los artistas intérpretes y ejecutantes*, PR/2020/852, Ginebra, 28.4.2020, https://www.wipo.int/pressroom/es/articles/2020/article_0009.html).

⁴⁶ UNESCO: *Empowering creativity...*, cit., pp. 24, 27, 35, 36.

⁴⁷ UNESCO: *Empowering creativity...*, cit., pp. 24, 27.

den una mejor protección a los artistas, por medio de la asignación de recursos adecuados y de medidas legales eficaces⁴⁸.

2.2 OIT

La Reunión técnica sobre el futuro del trabajo en el sector de las artes y el entretenimiento, celebrada en Ginebra del 13 al 17 de febrero de 2023, examinó las oportunidades y desafíos del trabajo decente en este sector. Si bien este tiene un papel decisivo en las sociedades y las economías de muchos países, se enfrenta a desafíos como la inteligencia artificial y la digitalización⁴⁹. En este contexto, el diálogo social es necesario para asegurar «la adopción de un enfoque del uso de las nuevas tecnologías centrado en las personas»⁵⁰. Con respecto a la remuneración, señala que los Gobiernos, cooperando con las organizaciones de empleadores y de trabajadores, deberían: «c) revisar o formular, adoptar y aplicar políticas sobre salarios mínimos adecuados, obligatorios o negociados»; «j) reconocer la importancia de los derechos de autor y derechos afines en el sector de las artes y el entretenimiento y, por consiguiente, velar por que estos derechos se apliquen de tal modo que se remunere adecuadamente a los productores, los artistas, intérpretes o ejecutantes, y los autores, a través de una remuneración legalmente establecida, negociación colectiva u otras formas de negociación, o de una combinación de ambos mecanismos»; y proporcionar el acceso a los sistemas de protección social⁵¹.

El diseño de algunos modelos de negocio y las prácticas de sectores como el de la industria audiovisual, hacen que no siempre los ingresos se transfieran adecuadamente a los artistas, intérpretes o ejecutantes. En el ámbito de los servicios de transmisión en *streaming*, que ha experimentado un rápido crecimiento en los últimos años, no todas las partes interesadas se han beneficiado de los cuantiosos ingresos generados para el sector. Por ello, el informe de la OIT plantea abordar la idoneidad de los derechos de propiedad intelectual, previstos para un entorno digital muy diferente (1996), y de este modo elimi-

⁴⁸ UNESCO: *Empowering creativity...*, cit., pp. 26, 65.

⁴⁹ OIT: *Conclusiones de la Reunión técnica sobre el futuro del trabajo en el sector de las artes y el entretenimiento...*, cit., p. 1.

⁵⁰ OIT: *Conclusiones de la Reunión técnica sobre el futuro del trabajo en el sector de las artes y el entretenimiento...*, cit., pp. 1-2.

⁵¹ OIT: *Conclusiones de la Reunión técnica sobre el futuro del trabajo en el sector de las artes y el entretenimiento...*, cit., p. 4.

nar obstáculos que impiden la adecuada remuneración de todos los que trabajan en el ámbito creativo⁵².

Los «agregadores» en el sector de la música, si bien tienen una función en la difusión y transmisión de los contenidos de los artistas, perciben como intermediarios una proporción importante de los ingresos, lo que merma la remuneración percibida por los autores y los artistas, intérpretes o ejecutantes. Estos nuevos modelos de remuneración plantean oportunidades y retos. En primer lugar, el nuevo entorno permite a los artistas que su repertorio sea escuchado por un público más amplio, pero sometido a complejas fórmulas de pagos por transmisión. En segundo lugar, el conocimiento por *streaming* de un artista puede incrementar el número de asistentes a sus conciertos y de sus seguidores, pero la introducción de un nivel más de intermediarios (agregadores) supone la pérdida de parte de los ingresos. En tercer lugar, la transmisión en *streaming* permite a los artistas cobrar regalías, que pueden perderse por la piratería digital. También puede haber conflicto de intereses entre los sellos discográficos y los proveedores de servicios digitales. En cuarto lugar, los modelos de transmisión en *streaming* pueden ser una oportunidad para que los artistas, con independencia de la cuestión de las regalías, den a conocer su música, pero no se ha mejorado el poder de negociación de los artistas, ni se ha brindado un mayor control sobre la gestión de los ingresos a los autores⁵³.

Con objeto de mejorar dicho poder de negociación, cabe mencionar la Directiva (UE) 2019/790, de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital⁵⁴, que aborda los casos en los que la remuneración es desproporcionadamente baja, e introduce el principio de remuneración adecuada y proporcionada para los autores y los artistas, intérpretes o ejecutantes en el mercado de la música digital. Algunas legislaciones nacionales han aplicado esta directiva, por ejemplo, mediante mecanismos de control del cumplimiento y disposiciones sobre la transparencia en la explotación de obras y de interpretaciones o ejecuciones artísticas y la remuneración debida. Por ejemplo, en Francia se firmó en 2022 un acuerdo sobre la

⁵² DEPARTAMENTO DE POLÍTICAS SECTORIALES DE LA OIT: *Informe para la Reunión técnica sobre el futuro del trabajo en el sector de las artes y el entretenimiento (Actas resumidas)*, Ginebra, 13-17 de febrero de 2023, apartados 124-126, pp. 54-55.

⁵³ DEPARTAMENTO DE POLÍTICAS SECTORIALES DE LA OIT: *Informe para la Reunión técnica sobre el futuro del trabajo en el sector de las artes y el entretenimiento...*, cit., apartado 127, pp. 55-56.

⁵⁴ DOUE 17.5.2019, L 130/92.

remuneración mínima, tras negociaciones entre los sindicatos de músicos, los editores de fonogramas y sus organizaciones de gestión colectiva⁵⁵.

La posibilidad de que los autónomos puedan participar en los procesos de negociación colectiva depende de la legislación nacional, al estar ligado al Derecho de la competencia. Algunos países no permiten que los autónomos puedan crear sindicatos o afiliarse a ellos, o que puedan negociar colectivamente sus condiciones de trabajo, por medio de sus organizaciones representativas. Y es que, al ser considerados empresas facilitaría la concentración de poder en manos de un grupo, afectando a la libre competencia. A estos efectos, cabe citar el caso de Irlanda, que modificó su legislación para tener en cuenta la realidad específica de ciertas categorías de trabajadores, lo que permitió que los actores de doblaje, los periodistas *free lance* y los músicos de estudio pudieran participar en los procesos de negociación colectiva⁵⁶. A nivel europeo, los esfuerzos por eliminar los obstáculos que impiden el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva de los trabajadores autónomos cristalizó en el proyecto de Directrices sobre la aplicación del Derecho de la competencia de la Unión Europea a los convenios colectivos, que brinda un marco para mejorar las condiciones de trabajo de los «trabajadores por cuenta propia sin asalariados», y les permitiría negociar colectivamente al equiparar su situación a la de los trabajadores por cuenta ajena⁵⁷. En algunos países de la región de Asia y el Pacífico, se han llevado a cabo reformas para aclarar la cuestión de los trabajadores autónomos en el sector y su derecho de negociación colectiva. Este es el caso de la *Screen Industry Workers Act 2022* de Nueva Zelanda, sobre la base de la recomendación del Grupo de Trabajo de la Industria Cinema-

⁵⁵ DEPARTAMENTO DE POLÍTICAS SECTORIALES DE LA OIT: *Informe para la Reunión técnica sobre el futuro del trabajo en el sector de las artes y el entretenimiento...*, cit., apartado 129, p. 57. El acuerdo específico francés tiene por objeto la remuneración pagada a los artistas intérpretes o ejecutantes, por los productores de fonogramas, a cambio de poner a disposición un fonograma para que todo el mundo pueda acceder a él por *streaming*. Este acuerdo se introdujo en la legislación francesa por medio de una orden, recogida en el Diario Oficial (JORF núm. 0151 du 1 juillet 2022): *Arrêté du 29 juin 2022 pris en application de l'article L. 212-14 du code de la propriété intellectuelle et rendant obligatoire l'accord du 12 mai 2022 relatif à la garantie de rémunération minimale*. Disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT0000045997320>.

⁵⁶ DEPARTAMENTO DE POLÍTICAS SECTORIALES DE LA OIT: *Informe para la Reunión técnica sobre el futuro del trabajo en el sector de las artes y el entretenimiento...*, cit., apartado 164, p. 69. En 2016, la Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia Internacional del Trabajo examinó la aplicación del Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98) en Irlanda, con respecto al derecho de los trabajadores autónomos de la industria cultural a la negociación colectiva. El proceso culminó en 2017, con la adopción de una enmienda a la Ley de Competencia, autorizando excepciones para categorías específicas de trabajadores autónomos en los sectores de la cultura y de los medios de comunicación (GRUBER, M.: *Challenges and opportunities for decent work in the culture and media sectors-Working Paper No. 324*, ILO-Sectoral Policies Department, Geneva, 2019, p. 19).

⁵⁷ DEPARTAMENTO DE POLÍTICAS SECTORIALES DE LA OIT: *Informe para la Reunión técnica sobre el futuro del trabajo en el sector de las artes y el entretenimiento...*, cit., apartado 165, p. 69.

tográfica, compuesto por organizaciones de empleadores y sindicatos. Esta ley introduce el deber de buena fe en la negociación, condiciones obligatorias en las relaciones contractuales del sector, y permite la negociación colectiva en los distintos niveles⁵⁸.

3. CONTEXTO POLÍTICO Y NORMATIVO DE LA UNIÓN EUROPEA

El reconocimiento hacia los artistas, autores, intérpretes y todos los creadores culturales como «fuente creativa de la cultura europea en la que se fundamentan nuestra sociedad y nuestra democracia», conlleva el reconocimiento y el apoyo adecuados a estos profesionales⁵⁹. En el ámbito de la UE destacan una serie de textos, que expondremos por orden cronológico.

3.1 Resolución del Parlamento Europeo sobre el estatuto social de los artistas

Por medio de este documento, de 7 de junio de 2007⁶⁰, el Parlamento pidió a los Estados miembros que elaborasen un marco jurídico e institucional con el fin de apoyar la creación artística. Para ello, debían adoptar medidas coherentes y globales que incluyeran «la situación contractual, la seguridad social, el seguro de enfermedad, la fiscalidad directa e indirecta y la conformidad con las normas europeas» (ap. 1). Asimismo, pidió a los Estados miembros que, dentro del respeto de la Directiva 2006/115/CE y de la Directiva 2001/29/CE, organizaran «de manera eficaz la recaudación de todas las compensaciones equitativas por derechos de reproducción y de la *justa remuneración* que corresponde a los titulares de los derechos de autor y derechos afines» (ap. 18). Asimismo, pedía a la Comisión un estudio en el que se analizaran, entre otras medidas, las destinadas a la protección social y financiera de los artistas (ap. 20).

⁵⁸ DEPARTAMENTO DE POLÍTICAS SECTORIALES DE LA OIT: *Informe para la Reunión técnica sobre el futuro del trabajo en el sector de las artes y el entretenimiento...*, cit., apartado 166, p. 69.

⁵⁹ Marco de la Unión para la situación social y profesional de los artistas y trabajadores de los sectores cultural y creativo. Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de noviembre de 2023, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un marco de la Unión relativo a la situación social y profesional de los artistas y los trabajadores de los sectores cultural y creativo (2023/2051 (INL)), DOUE C/2024/4208, 24.7.2024, ap B. Cfr: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52023IP0405>.

⁶⁰ 2006/2249(INI).

3.2 Informe sobre la recuperación cultural después de la pandemia

Este análisis sobre la situación de los artistas y los trabajadores culturales, y la recuperación cultural después de la pandemia de COVID-19 en la Unión⁶¹, ofrece una visión general de las condiciones laborales y de la precariedad de los artistas y trabajadores culturales en toda Europa⁶². Una dificultad para un reconocimiento unificado de su situación laboral es la coexistencia en Europa de múltiples definiciones de «artistas», así como de diferentes marcos dirigidos específicamente para ellos. Entre los factores que explican la precariedad de los artistas se incluyen: la naturaleza atípica de sus condiciones laborales, su estatus e ingresos, y su tendencia a la movilidad transfronteriza⁶³.

El informe señala que los ingresos de los artistas proceden de distintas fuentes: empleo regular, por cuenta propia en muchos casos, pagos específicos por una sola actuación, e incluso pagos en especie. Estos ingresos dependen del sector y fluctúan considerablemente, como en el caso de los derechos de autor. En cuanto a la remuneración justa, el estudio señala que los artistas y creadores reciben dos tipos de remuneración: salario y derechos de autor. Sin embargo, estos últimos son inexistentes o insignificantes para muchos artistas, tendencia que se ha visto reforzada por la transición digital. También hay que tener en cuenta los desafíos de las plataformas de *streaming* para el sector musical y audiovisual, ya que el crecimiento general no se traduce en sistemas de remuneración justos dentro del sector. En la práctica, para la mayoría de los músicos resulta difícil ganarse la vida con la música, y la piratería sigue siendo un desafío particular en algunos Estados miembros. Por ello, el informe destaca la necesidad de una sólida protección de los derechos de autor y de mecanismos que garanticen una justa remuneración por el uso de su obra⁶⁴.

En este contexto, destaca como un hito importante la mencionada Directiva (UE) 2019/790, de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE⁶⁵. La Directiva (UE) 2019/790 establece un conjunto de principios y derechos obligatorios armonizados dirigidos a forta-

⁶¹ CULTURE ACTION EUROPE & DÁMASO, M.: *Research for CULT Committee – The situation of artists and cultural workers and the post-COVID-19 cultural recovery in the European Union – Background analysis*, European Parliament, Policy Department for Structural and Cohesion Policies, Brussels, 2021.

⁶² CULTURE ACTION EUROPE & DÁMASO, M.: *Research for CULT Committee – The situation of artists and cultural workers and the post-COVID-19...*, cit., pp. 3, 6-7.

⁶³ CULTURE ACTION EUROPE & DÁMASO, M.: *Research for CULT Committee – The situation of artists and cultural workers and the post-COVID-19...*, cit., p. 12.

⁶⁴ CULTURE ACTION EUROPE & DÁMASO, M.: *Research for CULT Committee – The situation of artists and cultural workers and the post-COVID-19...*, cit., pp. 19, 23.

⁶⁵ DOUE 17.5.2019, L 130/92.

lecer la posición contractual de los autores y artistas intérpretes o ejecutantes, y el principio de remuneración justa (artículo 18). Lo dispuesto en el capítulo 3 debería empoderar a los autores, artistas intérpretes o ejecutantes y a sus sindicatos en la lucha contra los contratos de compra, así como a promover estándares justos en las industrias musical y audiovisual. En este sentido, la negociación colectiva posibilita que los sindicatos de los sectores cultural y creativo puedan lograr una mejor remuneración para los trabajadores del sector por el uso en línea de su obra. Otros mecanismos para garantizar una remuneración justa son los derechos de remuneración residual, que pagan los usuarios, y los derechos de remuneración por exposición, en el ámbito de las artes visuales⁶⁶. Los altos niveles de trabajo autónomo en el sector han supuesto un obstáculo para la negociación colectiva, por la aplicación de las normas de competencia. Esto repercute en las tarifas salariales. Por ello, la Comisión lanzó una hoja de ruta (Directrices) sobre convenios colectivos relativos a las condiciones laborales de los trabajadores por cuenta propia sin asalariados⁶⁷.

3.3 Marco de la Unión para la situación social y profesional de los artistas y trabajadores de los sectores cultural y creativo

El Plan de Trabajo de la UE en materia de cultura para el período 2019-2022 se basaba, entre otros principios rectores, en el valor intrínseco de la cultura y en que ésta contribuye al desarrollo social y económico sostenible⁶⁸. La prio-

⁶⁶ CULTURE ACTION EUROPE & DÂMASO, M.: *Research for CULT Committee – The situation of artists and cultural workers and the post-COVID-19...*, cit., p. 20.

⁶⁷ CULTURE ACTION EUROPE & DÂMASO, M.: *Research for CULT Committee – The situation of artists and cultural workers and the post-COVID-19...*, cit., p. 21. De acuerdo con las mencionadas Directrices, «la legislación de la Unión puede reconocer el derecho de determinadas personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados a recurrir a convenios colectivos para corregir un desequilibrio en el poder de negociación con su(s) contraparte(s)» (ap. 37). Tal es el caso de la Directiva (UE) 2019/790, conocida como «Directiva sobre derechos de autor», donde «los autores y artistas intérpretes o ejecutantes tienden a encontrarse en una posición contractual más débil que su(s) contraparte(s)» (ap. 38). Por ello, «la Comisión no intervendrá contra los convenios colectivos celebrados por autores o artistas intérpretes o ejecutantes por cuenta propia sin asalariados con su(s) contraparte(s), de conformidad con las medidas nacionales que se hayan adoptado con arreglo a dicha Directiva» (ap. 39). Esto último «no se aplica a las negociaciones colectivas celebradas en el contexto de las actividades de las entidades de gestión colectiva o de los operadores de gestión independientes, ya que estas actividades siguen estando sujetas a la Directiva 2014/26/UE del Parlamento y del Consejo, que se aplica sin perjuicio de la aplicación de las normas en materia de competencia de la Unión» (ap. 40) (*Directrices sobre la aplicación del Derecho de la competencia de la Unión a los convenios colectivos relativos a las condiciones laborales de las personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados*, DOUE C 374/2, 30.9.2022).

⁶⁸ *Conclusiones del Consejo sobre el Plan de trabajo en materia de cultura 2019-2022 (2018/C 460/10)*, DOUE, 21.12.2018, p. C 460/13. Disponible en: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018XG1221\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018XG1221(01)).

ridad C, sobre «Un ecosistema que apoye a los artistas y a los profesionales de la creatividad y la cultura y los contenidos europeos», apuntaba que la situación y condiciones laborales (incluidos los salarios justos) de este colectivo profesional, eran «asuntos de interés específico para la investigación y los intercambios en el ámbito europeo», esto es, por medio del método abierto de coordinación ⁶⁹. A pesar de las limitadas competencias de la UE en los ámbitos de la cultura y de seguridad social, se llevó a cabo un estudio que refleja la voluntad política de abordar conjuntamente los retos de las condiciones laborales de los artistas a nivel de la UE, e intercambiar experiencias. Se trata del informe «Situación y condiciones laborales de los artistas y los profesionales de la creatividad y la cultura», publicado en junio de 2023 ⁷⁰. En este, los expertos coinciden en la importancia de los marcos normativos sobre el estatuto del artista, ya que consideran el trabajo cultural y creativo como una profesión legítima, y reconocen los desafíos de su entorno laboral ⁷¹.

La resolución del Parlamento Europeo, de 21 de noviembre de 2023, recoge una serie de recomendaciones destinadas a la Comisión para mejorar la situación de este colectivo ⁷². Con independencia de su condición de trabajador por cuenta ajena o propia, la Resolución subraya la ausencia, identificada por los expertos, de una definición de profesional de los sectores cultural y creativo, así como del reconocimiento de las particularidades de sus condiciones de trabajo (ap. 5). El Parlamento reclama, una vez más, una remuneración justa y adecuada para el trabajo, como actividad profesional, que refleje el nivel efectivo de competencias y asegure un nivel de vida digno. Por esta razón, acoge con satisfacción e insta a la aplicación en el sector de la Directiva (UE) 2022/2041, de 19 de octubre, sobre unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea; condena los trabajos mal pagados o no remunerados; lamenta la prevalencia de la morosidad; y «recuerda la importancia de los derechos de autor y derechos afines en los sectores cultural y creativo y de su correcta aplicación,

⁶⁹ *Conclusiones del Consejo sobre el Plan de trabajo en materia de cultura 2019-2022...*, cit., p. C 460/14.

⁷⁰ EUROPEAN COMMISSION: DIRECTORATE-GENERAL FOR EDUCATION, YOUTH, SPORT AND CULTURE: *The status and working conditions of artists and cultural and creative professionals – Report of the OMC (Open Method of Coordination) group of Member States' experts*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2023, p. 12. Disponible en: <https://data.europa.eu/doi/10.2766/46315>.

⁷¹ EUROPEAN COMMISSION: DIRECTORATE-GENERAL FOR EDUCATION, YOUTH, SPORT AND CULTURE: *The status and working conditions of artists and cultural and creative professionals...*, cit., p. 95.

⁷² Marco de la Unión para la situación social y profesional de los artistas y trabajadores de los sectores cultural y creativo. Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de noviembre de 2023, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un marco de la Unión relativo a la situación social y profesional de los artistas y los trabajadores de los sectores cultural y creativo (2023/2051 (INL)), DOUE C/2024/4208, 24.7.2024. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52023IP0405>.

de modo que se garantice que los autores e intérpretes, como titulares de derechos, reciban una remuneración justa por la explotación de su obra». Por ello, aboga por la transposición y pertinente aplicación de la Directiva (UE) 2019/790 sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital, por medio de los mecanismos oportunos y del diálogo social general y sectorial; de la lucha contra la piratería, y contra potenciales prácticas abusivas como los contratos «*buy-out*». Estos a menudo están sometidos a jurisdicciones extranjeras, y eluden las normas y principios de la UE relativos a una remuneración justa, confirmando los desequilibrios de poder entre las partes contratantes. En definitiva, el Parlamento «insta a los Estados miembros a que velen por que las disposiciones contractuales en los sectores cultural y creativo cumplan plenamente los artículos 18, 19 y 20 de la Directiva sobre los derechos de autor con el fin de hacer valer los derechos de los autores e intérpretes en este sentido»⁷³.

⁷³ Marco de la Unión para la situación social y profesional de los artistas y trabajadores de los sectores cultural y creativo. Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de noviembre de 2023..., cit., apartados 20-26. El considerando 72 de la Directiva (UE) 2019/790 reconoce que «los autores y los artistas intérpretes o ejecutantes suelen estar en la posición contractual más débil cuando conceden licencias o ceden sus derechos, en particular a través de sus propias sociedades, para fines de explotación a cambio de una remuneración». La «necesidad de protección no se plantea cuando la parte contratante actúa como usuario final y no explota por sí misma la obra o interpretación o ejecución, lo que podría, por ejemplo, ser el caso de algunos contratos de trabajo». Respecto de la obligación de los Estados de garantizar el «derecho a recibir una remuneración adecuada y proporcionada», a los autores y los artistas intérpretes o ejecutantes cuando concedan licencias o cedan sus derechos exclusivos para la explotación de sus obras u otras prestaciones, el artículo 18 de la Directiva (UE) 2019/790 prevé que los Estados «tendrán en cuenta el principio de libertad contractual y el justo equilibrio entre derechos e intereses». En este sentido, el *Conseil d'État* (Consejo de Estado) belga planteó al TJUE si debían interpretarse los artículos 18 a 23 de la Directiva (UE) 2019/790 como opuestos a la cesión, por vía reglamentaria (Real Decreto 1.6.2021), a favor del empleador y sin consentimiento previo, de los derechos afines del personal estatutario (músicos de la *Orchestre national de Belgique*). La STJUE de 6 de marzo de 2025 (asunto C-575/23; ECLI: EU: C:2025:141), señaló que la libertad contractual recogida en la Directiva no excluía de su ámbito de aplicación a los artistas intérpretes o ejecutantes contratados como personal estatutario (aps. 89-90), como también se desprende del tenor del artículo 2, letra a), del WPPT (Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas), por el cual «artistas intérpretes o ejecutantes» se refiere a todas las personas «que representen un papel, canten, reciten, declamen, interpreten o ejecuten en cualquier forma obras literarias o artísticas o expresiones del folclore» (aps. 95-96). En este caso la orquesta no actúa como usuario final, en el sentido del considerando 72 de la Directiva (aps. 65 y 101). Y, como señaló el Abogado General, las excepciones y limitaciones «como las previstas en las Directivas 2001/29 y 2006/115, no permiten la cesión obligatoria de carácter general de todos los derechos afines de una categoría de artistas intérpretes o ejecutantes» (ap. 110). Esta interpretación viene reforzada por dichas Directivas 2001/29/CE y 2006/115/CE, cuyo objeto es «garantizar un elevado nivel de protección de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes y garantizar unos ingresos suficientes a estos últimos» (ap. 120). Por todo ello, la Sala concluye que la cesión sin consentimiento previo, por vía reglamentaria, y posterior a la contratación al servicio de dicha orquesta, de los derechos exclusivos de los que los músicos son titulares, se opone a las Directivas 2001/29/CE y 2006/115/CE, por lo que ya no entra a examinarse si también se opone a los arts. 18 a 23 de la Directiva 2019/790. Además, la falta de acuerdo entre la orquesta y sus músicos fue objeto de un «protocolo de desacuerdo», redactado y firmado con carácter previo a la adopción de dicho Real Decreto (aps. 121 y 125-128).

El informe del Parlamento de la UE, sobre la evaluación del valor añadido europeo, de 2023⁷⁴, advertía que un obstáculo estructural es la falta de mecanismos para garantizar una remuneración justa, en un contexto donde los ingresos consisten principalmente en salarios, derechos de autor y regalías. Estos últimos podrían verse negativamente afectados por la digitalización, la piratería, el auge de las plataformas de *streaming* y VOD, los contratos de compra y los contratos de trabajo por encargo⁷⁵. Otro problema es la diferente categorización de los profesionales de los sectores cultural y creativo (con una elevada proporción de autónomos, y una creciente prevalencia del empleo intermitente), además de que el concepto de «trabajador» aún no ha sido definido legalmente a nivel de la Unión, aunque siguen vigentes los criterios del TJUE⁷⁶. El informe de 2023 también incide en la adecuada transposición de la Directiva sobre derechos de autor: el principio de remuneración adecuada y proporcionada (art. 18) debería aplicarse a todos los contratos de derechos de autor, incluidos los contratos de compra; los autores deben recibir información transparente sobre la explotación y los ingresos generados por sus obras (art. 19); y, también sirve para mejorar la protección de los artistas el uso del mecanismo de adaptación de contratos, en caso de que la remuneración inicialmente pactada resultara desproporcionadamente baja «en comparación con la totalidad de los ingresos subsiguientes derivados de la explotación de las obras o interpretaciones o ejecuciones» (art. 20). En este contexto, la negociación colectiva es un instrumento importante para garanti-

⁷⁴ KAMMERHOFER-SCHLEGEL, C., NAVARRA, C., CENTRONE, M., CESNOVAR, C.: *EU framework for the social and professional situation of artists and workers in the cultural and creative sectors – European added value assessment*, European Added Value Unit, Directorate-General for Parliamentary Research Services (EPRS), Brussels, 2023.

⁷⁵ KAMMERHOFER-SCHLEGEL, C., NAVARRA, C., CENTRONE, M., CESNOVAR, C.: *EU framework for the social and professional situation of artists and workers in the cultural and creative sectors...*, cit., pp. 13-14.

⁷⁶ KAMMERHOFER-SCHLEGEL, C., NAVARRA, C., CENTRONE, M., CESNOVAR, C.: *EU framework for the social and professional situation of artists and workers in the cultural and creative sectors...*, cit., pp. 14-16. El informe reitera la idea de que, con el fin de mejorar las condiciones de trabajo, los ingresos, y contribuir a reducir la pobreza, la Comisión publicó las directrices sobre la no aplicación del derecho de competencia de la UE a los convenios colectivos relativos a las condiciones de trabajo de las personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados, y que experimenten un desequilibrio en su poder de negociación (*Ibidem*, p. 19). El mismo informe señala que el 92 % de los compositores son autónomos y a menudo trabajan para productoras, que reciben a su vez encargos de plataformas de *streaming*. Una tendencia actual, es que las productoras y las plataformas de *streaming* obligan a los artistas a ceder todos los derechos, por toda la duración de los derechos de autor, por medio de contratos de compra, que suelen ser acuerdos de trabajo por encargo o pagos únicos (en particular para autores y compositores), y en los que los profesionales renuncian a posteriores reclamaciones de honorarios, regalías u otras compensaciones. Se trata de una tendencia mundial creciente, cuyo origen es el «trabajo por encargo» de la legislación estadounidense. Dado que difiere del ordenamiento jurídico de la UE, el informe señala la importancia de aplicar la jurisdicción de la UE en los contratos (*Ibidem*, p. 30).

zar una remuneración justa y una mayor transparencia. Contribuye al logro de salarios y de condiciones laborales más justas, y a evitar que se eludan los pagos de derechos, que representan un ingreso esencial para poder vivir de la propia actividad artística⁷⁷. De esta cuestión nos ocuparemos en el apartado siguiente, al hilo del análisis del panorama español, y ciñéndonos a una serie de convenios colectivos relevantes.

4. UNA APROXIMACIÓN AL MARCO LEGAL Y DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN ESPAÑA

La delimitación del concepto de artista es una cuestión que tradicionalmente ha sido objeto de estudio. A diferencia de otros tipos de actividad, cuya definición no muestra mayores dificultades, la actividad artística hay que abordarla en función del concepto previo que se tenga de arte, tema todavía no resuelto pacíficamente. Las nociones legales son diversas dependiendo de la finalidad querida por el legislador. Así, puede hablarse de un concepto legal de artista a efectos laborales, fiscales, y de protección de la propiedad intelectual⁷⁸.

La actividad artística es susceptible de ejercerse por cuenta ajena y a cambio de una retribución. Cuestión distinta es la naturaleza jurídica de dicha relación y, en consecuencia, las normas reguladoras de la misma⁷⁹. La Ley 16/1976 de Relaciones Laborales reconoció el carácter de relación laboral especial de «los artistas de espectáculos públicos» (art. tercero, uno, j), acogiendo las reivindicaciones de la doctrina científica y la jurisprudencia, que ponían de manifiesto la disfuncionalidad del marco jurídico gene-

⁷⁷ KAMMERHOFER-SCHLEGEL, C., NAVARRA, C., CENTRONE, M., CESNOVAR, C.: *EU framework for the social and professional situation of artists and workers in the cultural and creative sectors...*, cit., p. 30.

⁷⁸ HERNÁNDEZ MARTÍN, D.: «Régimen especial de los artistas», en BAYÓN CHACÓN, G., ALONSO OLEA, M.(dir.): *Diecisiete lecciones sobre regímenes especiales de la Seguridad Social*, Universidad de Madrid-Facultad de Derecho, Madrid, 1972, pp. 447-448. Con respecto a los trabajadores artísticos, señalaba Alonso García, que el criterio diferenciador no podía residir en «la mera y simple *conceptuación artística* del trabajo» desempeñado, como tampoco podía operar como factor excluyente la cuantía de los honorarios. La solución era más sencilla, al descansar en la esencia del contrato de trabajo, es decir, en la nota de ajenidad. De este modo, no se consideraba relación laboral cuando el artista realizaba su trabajo (que constituía su profesión) corriendo con el riesgo del mismo, o sea, por cuenta propia, mientras que se consideraba en los restantes casos, incluso «en aquellos supuestos en los que a la percepción de cantidad fija como sistema de remuneración se une la participación en la entrada (taquilla) o en los beneficios (deducidos, de la recaudación de la taquilla, los gastos generales)». No resultando del todo clara la naturaleza de la relación para la doctrina y la jurisprudencia, los trabajadores artísticos fueron clasificados dentro de las denominadas «zonas grises» (ALONSO GARCÍA, M.: *Derecho del Trabajo-tomo II (Contrato de Trabajo)*, José María Bosch, Barcelona, 1960, pp. 102-103).

⁷⁹ HERNÁNDEZ MARTÍN, D.: «Régimen especial de los artistas», en BAYÓN CHACÓN, G., ALONSO OLEA, M.(dir.): *Diecisiete lecciones sobre regímenes especiales de la Seguridad Social...*, cit., p. 448.

ral. El Estatuto de los Trabajadores incluyó entre las relaciones laborales de carácter especial la de los artistas en espectáculos públicos (art. 2.1 e). Y, en cumplimiento de su disposición adicional segunda, el Gobierno procedió a su desarrollo, por medio del Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto, que constituyó su principal fuente normativa. Este no pretendió una regulación exhaustiva del contenido de la relación laboral, sino que optó por contemplar los aspectos susceptibles de un tratamiento unitario de la actividad artística⁸⁰.

El informe de la Subcomisión para la elaboración del Estatuto del Artista, con objeto de mejorar las condiciones laborales de los creadores españoles, puso de manifiesto la necesidad de actualizar y mejorar el Real Decreto 1435/1985. En concreto, señalaba la necesidad de ampliar la definición de espectáculo público, a fin de alcanzar «las actividades profesionales conexas que no implican actuar materialmente encima de un escenario», por medio de la inclusión del personal técnico y auxiliar (cuyas condiciones fueran similares en temporalidad a las de los artistas), y de tener en cuenta el entorno web, así como las «nuevas fórmulas de difusión más allá del lugar de actuación y del territorio nacional (como el *streaming*)»⁸¹. De este modo, el Real Decreto-ley 5/2022, de 22 de marzo, modificó el artículo 2.1, párrafo e) ET, considerando relación laboral especial «la de las personas artistas que desarrollan su actividad en las artes escénicas, audiovisuales y musicales, así como las personas que realizan actividades técnicas o auxiliares necesarias para el desarrollo de dicha actividad». En consecuencia, se amplió el ámbito subjetivo del Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto, ya que este personal «está sujeto a la misma intermitencia que el personal artístico» (Preámbulo). Sin embargo, no les resulta de aplicación todo el régimen de los artistas, en virtud de la Disposición adicional única y, en concreto, el artículo 7 relativo a las retribuciones.

El artículo 7 del Real Decreto 1435/1985 establece que «tendrán la consideración de salario todas las percepciones que el artista tenga reconocidas frente a la Empresa por la prestación de su actividad artística, sin más exclu-

⁸⁰ ALZAGA RUIZ, I.: «El proceso de integración de los artistas en espectáculos públicos en el ámbito del Derecho del Trabajo», *Revista española de Derecho del Trabajo*, núm. 104, 2001, pp. 243-245; LÓPEZ-TARRUELLAS, F.: «Relación especial de trabajo de los artistas en espectáculos públicos: aspectos destacables», *Actualidad laboral*, núm. 25, 1987, p. 1345; OJEDA AVILÉS, A.: «Las relaciones laborales especiales: una perspectiva unitaria», *Relaciones laborales*, vol. I, 1990, pp. 237, 239.

⁸¹ Preámbulo del Real Decreto-ley 5/2022, de 22 de marzo, por el que se adapta el régimen de la relación laboral de carácter especial de las personas dedicadas a las actividades artísticas, así como a las actividades técnicas y auxiliares necesarias para su desarrollo, y se mejoran las condiciones laborales del sector (BOE núm. 70, de 23.3.2022).

siones que las que deriven de la legislación vigente» (Dos). Asimismo, «la retribución de los artistas en espectáculos públicos será, en sus modalidades y cuantía, la pactada en convenio colectivo o contrato individual de trabajo, con respeto, en todo caso, de la normativa sobre salarios mínimos» (Uno). De ahí la importancia del análisis de la negociación colectiva, que además «regulará, en su caso, el tratamiento retributivo de aquellos tiempos en los que, sin estar comprendidos en la noción de jornada de trabajo del artículo siguiente, el trabajador se encuentre en situación de disponibilidad respecto del empresario» (Tres). El artículo hace referencia a la distinción entre salario *strictu sensu* y el concepto más amplio de retribución, en un contexto de fragmentación normativa sectorial, por lo que su (compleja) fijación dependerá de elementos como el género artístico, la clasificación profesional, y la peculiar duración del contrato, entre otros ⁸².

Una cuestión a la que hacen referencia los distintos textos internacionales analizados es la de los derechos de propiedad intelectual, como fuente de ingresos de los artistas. En España, el RD Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (en adelante, LPI), prevé en su artículo 51 la transmisión por escrito de los derechos del autor asalariado, y en los artículos 105 a 113 los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes (dentro del Título I del Libro Segundo, dedicado a los «otros derechos de propiedad intelectual»). El artículo 105 LPI entiende por tales a las personas que representen, canten, lean, reciten, interpreten o ejecuten «en cualquier forma una obra» (de ahí la exclusión de la faena de los toreros, sin perjuicio de los derechos de imagen). Esta definición encuentra algunas diferencias con la establecida por el RD 1435/1985. Si la interpretación o ejecución se realiza en cumplimiento de un contrato de trabajo, salvo estipulación en contrario, el empresario adquirirá sobre aquellas los derechos exclusivos de autorizar la reproducción y la comunicación pública (art. 110, ap. 1). Esto último no será de aplicación a los derechos de remuneración reconocidos por comunicación pública en los apartados 3, 4 y 5 del artículo 108 (art. 110, ap. 2). El derecho a estas remuneraciones se efectuará a través de entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual, que «comprenderá la negociación con los usuarios, la determinación, la recaudación y la distribución de la remuneración correspondiente, así como cualquier otra actuación necesaria para asegurar la efectividad de aquéllos» (art. 108.6

⁸² DOLZ LAGO M. J.: «La relación laboral de carácter especial de los artistas de espectáculos públicos», *Revista de Derecho Privado*, tomo LXVII, 1983, p. 153; GONZÁLEZ PÉREZ, F.: *El estatuto del artista de espectáculos públicos*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Extremadura, Cáceres, 1981, p. 154.

LPI). Este inciso fue introducido por Ley 23/2006, de 7 de julio, que incorporó al derecho español la Directiva 2001/29/CE, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información. Mediante ella, la UE quiso cumplir los Tratados de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) de 1996 sobre Derecho de Autor y sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas. El Tratado de Beijing sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales (adoptado en 2012, en vigor desde 2020), actualizó la protección internacional de la Convención de Roma (1961) para los artistas intérpretes o ejecutantes. La remuneración por el uso de fonogramas, como por interpretaciones y ejecuciones audiovisuales estaba prevista en la LPI. La naturaleza jurídica de tales percepciones es una cuestión que ha sido discutida doctrinalmente y, a efectos prácticos, ha sido desarrollada en la negociación colectiva correspondiente. La Directiva (UE) 2019/790 sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital, reforzó la protección para los autores y artistas intérpretes o ejecutantes en los contratos de explotación por medio de la remuneración equitativa (adecuada y proporcionada), y el deber de transparencia, cuya transposición al ordenamiento español se realizó por Real Decreto-ley 24/2021 (arts. 74-75)⁸³.

⁸³ ABELEIRA COLAO, M.: *El trabajo de los menores en espectáculos públicos*, Aranzadi, Navarra, 2021, pp. 323-337; ALTÉS TÁRREGA, J. A.: «Artistas y derechos de propiedad intelectual: su inserción en el contrato de trabajo», *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, núm. 14, 2013; ALZAGA RUIZ, I.: *La relación laboral de los artistas*, CES, Madrid, 2001, pp. 112-115, 124-132, 264-271; GONZÁLEZ GOZALO, A.: «Los derechos de propiedad intelectual de los artistas», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., GONZÁLEZ GOZALO, A.: *Manual de propiedad intelectual*, 10.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 317-340; GIL Y GIL, J. L.: «El salario de los artistas», en GARCÍA-MONCÓ, A. M.: *Las retribuciones de los artistas, intérpretes y ejecutantes. Estudio multidisciplinar*, Cinca, Madrid, 2008, pp. 103-122; HURTADO GONZÁLEZ, L.: *Artistas en espectáculos públicos: régimen laboral, propiedad intelectual y Seguridad Social*, La Ley, Madrid, 2006, pp. 201-324; KAHLE CARRILLO, D. T.: *La nueva regulación del estatuto del artista. Una visión comparada*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2023, pp. 89-92; KOSKINEN-OLSSON, T., LOWE, N.: *Educational material on collective management of copyright and related things. Module 3: Management of copyright and related rights in the audiovisual field*, WIPO, Geneve, 2014, pp. 17, 29-31; PÉREZ DE CASTRO, N., JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M. V.: «Las contraprestaciones económicas de los artistas intérpretes o ejecutantes en la Ley de Propiedad Intelectual», en GARCÍA-MONCÓ, A. M.: *Las retribuciones de los artistas, intérpretes y ejecutantes...*, cit., pp. 25-38; RUIZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, S.: *El contrato laboral del artista*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 323-329; VALDÉS ALONSO, A.: *Propiedad intelectual y relación de trabajo*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 253-281. Además de los derechos de propiedad intelectual, son importantes los derechos de imagen, regulados por LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (al respecto, *vid.* HURTADO GONZÁLEZ, L.: *Artistas en espectáculos públicos...*, cit., pp. 299-317).

Los convenios colectivos han regulado la retribución de los distintos sectores con cierto grado de homogeneidad. Grosso modo, destacamos los siguientes:

4.1 **Ámbito estatal**

4.1.1 CONVENIO COLECTIVO ESTATAL DEL PERSONAL DE SALAS DE FIESTA, BAILE, DISCOTECAS, LOCALES DE OCIO Y ESPECTÁCULOS DE ESPAÑA

Este segundo convenio fue suscrito el 8 de febrero de 2023, por la Federación Nacional de Empresarios de Ocio y Espectáculos, así como por España de Noche, en representación de las empresas del sector, y por la Federación de Servicios, Movilidad y Consumo de UGT (FeSMC-UGT), la Federación de Servicios a la Ciudadanía de CCOO (FSC-CCOO), la Confederación de Artistas-Trabajadores del Espectáculo (CONARTE) y la Unión de Actores y Actrices (UAA) en representación de los trabajadores⁸⁴. Las empresas y establecimientos afectados por este acuerdo son las «salas de fiesta, salas de baile, salas de variedades, discotecas, salas de música en vivo (a título enunciativo y no limitativo salas de conciertos clubes de música, bares musicales, café concierto, café cantante, café teatro, salas de variedades y folclóricas), tablaos flamencos y similares tal como se establece en el anexo II, así como aquellas actividades complementarias, conexas o similares, siempre y cuando la actividad principal sea el baile, el espectáculo público, musical, variedades, etc., tanto en espacios al aire libre como cubiertos. Se incluyen también espectáculos de danza y actuaciones de orquestas y bandas musicales profesionales y cualquier empresa que contrate con artistas mencionados en los Grupos A, B y C, incluyendo parques temáticos, establecimientos hoteleros, espacios para fiestas populares, etc». Quedan fuera del ámbito de aplicación los «espectáculos teatrales, desarrollados en salas de teatro y/o cines, así como las actividades ligadas a la producción audiovisual» (art. 1)⁸⁵.

⁸⁴ BOE núm. 81, de 5 de abril de 2023.

⁸⁵ El convenio distingue diferentes grupos de personas trabajadoras: «Grupo A: Responsables artísticos en general: coreografía, dirección de escena u orquesta, maestros de baile, dirección artística, escenografía, diseño de luces, presentadores, así como jefaturas técnicas; Grupo B: Personal artístico: toda persona que represente, cante, lea, recite, interprete o ejecute en cualquier forma una obra musical, literaria, dramática, coreográfica o de cualquier otro género, tales como músicos instrumentistas y cantantes en todos los géneros y especialidades musicales, bailarines en todos los géneros coreográficos, especialmente artistas en tablaos flamencos, *disc-jockeys*, monologuistas, declamadores». El grupo C hace referencia a los técnicos (audiovisual, de sonido, escenografía...) y el grupo D, al personal de Sala y Administrativo, como el de admisión y control, o de relaciones públicas (art. 1).

El régimen retributivo prevé que durante la vigencia del convenio «se aplicará como incremento sobre el salario base y resto de retribuciones, el Índice de Precios al Consumo resultante del año anterior más 0,25 puntos» (art. 4). Para garantizar el poder adquisitivo, el incremento retributivo pactado no será «compensable ni absorbible con las mejoras que por cualquier otro concepto perciban las personas trabajadoras», por lo que tales incrementos deberán ser abonados efectivamente (art. 6). El salario base tiene en cuenta la especificidad de la actividad de este sector, que se desarrolla en horario nocturno y en fin de semana, y no será inferior al previsto en la tabla salarial del convenio. En concepto de plus de transporte, el personal artístico percibirá «la cantidad establecida en el anexo de las Tablas Salariales, por los días que efectivamente trabajen, no abonándose en las vacaciones, en los contratos de «bolos», en los días no trabajados, en las pagas extraordinarias y en días de descanso». El sustituto de un trabajador habitual, percibirá el sueldo del trabajador sustituido (art. 11).

Se prevé el «derecho a unas vacaciones anuales de treinta días naturales, a razón del salario base de este convenio» (art. 13). Las horas extraordinarias, de acuerdo con el artículo 15, modificado en 2024⁸⁶, «se pagarán con el 50 % sobre la hora ordinaria», pudiendo compensarse por acuerdo, mediante descanso equivalente en los tres meses siguientes. El artículo 18 c), también modificado en 2024 establece que, si el profesional realiza sus funciones en alguna fiesta abonable y no recuperable con un día de trabajo, entre las opciones que tiene la empresa está la de aumentar la retribución en un 75 %. Respecto de la suspensión de espectáculos, el artículo 22 prevé distintas posibilidades. Por ejemplo, si el espectáculo en bolo fuera suspendido por causa de la empresa, y la persona trabajadora se hubiera presentado en el puesto de trabajo, habiéndose desplazado desde otra provincia, «la empresa abonará una cantidad consistente en el 100% de las retribuciones convenidas en el contrato», durante los días de suspensión. También se tiene derecho a la retribución estipulada en el contrato, salvo acuerdo, durante el tiempo de retraso por incumplimiento imputable exclusivamente a la empresa, que se computará a efectos de vigencia del contrato.

La actualización salarial, por Resolución de 19 de mayo de 2025⁸⁷, ha sido de un 3,05% con efectos de 1 de enero de 2025. Los salarios base, pre-

⁸⁶ Resolución de 12 de agosto de 2024, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica la modificación del Convenio colectivo estatal del personal de salas de fiesta, baile, discotecas, locales de ocio y espectáculos de España (BOE núm. 203, de 22.8.2024).

⁸⁷ Resolución de 19 de mayo de 2025, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registran y publican los anexos V y VI del II Convenio colectivo estatal del personal de salas de fiesta, baile, discotecas, locales de ocio y espectáculos de España (BOE núm. 131, de 31.5.2025).

vistos en el Anexo V para los distintos niveles profesionales⁸⁸, han sido fijados en términos anuales, mensuales, semanales y diarios. El salario de base semanal, aplicable a los contratos entre una y tres semanas, «incluye los prorrateos de pagas extraordinarias, vacaciones y festivos no recuperables», mientras que el salario base diario incluye los mencionados prorrateos, además del prorrateo de descanso semanal, y se aplica únicamente a los contratos inferiores a siete días. Los salarios del anexo V tienen carácter de mínimos (art. 11.c). También se prevé que las actuaciones entre uno y tres días consecutivos (bolos) darán derecho, como mínimo, a que el artista perciba la cantidad de 151,05 € por actuación, que incluirá todos los conceptos. Si el contrato de «bolo» coincide con una fiesta abonable, la retribución del artista se incrementará en un 50 %. Se tendrá derecho al cobro de la cuantía del salario semanal, como mínimo, por la realización de cuatro o más actuaciones seguidas en la misma plaza (art. 7.7).

La retribución adicional de los artistas por comercializar por la grabación, emisión, transmisión, puesta a disposición o distribución de los espectáculos, se recoge en el artículo 23 del convenio. Este establece que «en caso de grabación audiovisual del espectáculo motivo del contrato para su posterior explotación o exhibición, comercial o no, en cualquier soporte, el artista habrá de dar previamente su consentimiento expreso y, en todo caso, será objeto de un nuevo contrato y remuneración distintos del contrato de prestación artística en espectáculos públicos, quedando expresamente prohibida la cesión gratuita de estos derechos». El artista podrá pedir una copia del espectáculo para su promoción profesional, una vez finalizada la explotación/exhibición autorizada de la obra. A falta de «la preceptiva autorización expresa por escrito del artista y su retribución adicional expresada anteriormente, podrá ser causa de demanda y rescisión del contrato de trabajo por parte del trabajador si este estuviera en vigor, teniendo derecho a los correspondientes daños y perjuicios que establece la Ley». Los derechos de propiedad intelectual que sean susceptibles de ser cedidos, sin perjuicio de lo que cobren las entidades de gestión colectiva que correspondan, deberán ser cedidos expresamente mediante con-

⁸⁸ Los niveles profesionales del grupo I (personal de espectáculos) son los siguientes: director/a escénico; director/a artístico; coreógrafo/a; ayudante de director/a escénico; ayudante de coreógrafo/a; atracción individual; ayudante de atracción; primera figura/ artista invitado/a; jefe/a de ballet; bailarines, músicos, cantantes e instrumentistas; monologuista; solista; cantautor; bailaores y/o cantaores; palmeros; *disc jockey*; *disc jockey live* de música electrónica; *disc jockey* selector/residente; *light jockey*; *video jockey*/visuales. El convenio incluye en este grupo profesional I al *disc jockey*, que imprime «su particular sensibilidad artística» en las actuaciones, y añade nuevas modalidades (Anexo III del Convenio). Al respecto, *vid.* AEDYP: «El DJ ya es artista: te explicamos por qué y algunas implicaciones», 31.5.2023, en <https://www.aedyp.es/el-dj-ya-es-artista-te-explicamos-por-que-y-algunas-implicaciones/>

trato por el artista. Se pueden realizar grabaciones con fines de ensayo y revisión del espectáculo, «que en ningún caso podrán ser objeto de explotación comercial o exhibición no comercial y no generarán retribución adicional al Artista». Por la emisión en directo de «un espectáculo en cualquier soporte o medio audiovisual en un espacio público, el artista percibirá la cantidad pactada para grabación del espectáculo incrementado en un 25 por 100». El artículo 24 del convenio también prevé el derecho a percibir las retribuciones pactadas en el contrato de trabajo por la reproducción (parcial) publicitaria y la promoción de la obra.

4.1.2 CONVENIO COLECTIVO ESTATAL REGULADOR DE LAS RELACIONES LABORALES ENTRE LOS PRODUCTORES DE OBRAS AUDIOVISUALES Y LOS ACTORES QUE PRESTAN SERVICIOS EN LAS MISMAS

Este tercer convenio fue suscrito el 23 de diciembre de 2015, por la asociación empresarial Confederación de Asociaciones de Productores Audiovisuales de España (FAPAE), en representación de las empresas del sector, y por las organizaciones sindicales FES-UGT, FSC-CCOO, CONARTE y la Unión de Actores y Actrices, en representación de los trabajadores del sector⁸⁹. Este convenio es de aplicación a los contratos de interpretación, regulados por el Real Decreto 1435/1985, y supletoriamente por el Estatuto de los Trabajadores, «para la realización de obras audiovisuales que se celebren entre los productores de las mismas y los actores/actrices que en ellas intervengan, cualquiera que sea el tipo de actuación que se fije en las citadas obras audiovisuales, incluidas las de publicidad». Se exceptúan del ámbito del convenio las interpretaciones fijadas en cortometrajes, los contratos concluidos entre las empresas de producción audiovisual y los figurantes, los de ejecución musical de las bandas sonoras de las obras audiovisuales, así como los vídeos musicales y los programas de concursos (art. 2).

Por resolución de 10 de marzo de 2025, y conforme a lo previsto en el artículo 4.3 del convenio, se actualizaron las cuantías salariales de las tablas, con un incremento del 2,8 % correspondiente al IPC interanual de diciembre de 2024, con efectos retroactivos a 1 de enero de 2025⁹⁰. El grupo profesio-

⁸⁹ BOE núm. 118, 16.5.2016.

⁹⁰ Resolución de 10 de marzo de 2025, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Acuerdo parcial de actualización de tablas salariales para el año 2025 del III Convenio colectivo estatal regulador de las relaciones laborales entre los productores de obras audiovisuales y los actores que prestan servicios en las mismas (BOE núm. 68, de 20.3.2025). Los salarios previstos, respectivamente, por

nal de Bailarines seguirá las equivalencias con los criterios previstos para el grupo profesional de actores/actrices (Anexo I, segundo, del III convenio). El artículo 10 del convenio prevé el pago del salario por semanas vencidas, en las contrataciones por sesiones o semanas. El pago se efectuará el último día del mes, cuando la contratación sea por meses, o por períodos determinados superiores a un mes. El pago del salario se efectuará, alternativamente, en los plazos contractuales previstos. Cuando la duración del contrato sea superior a 15 días, el trabajador tendrá derecho a obtener anticipos a costa del salario devengado.

Las horas extraordinarias se abonarán al 50% del salario por sesión del papel correspondiente, computando sólo las de trabajo efectivo (art. 15). En caso de expiración del plazo de la vigencia del contrato, no habiendo terminado la grabación o rodaje de la película o serie, si la productora no hubiere necesitado que el actor/actriz iniciara su trabajo, deberá pagarle el 75% del salario pactado, sin perjuicio de poder optar ambas partes por renovar el contrato de trabajo o darlo por concluido. En caso de no haber concluido la actuación, el productor deberá pagar al actor/actriz el 100% del salario pactado, o negociar ambas partes de buena fe una «prórroga que facilite la conclusión de la producción iniciada, con las mismas condiciones contractuales pactadas con anterioridad y determinando el salario a prorrata» (art. 17).

El doblaje de voces o grabaciones en off, será comunicada al actor/actriz con una antelación no inferior a 7 días naturales. Si el doblaje se iniciase «en un plazo superior a 60 días naturales contados a partir del siguiente a aquel en que finalizó el rodaje, el actor/actriz tendrá derecho a una compensación equivalente a la parte proporcional de salario percibida por cada día de trabajo durante el período de rodaje» (art. 27). En caso de resolución anticipada del contrato de interpretación, sin causa justificada por parte de la productora, las condiciones mínimas previstas en el convenio son las siguientes: no habiéndose iniciado el rodaje o grabación, el productor deberá abonar al actor el 75% del salario total pactado; caso contrario, el abono será del 100% del salario total pactado (art. 32.1).

La cesión por parte del actor/actriz, al productor de la obra audiovisual, de los derechos de fijación, reproducción y distribución (prevista en el conte-

sesión, semana y mes, son los siguientes para la televisión: protagonista (863,16 €, 3.848,90 €, 10.263,41 €); secundario (616,55 €, 2.741,80 €, 7.651,54 €); reparto (493,21 €, 2.040,45 €, 5.781,31 €); pequeñas partes (197,26 €, 816,16 €, 2.312,53 €). Para el cine son los siguientes: protagonista (942,62 €, 4.259,88 €, 11.351,75 €); secundario (686,46 €, 3.052,90 €, 8.519,71 €); reparto (514,83 €, 2.129,92 €, 6.034,76 €); pequeñas partes (205,93 €, 851,98 €, 2.413,91 €). Otros conceptos salariales (ap. B) son los ensayos y el complemento de pernocta.

nido del contrato de interpretación para la realización de una obra audiovisual), se realizará de forma expresa, percibiendo una remuneración equivalente al 5 % del salario, de acuerdo con el Anexo I del Convenio (art. 7, ap. j). También debe figurar en el contrato la declaración expresa de autorización al productor de la obra audiovisual, para la comunicación pública de la interpretación fijada, con indicación del plazo y el ámbito geográfico de la misma (art. 7, ap. k). Los derechos y obligaciones derivados del contrato de interpretación son independientes de los derechos reconocidos por la normativa sobre propiedad intelectual, cuya aplicación será supletoria al convenio (art. 2.3). Con el fin de garantizar los derechos del actor/actriz sobre su propia imagen, queda prohibida la obligatoriedad de firmar cualquier documento relativo a la cesión gratuita de derechos de propiedad intelectual en las pruebas y audiciones, con fines comerciales y/o promocionales (art. 26).

4.1.3 CONVENIO COLECTIVO ESTATAL REGULADOR DE LAS RELACIONES LABORALES ENTRE LOS PRODUCTORES DE OBRAS AUDIOVISUALES Y LOS FIGURANTES QUE PRESTAN SERVICIOS EN LAS MISMAS

Este primer convenio fue suscrito el 11 de abril de 2016, por FAPAE, en representación de las empresas del sector, y por las organizaciones sindicales FES-UGT, FSC-CCOO, CONARTE y la Unión de Actores y Actrices, en representación de los trabajadores del sector⁹¹. Su ámbito funcional se extiende «a los contratos de los trabajadores de obras audiovisuales que recrean con su presencia un ambiente o una escena, sin ningún peso específico o incidencia en la acción, que contribuye a la autenticidad global y la atmósfera de dicha escena careciendo de texto alguno. No obstante, será lícito que los figurantes ayuden en la generación de ruidos, gritos y murmullos de muchedumbres y/o los cantos y rezos en coro» (art. 2.1).

El anexo II, sobre el contrato tipo, señala entre sus cláusulas el derecho del trabajador a percibir «la retribución total según convenio». El abono del salario se efectuará el último día del mes (art. 10). Las cuantías salariales fijadas en el convenio se consideran «mínimos imperativos» para todo el ámbito de aplicación del convenio (Anexo I). El traslado para el rodaje de secuencias fuera de la localidad en la que se efectúe la contratación será facilitado o abonado por el empleador, si la frecuencia de salidas del transporte interurbano, disponible desde cabecera, es superior a 30 minutos (art. 16).

⁹¹ BOE núm. 120, de 18 de mayo de 2016.

El artículo 20, relativo a la publicidad, otorga al productor «la iniciativa y más amplia libertad en la concepción y ejecución del material publicitario de la obra audiovisual en la que los figurantes hayan prestado sus servicios». Por ello, «sin especial y previo consentimiento de los mismos, el productor podrá utilizar la imagen o voz de un figurante, así como libremente utilizar las fotografías que hayan sido obtenidas durante el rodaje y/o en los momentos de preparación del mismo, con fines publicitarios vinculados a la obra audiovisual para la que fue contratado o a la actividad del productor». En todo caso, el productor deberá respetar el derecho a la intimidad y la dignidad personal y profesional del figurante.

4.2 **Ámbito autonómico: algunos ejemplos**

4.2.1 CONVENIO COLECTIVO DEL SECTOR DE DOBLAJE Y SONORIZACIÓN (RAMA ARTÍSTICA) DE LA COMUNIDAD DE MADRID

Este convenio, cuyo ámbito de vigencia se extiende hasta el 31 de diciembre de 2025, fue suscrito el día 10 de mayo de 2021, por las organizaciones empresariales AEDMA Y AMAEDYS, y por las organizaciones sindicales ADOMA, FSC-CCOO, LOCUMAD Y FESMC-UGT⁹². El ámbito personal se extiende a todas las especialidades profesionales de la Rama Artística del Doblaje y la Sonorización: actores, adaptadores-ajustadores, directores y ayudantes de dirección (art. 3). Prevé para los años 2022 a 2025 un incremento salarial anual del IPC, aplicable a las tablas salariales del convenio desde el día 1 de enero. Además, garantiza un incremento salarial anual mínimo del 0,5%, en caso de que el IPC anual fuera inferior (art. 5.2). La fecha límite para el pago del salario, por transferencia bancaria, será el día 10 de cada mes vencido (art. 46).

La Disposición adicional cuarta recoge una reivindicación de la representación social. Se trata del reconocimiento del «derecho de las personas trabajadoras contratadas por convocatoria a ser compensadas por los conceptos de vacaciones no disfrutadas, indemnización por extinción de contrato y pagas extraordinarias», ya que la representación empresarial mantenía que la específica retribución pactada en el convenio para estos contratos incluía todos los conceptos. Finalmente, las partes resolvieron incorporar al convenio un incre-

⁹² BOCM núm. 199, de 21.8.2021.

mento adicional para compensar tales conceptos, que consiste en un 3% sobre las retribuciones correspondientes a 2025.

Mención especial merece la Disposición adicional quinta, que prevé la creación de una mesa de trabajo, constituida por la misma representación existente en la comisión negociadora del convenio, cuyo objetivo es desarrollar y negociar asuntos pendientes o que necesitan una actualización, entre los que señala los derechos de propiedad intelectual. Al respecto, el Preámbulo señala que «desde la firma del primer convenio, la parte social ha reivindicado la regulación mediante negociación colectiva de las condiciones (incluidas las económicas), en la que los artistas de doblaje y sonorización cedan sus derechos de Propiedad Intelectual».

4.2.2 CONVENIO COLECTIVO DEL SECTOR DE ACTORES Y ACTRICES DE MADRID

El VI convenio fue suscrito el 28 de noviembre de 2014 por el Instituto Nacional de las Artes Escénicas y de la Música (INAEM), la Asociación de Productores y Teatros de Madrid (APTEM), la Asociación de Empresas de Artes Escénicas de la Comunidad de Madrid (ARTEMAD), la Unión de Actores y Actrices de la Comunidad de Madrid (UAA), la Federación de Servicios de Madrid-UGT, y la Federación de Servicios a la ciudadanía de Madrid-Región CCOO⁹³.

El artículo 12.5 prevé que «tendrán la consideración de salario todas las percepciones que el actor/actriz tenga reconocidas frente a la empresa por la prestación de la actividad artística, sin más exclusiones que las que se deriven de la legislación vigente», es decir, de acuerdo con el artículo 7.2 del Real Decreto 1435/1985. En el caso del trabajo infantil, el artículo 16.6 dispone que «el salario del menor será el de la categoría profesional que desempeñe, no pudiendo darse ninguna discriminación por razón de edad».

Las retribuciones se regulan en el capítulo VI, habiendo sido actualizadas las cuantías en 2025⁹⁴. La prestación de la actividad artística retribuida con el salario comprende los ensayos y las representaciones (art. 29.1). En el caso de

⁹³ Resolución de 30 de abril de 2015, de la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Empleo, Turismo y Cultura, sobre registro, depósito y publicación del convenio colectivo del sector de actores y actrices de Madrid (BOCM núm. 133, de 6.6.2015).

⁹⁴ Resolución de 4 de febrero de 2025, de la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Economía, Hacienda y Empleo, sobre registro, depósito y publicación de la revisión salarial de año 2025 del convenio colectivo del sector de actores y actrices, suscrita por la Comisión Mixta Paritaria (BOCM núm. 41, de 18.2.2025).

que se interprete más de un papel, el actor/actriz cobrará el sueldo correspondiente a la categoría profesional más alta (art. 29.6). En las contrataciones por bolos, es decir, «las funciones o grupos de funciones que, realizadas en una determinada localidad o plaza distinta de la de estreno, en conjunto o aisladamente, se celebren sin llegar al límite de actuación» para constituir temporada según convenio, el salario se establece en la cuantía siguiente: salario estipulado más el 50 por 100 del mismo, para el primer bolo; salario estipulado más el 40 por 100 del mismo, para el segundo bolo y siguientes (art. 31). Las horas extraordinarias, tanto en ensayos como en representaciones, se abonarán con el valor de una hora ordinaria incrementada en un 75 por 100 (art. 32.2).

La comercialización, venta y cesión de derechos, prevista en el artículo 35, requiere la necesidad de previo consentimiento expreso del artista, «en caso de grabación audiovisual del espectáculo teatral motivo del contrato para su posterior explotación comercial en cualquier soporte». Dicho consentimiento «será objeto de un contrato y remuneración distintos del contrato de prestación artística en espectáculos públicos, teniendo derecho a percibir por la grabación al menos los mínimos establecidos al respecto que constan en el Anexo I del presente convenio, o acuerdo económico superior de las partes» (art. 35.1). La cesión de los derechos de propiedad intelectual susceptibles de ser cedidos, deberá realizarse expresamente mediante contrato, sin perjuicio de lo que cobren las entidades de gestión colectiva correspondientes. El actor/actriz percibirá un incremento del 5 por 100 de su salario, por cada día de grabación (art. 35.5). Si se graba y/o emite «en directo un espectáculo en cualquier soporte o medio audiovisual en un espacio público, el actor/actriz percibirá la cantidad estipulada para grabación de la obra incrementada en un 25 por 100» (art. 35.6)⁹⁵.

⁹⁵ El III Convenio colectivo de trabajo para el sector de actores y actrices de teatro de Cataluña (Resolución EMO/1647/2014, de 12 de junio; DOGC núm. 6667, 18.7.2014), prevé la necesidad de consentimiento expreso para la filmación o grabación, así como una retribución adicional, en los siguientes supuestos: «Cuando se grabe un espectáculo en cualquier soporte audiovisual en un espacio con público, el actor/actriz percibirá como mínimo y por una sola vez, independientemente de los días de grabación, una cantidad equivalente a dos veces el sueldo por sesión establecido en el Convenio vigente suscrito entre Televisió de Catalunya SA, la AADPC, CCOO y UGT». En el caso de que la grabación fuera «emitida en directo, la cantidad adicional a percibir será la anterior incrementada en un 25%». Además, el actor/actriz recibirá «el 5% de la cantidad total en concepto de derechos de propiedad intelectual, sin perjuicio de los que se cobran por las entidades de gestión pertinentes» (art. 8.3). Otros convenios también contemplan, en términos similares, la retribución adicional por la grabación en un espacio con público: el artículo 8 del Convenio colectivo de trabajo del sector de los actores y actrices de teatro de la Comunitat Valenciana (Resolución de 4 de mayo de 2018, de la Subdirección General de Relaciones Laborales, DOGV núm. 8307, 31.5.2018); y el artículo 10 del Convenio colectivo del sector de artes escénicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco (Resolución de 31 de mayo de 2023, del Director de Trabajo y Seguridad Social, BOPV núm. 123, 29.6.2023).

4.3 Una referencia especial al sector taurino

El Real Decreto-ley 5/2022 modificó el artículo 1 del Real Decreto 1435/1985, relativo a «la relación especial de trabajo de las personas artistas que desarrollan su actividad en las artes escénicas, audiovisuales y musicales». También eliminó la mención del apartado tercero a «plazas de toros», por «plazas», como medio para la ejecución de las actividades artísticas, lo que ha cuestionado el encaje de los profesionales taurinos en el Real Decreto 1435/1985. Con todo, el artículo 12 mantiene la referencia, como norma complementaria, a la Reglamentación Nacional de Trabajo para el espectáculo taurino, aprobada por Orden de 17 de junio de 1943. Las Reglamentaciones y Ordenanzas fueron derogadas por Ley 11/1994, de 19 de mayo, y sustituidas por la negociación colectiva correspondiente⁹⁶. El VI Convenio colectivo nacional taurino fue suscrito el 27 de mayo de 2022, por la organización empresarial ANOET, y por UGT, CCOO, Unión de Toreros (UT), Unión Nacional de Picadores y Banderilleros Españoles (UNPBE), y Asociación Nacional de Mozos de Espadas (ASNAME), en representación del colectivo laboral afectado⁹⁷. Su disposición final primera establece como legislación supletoria el Estatuto de los Trabajadores y el Real Decreto 1435/1985. Por tanto, la regulación de artistas será aplicable a este colectivo, mientras no se resuelva judicialmente un posible conflicto sobre la interpretación de la norma⁹⁸.

El convenio retoma la negociación colectiva, superados los peores momentos de la pandemia, entre cuyos objetivos se encontraba la actualización salarial (Preámbulo). Por el contexto económico, la disposición transitoria primera, limitó la actualización salarial para las temporadas 2023 y 2024, que no podía ser superior al tres por ciento. Esta limitación podía ser extensiva a la temporada 2025, previo acuerdo de las partes, habiéndose adoptado un incremento de los salarios de un 2,8 por ciento⁹⁹.

⁹⁶ ALTÉS TÁRREGA, J. A., ARADILLA MARQUÉS, M. J., & GARCÍA TESTAL, E.: «La relación laboral especial de artistas tras el Real Decreto-ley 5/2022», *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, vol. 12, núm. 2, 2022, p. 6. DOI: <https://doi.org/10.46661/lexsocial.7490>; ARADILLA MARQUÉS, M. J.: *Especialidades en materia de Seguridad Social*..., cit., p. 27. A efectos de Seguridad Social, se han mantenido diferencias frente al colectivo de artistas, habiéndose configurado como dos Regímenes especiales: el de artistas en espectáculos públicos (Decreto 2133/1975) y el de profesionales taurinos (Decreto 1024/1981), antes de su integración en el Régimen General de Seguridad Social por Real Decreto 2621/1986 (*Ibidem*).

⁹⁷ Resolución de 2 de septiembre de 2022, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el VI Convenio colectivo nacional taurino (BOE núm. 223, de 16.9.2022).

⁹⁸ ALTÉS TÁRREGA, J. A., ARADILLA MARQUÉS, M. J., & GARCÍA TESTAL, E.: «La relación laboral especial de artistas tras el Real Decreto-ley 5/2022»..., cit., p. 7.

⁹⁹ Resolución de 18 de febrero de 2025, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica la actualización de las tablas salariales para el 2025 del VI Convenio colectivo nacional taurino (BOE núm. 50, de 27.2.2025).

El artículo 2, sobre el ámbito funcional del convenio, pone de relieve la contratación escalonada de los profesionales taurinos: por un lado, «la relación jurídico-laboral entre el organizador del espectáculo taurino y el matador, novillero o rejoneador, todos ellos «jefes de cuadrilla», que serán quienes decidan su composición y con independencia de la modalidad contractual»; y «la relación jurídico-laboral entre los jefes de cuadrilla y los toreros-subalternos y auxiliares»¹⁰⁰.

Las obligaciones del organizador del espectáculo taurino se recogen en el artículo 10, que prevé que el abono por parte de aquel de los honorarios mínimos del convenio y de sus sucesivas actualizaciones, «con una antelación mínima de tres días a la fecha de celebración del festejo mediante transferencia bancaria en la cuenta corriente designada por el jefe de cuadrilla». Los honorarios comprenderán la retribución del propio jefe de cuadrilla, los salarios a abonar por éste a su cuadrilla, y la atención de los gastos establecidos. No se admiten los pagos en especie en ningún caso, como la entrega de entradas o similares, que invadan la cuantía bruta de los honorarios mínimos del convenio. No obstante, el empresario organizador del festejo podrá sustituir esta obligación, previa acreditación ante la Comisión Paritaria de Seguimiento, Vigilancia y Control regulada por el convenio, por medio de la constitución de instrumentos adecuados de garantía del cumplimiento de sus obligaciones (aval bancario, o seguro de caución o responsabilidad). Las obligaciones con la Seguridad Social, de todos los profesionales actuantes, deberán ser formalizadas por el organizador del espectáculo taurino. Los justificantes de actuación deberán ser entregados, antes del sorteo en el día del festejo, a cada jefe de cuadrilla, o a la persona designada por éste, en los que figurará obligatoriamente, al menos, el salario mínimo previsto por Convenio y la base de cotización a cuenta, fijada para cada ejercicio, por la Tesorería General de la Seguridad Social. El incumplimiento de tales obligaciones permitirá a los jefes de cuadrilla anunciados, así como a los miembros de sus cuadrillas, abstenerse de torear, «sin perjuicio de su derecho a reclamar ante la Comisión de Seguimiento y/o ante la jurisdicción competente la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios sufridos, que incluirán al menos el ajuste total pactado, con respeto en todo caso de

¹⁰⁰ El profesor Sagardoy Bengoechea consideraba hace años el contrato entre el matador con el empresario como un contrato mixto, al comprender la prestación personalísima del torero y la prestación necesaria de los subalternos. Lo calificaba de contrato especial de empresa, al reunir elementos del contrato de trabajo y del contrato civil de obra (SAGARDOY BENGOCHEA, J. A.: «Contrato de trabajo taurino», en BAYÓN CHACÓN, G. (coord.): *Catorce lecciones sobre contratos especiales de trabajo*, Universidad de Madrid. Facultad de Derecho, Madrid, 1965, p. 122). Sobre la calificación de esta relación, vid.: HURTADO GONZÁLEZ, L.: *Toreros y Derecho. Una aproximación al régimen jurídico de la profesión taurina*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 117 ss.

los mínimos establecidos en este Convenio». En caso de que la empresa incumpla los Reglamentos de Espectáculos Taurinos vigentes, y su normativa de desarrollo, sobre el estado y condiciones de la enfermería y los servicios sanitarios, y con independencia de las posibles sanciones por las infracciones cometidas, «será motivo bastante para que los profesionales actuantes se nieguen a torear, sin que por ello tenga derecho el empresario a indemnización alguna, viniendo, por el contrario, obligado a pagar el importe íntegro de los honorarios como si realmente se celebrara el espectáculo».

En caso de suspensión del festejo, cuando no sea por fuerza mayor, obligará a la empresa al pago del importe íntegro de salarios y gastos al jefe de cuadrilla, y éste a su cuadrilla, como si el festejo se hubiere celebrado. Ahora bien, si la suspensión se produjera por cualquier causa una vez iniciado el festejo, no exime a la empresa de la obligación del pago íntegro de las cantidades que se acordaron en el contrato (art. 11). En el supuesto de baja de algún jefe de cuadrilla, debidamente acreditada, la empresa quedará en libertad absoluta respecto a aquel, y no tendrá obligación de abonar retribución o indemnización alguna. Pero si el jefe de cuadrilla contratado o algún integrante de su cuadrilla resultase herido en el transcurso de la lidia, será sustituido por sus compañeros, percibiendo aquéllos, no obstante, sus honorarios íntegros (art. 12). El carácter benéfico de un festival taurino no exime a la empresa organizadora de abonar los honorarios a los jefes de cuadrilla, así como de efectuar las correspondientes cotizaciones sociales (art. 24.3).

Las obligaciones de los jefes de cuadrilla respecto de los picadores, banderilleros y mozos de espada se recogen en el artículo 14. Este prevé que el jefe de cuadrilla deberá abonar, antes de la celebración del sorteo de los toros, las cantidades correspondientes a las cuadrillas, de acuerdo con el Anexo IV. El incumplimiento de esta obligación «permitirá a las cuadrillas abstenerse de torear, sin perjuicio de su derecho a reclamar ante la Comisión de Seguimiento y/o ante la jurisdicción competente la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios sufridos, que incluirán al menos los salarios mínimos establecidos en este Convenio». Además, el jefe de cuadrilla debe «poner a disposición de todos los integrantes de la misma, los medios de locomoción, hospedaje y manutención adecuados para concurrir al espectáculo». El empresario organizador del festejo será responsable solidario del cumplimiento de las obligaciones salariales del jefe de cuadrilla frente a los integrantes de la misma. En el supuesto de que «la actuación de los profesionales taurinos se realice mediante la suscripción de un contrato de naturaleza mercantil a través de una sociedad de responsabilidad limitada o cualquier otra forma admitida en derecho, será dicha sociedad la que asumirá las responsabilidades y obligaciones que

atañen al jefe de cuadrilla con arreglo a lo establecido en el presente convenio, sin perjuicio de lo que el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores establece en materia de subcontratación y responsabilidades del contratista principal».

Las disposiciones finales cuarta y quinta prevén medidas de incentivo para las empresas y para los jefes de cuadrilla que acrediten, respectivamente, el cumplimiento del convenio en materia retributiva. La disposición final octava establece como no infringido el deber de paz social cuando las medidas adoptadas de conflicto o presión estén motivadas exclusivamente por el impago de salarios.

La disposición final séptima prevé el respeto de «los derechos de imagen de los actuantes en todos los espectáculos taurinos que se retransmitan o difundan en cualquier medio o soporte audiovisual, conforme a los acuerdos que al efecto puedan suscribir los interesados». El Anexo I, sobre el contrato de actuación para los matadores de toros, novilleros y rejoneadores, requiere en su cláusula sexta la autorización del actuante para que su intervención sea televisada, captada o fijada por cualquier medio o sistema, para su comercialización posterior. En ese caso, «la retribución en concepto de derechos de imagen y los términos de la cesión de la explotación de los mismos, se harán constar en el presente contrato o en documento anexo». Si no hay acuerdo expreso, se entiende que «la autorización se refiere a la realización de una única emisión televisiva de forma simultánea a la celebración del espectáculo»¹⁰¹.

La faena de los toreros no constituye una actuación protegible conforme al artículo 105 LPI, ya que la actuación artística debe referirse a una obra o a una creación intelectual original¹⁰². Por ello, la STS de 16 de febrero de 2021, de la Sala de lo Civil¹⁰³, concluyó que la faena de un torero no podía ser registrada como obra artística, objeto de propiedad intelectual. Entre los argumentos esgrimidos, señala que fue razonable denegar la inscripción por las consecuencias perniciosas que ello conllevaría, ya que «la faena de un torero no puede considerarse una creación artística que merezca el monopolio de su reproducción». Para poder considerar la lidia del toro objeto de propiedad inte-

¹⁰¹ Al respecto, *vid.* LORCA, A.: «Los derechos de imagen de las corridas televisadas, el gran tabú de la tauromaquia actual», *El País*, 23.5.2025.

¹⁰² GONZÁLEZ GOZALO, A.: «Los derechos de propiedad intelectual de los artistas», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., GONZÁLEZ GOZALO, A.: *Manual de propiedad intelectual...*, cit., p. 319. No obstante, el artículo 9 de la Convención de Roma de 1961 permite a los Estados Contratantes, «mediante su legislación nacional, extender la protección a artistas que no ejecuten obras literarias o artísticas». Asimismo, el art. 2 a) del Tratado de la OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas, considera ««artistas intérpretes o ejecutantes», todos los actores, cantantes, músicos, bailarines u otras personas que representen un papel, canten, reciten, declamen, interpreten o ejecuten en cualquier forma obras literarias o artísticas o expresiones del folclore» (*Ibidem*).

¹⁰³ ECLI: ES: TS:2021:497.

lectual, «la pretendida creación intelectual (artística) debería quedar expresada de forma que pudiera identificarse con suficiente precisión y objetividad, aun cuando esta expresión no fuera necesariamente permanente». Y «en la lidia de un toro no es posible esa identificación, al no poder expresarse de forma objetiva aquello en qué consistiría la creación artística del torero al realizar una concreta faena, más allá del sentimiento que transmite a quienes la presencian, por la belleza de las formas generadas en ese contexto dramático». Todo ello, «sin merma de la consideración artística que pueda reconocerse a la faena de un torero», reflejada en la «obra de algunos célebres poetas (Gerardo Diego, Federico García Lorca, José Bergamín, entre otros) y pintores (Goya, Picasso, Fortuny, Sorolla, también entre otros)»¹⁰⁴.

5. CONCLUSIÓN

En estas páginas se han desarrollado algunas pinceladas de un panorama inmenso. Se constata que no hay trabajo adecuadamente retribuido para todos, lo que incide en la precariedad de muchos artistas y en la imposibilidad de poder vivir de su trabajo. Se han producido grandes cambios en la forma de trabajar de los artistas y en la forma de darse a conocer al público en el entorno digital, que se caracteriza por la concentración de grandes plataformas en el mercado y por el monopolio en torno a la inteligencia artificial. El diseño de algunos modelos de negocio y los servicios de transmisión en *streaming*, que han experimentado un rápido crecimiento en los últimos años, hacen que los ingresos no siempre se transfieran adecuadamente a los artistas, intérpretes o ejecutantes. En este contexto, una adecuada regulación en materia de derechos de propiedad intelectual puede garantizar una justa retribución por el trabajo de los artistas, y ayudar a superar los efectos de un modelo económico puramente liberal. Con objeto de distribuir con más equidad los beneficios y mejorar el poder de negociación, se aprobó la Directiva (UE) 2019/790, de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital, que introduce el principio de remuneración adecuada y proporcionada para los

¹⁰⁴ Una excelente síntesis de las consideraciones artísticas y laborales en DE LA VILLA GIL, L. E.: «Picadores», en SEMPERE NAVARRO, A. V. (director): *Una mirada laboralista a la fotografía. Fondos del Instituto del Patrimonio Cultural de España*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2025, pp. 317-323. También cabe traer a colación al profesor Tierno Galván, quien señalaba que: «Al torero se le llama «artista» en el sentido de creador de belleza, y, desde luego, lo es, teniendo plena conciencia de que la figura y la dignidad plásticas prestan al lance un peculiar estilo, que elevan la lidia al máximo de tensión estética; belleza y galanura ante la muerte, ¿cabe tema estético de mayor vitalidad?» (TIERNO GALVÁN, E.: *Los toros, acontecimiento nacional*, Leer, Madrid, 2010, p. 52).

autores y los artistas, intérpretes o ejecutantes que «concedan licencias o cedan sus derechos exclusivos para la explotación de sus obras u otras interpretaciones» y, en cuya transposición al Derecho interno, se tendrá «en cuenta el principio de libertad contractual y el justo equilibrio entre derechos e intereses». La negociación colectiva puede ayudar a conseguir tales objetivos, aunque se ha visto obstaculizada por los altos niveles de trabajo autónomo en el sector y por la aplicación de las normas de competencia. En el concreto panorama español, es decisivo el papel de los convenios colectivos, así como de las entidades de gestión colectiva. La negociación colectiva, además de establecer condiciones para asegurar una digna remuneración por la prestación artística, delimitando a los sujetos implicados, articulan la compensación por la explotación de los derechos de propiedad intelectual y derechos de imagen, en función del sector. Todo ello muestra la actualidad de las Recomendación relativa a la condición del artista de la UNESCO, cuya aplicación contribuye al logro de los ODS, y a la valoración del trabajo artístico como «fuente creativa de la cultura europea en la que se fundamentan nuestra sociedad y nuestra democracia»¹⁰⁵.

6. BIBLIOGRAFÍA

- ABELEIRA COLAO, M.: *El trabajo de los menores en espectáculos públicos*, Aranzadi, Navarra, 2021.
- ALONSO GARCÍA, M.: *Derecho del Trabajo-tomo II (Contrato de Trabajo)*, José María Bosch, Barcelona, 1960.
- ALTÉS TÁRREGA, J. A.: «Artistas y derechos de propiedad intelectual: su inserción en el contrato de trabajo», *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, núm. 14, 2013.
- ALTÉS TÁRREGA, J. A., ARADILLA MARQUÉS, M. J., & GARCÍA TESTAL, E.: «La relación laboral especial de artistas tras el Real Decreto-ley 5/2022», *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, vol. 12, núm. 2, 2022. DOI: <https://doi.org/10.46661/lexsocial.7490>
- ALZAGA RUIZ, I.: *La relación laboral de los artistas*, CES, Madrid, 2001.
- «El proceso de integración de los artistas en espectáculos públicos en el ámbito del Derecho del Trabajo», *Revista española de Derecho del Trabajo*, núm. 104, 2001.
- ARADILLA MARQUÉS, M. J.: *Especialidades en materia de Seguridad Social de artistas y otros profesionales del sector cultural*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2025.

¹⁰⁵ Marco de la Unión para la situación social y profesional de los artistas y trabajadores de los sectores cultural y creativo. Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de noviembre de 2023..., cit., ap. B.

- ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS: *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible* (A/Res/70/1), 21.10.2015.
- CULTURE ACTION EUROPE & DÂMASO, M.: *Research for CULT Committee-The situation of artists and cultural workers and the post-COVID-19 cultural recovery in the European Union-Background analysis*, European Parliament, Policy Department for Structural and Cohesion Policies, Brussels, 2021.
- DE LA VILLA GIL, L. E.: «Picadores», en SEMPERE NAVARRO, A. V. (dir.): *Una mirada laboralista a la fotografía. Fondos del Instituto del Patrimonio Cultural de España*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2025.
- DOLZ LAGO M. J.: «La relación laboral de carácter especial de los artistas de espectáculos públicos», *Revista de Derecho Privado*, tomo LXVII, 1983.
- EUROPEAN COMMISSION: DIRECTORATE-GENERAL FOR EDUCATION, YOUTH, SPORT AND CULTURE: *The status and working conditions of artists and cultural and creative professionals-Report of the OMC (Open Method of Coordination) group of Member States' experts*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2023.
- GIL Y GIL, J. L.: «El salario de los artistas», en GARCÍA-MONCÓ, A. M.: *Las retribuciones de los artistas, intérpretes y ejecutantes. Estudio multidisciplinar*, Cinca, Madrid, 2008.
- GONZÁLEZ GOZALO, A.: «Los derechos de propiedad intelectual de los artistas», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., GONZÁLEZ GOZALO, A.: *Manual de propiedad intelectual*, 10.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- GONZÁLEZ PÉREZ, F.: *El estatuto del artista de espectáculos públicos*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Extremadura, Cáceres, 1981.
- GRUBER, M.: *Challenges and opportunities for decent work in the culture and media sectors-Working Paper No. 324*, ILO-Sectoral Policies Department, Geneva, 2019.
- HERNÁNDEZ MARTÍN, D.: «Régimen especial de los artistas», en BAYÓN CHACÓN, G., ALONSO OLEA, M.(dir.): *Diecisiete lecciones sobre regímenes especiales de la Seguridad Social*, Universidad de Madrid-Facultad de Derecho, Madrid, 1972.
- HURTADO GONZÁLEZ, L.: *Artistas en espectáculos públicos: régimen laboral, propiedad intelectual y Seguridad Social*, La Ley, Madrid, 2006.
- *Toreros y Derecho. Una aproximación al régimen jurídico de la profesión taurina*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- KAHALE CARRILLO, D. T.: *La nueva regulación del estatuto del artista. Una visión comparada*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2023.
- KAMMERHOFER-SCHLEGEL, C., NAVARRA, C., CENTRONE, M., CESNOVAR, C.: *EU framework for the social and professional situation of artists and workers in the cultural and creative sectors – European added value assessment*, European Added Value Unit, Directorate-General for Parliamentary Research Services (EPRS), Brussels, 2023.

- KOSKINEN-OLSSON, T., LOWE, N.: *Educational material on collective management of copyright and related things. Module 3: Management of copyright and related rights in the audiovisual field*, WIPO, Geneve, 2014.
- LÓPEZ-TARRUELLAS, F.: «Relación especial de trabajo de los artistas en espectáculos públicos: aspectos destacables», *Actualidad laboral*, núm. 25, 1987.
- LORCA, A.: «Los derechos de imagen de las corridas televisadas, el gran tabú de la tauromaquia actual», *El País*, 23.5.2025.
- MINISTRY OF EDUCATION AND CULTURE: *Indicative guidelines for arts. Proposal by working group on the key objectives for arts and artist policy*, Helsinki, 2019.
- LLANO, A.: *Cultura y pasión*, EUNSA, Pamplona, 2007.
- OIT: DEPARTAMENTO DE POLÍTICAS SECTORIALES: *Informe para la Reunión técnica sobre el futuro del trabajo en el sector de las artes y el entretenimiento (Actas resumidas)*, Ginebra, 13-17 de febrero de 2023.
- *Conclusiones de la Reunión técnica sobre el futuro del trabajo en el sector de las artes y el entretenimiento*, Ginebra, 13-17 de febrero de 2023, TMFWAE/2023/8.
- OJEDA AVILÉS, A.: «Las relaciones laborales especiales: una perspectiva unitaria», *Relaciones laborales*, vol. I, 1990.
- PÉREZ DE CASTRO, N., JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M. V.: «Las contraprestaciones económicas de los artistas intérpretes o ejecutantes en la Ley de Propiedad Intelectual», en GARCÍA-MONCÓ, A. M.: *Las retribuciones de los artistas, intérpretes y ejecutantes. Estudio multidisciplinar*, Cinca, Madrid, 2008.
- RUIZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, S.: *El contrato laboral del artista*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- SAGARDOY BENGOCHEA, J. A.: «Contrato de trabajo taurino», en BAYÓN CHACÓN, G. (coord.): *Catorce lecciones sobre contratos especiales de trabajo*, Universidad de Madrid. Facultad de Derecho, Madrid, 1965.
- TIERNO GALVÁN, E.: *Los toros, acontecimiento nacional*, Leer, Madrid, 2010.
- UNESCO: *Cultura y condiciones laborales de los artistas. Aplicar la Recomendación de 1980 relativa a la Condición del Artista*, París, 2019.
- *Recomendación de 1980 relativa a la condición del artista*, París, 2022.
- *Empowering creativity. Implementing the UNESCO 1980 Recommendation concerning the status of the artist. 5th Global Consultation*, París, 2023.
- UNITED NATIONS-DEPARTMENT OF ECONOMIC AND SOCIAL AFFAIRS-POPULATION DIVISION: *World Population Prospects 2019-Highlights*, Nueva York, 2019.
- VALDÉS ALONSO, A.: *Propiedad intelectual y relación de trabajo*, Civitas, Madrid, 2001.

CAPÍTULO XXXIV

ASPECTOS NUCLEARES DE LA RETRIBUCIÓN EN EL SECTOR AGROPECUARIO

MIRIAM MONJAS BARRENA

Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Extremadura

1. APUNTE PRELIMINAR

Durante siglos, la agricultura ha sido el sector más importante de la economía española, denominado, con razón, sector primario. Y, si bien ha experimentado importantes y profundas transformaciones, sigue siendo un sector estratégico en España (y también a nivel global), con gran relevancia socioeconómica, territorial y medioambiental.

Así, a pesar de que en los últimos 44 años ha perdido más de 20 millones de ocupados, la producción agrícola no ha dejado de crecer en términos absolutos y, aunque su contribución al PIB también ha ido disminuyendo en favor de otros sectores, sigue teniendo una importancia muy significativa en términos de valor bruto de producción y de contribución al superávit comercial a través de las exportaciones, de modo que nuestro país ocupa la quinta posición dentro de la Unión Europea en exportación de productos agrarios, lo

que representa un 9,6% del total europeo¹. Pero su relevancia va mucho más allá de su propia actividad ya que este sector no solo genera valor añadido a la industria proveedora de los servicios, suministros, equipos o materiales de construcción necesarios para su actividad sino que también se encuentra en el centro de la cadena de valor de la industria alimentaria, que abarca todas las capacidades y procesos, a lo largo del ciclo de vida, desde el campo hasta la mesa, de alimentos, bebidas, textiles y materias primas, y que es una de las primeras industrias del país, con una contribución muy relevante al PIB y al empleo².

El sector agrario en España desempeña también un papel crucial en la configuración del tejido social en las zonas rurales, especialmente en las más afectadas por la despoblación, en las que la actividad agraria está igualmente en la base del desarrollo de las cadenas de valor de las economías locales, generando empleo y fijando la población en el medio rural³. Por ello, el sector agropecuario es muy relevante también para el mercado de trabajo pues, si bien el empleo mantiene una tendencia descendente en los últimos años, por las razones que se verán más adelante, su peso relativo sigue siendo muy importante al representar un 3,37% del total de la población ocupada en 2024⁴.

Por otro lado, este sector tiene también una estrecha vinculación con el medioambiente no solo porque constituye una de las actividades productivas que más está sufriendo ya las consecuencias del cambio climático sino porque es, al mismo tiempo, uno de los sectores que tiene mayor capacidad para marcar la diferencia a la hora de combatir aquél, a través del desarrollo, conservación y mejora de la diversidad, lo que se revela imprescindible para la sostenibilidad del sector y para «la seguridad alimentaria»⁵.

En cualquier caso, la producción agropecuaria está sujeta a enormes desafíos derivados de las grandes tendencias globales actuales tales como el cambio demográfico (envejecimiento de la población, despoblación rural), la

¹ <https://www.statista.com/research-ai/tool/c5xlGKu6Ye?s=1>

² *El futuro del sector agrícola español*, PricewaterhouseCoopers Asesores de Negocios, 2019, pp. 12 a 14.

³ Estudio de la situación del sector agrario español, FADEMUR (Federación de Asociaciones de Mujeres Rurales), diciembre 2023, p. 15.

⁴ *Informe de Tendencias del Mercado de Trabajo en España*, Servicio Público de Empleo Estatal, 2024, p. 18.

⁵ ÁLVAREZ CUESTA, H.: «La articulación de los derechos colectivos: dificultades y propuestas de solución en los canales de representación y participación, propuestas diferentes de legitimación y un apunte sobre la sensibilidad convencional para la transición ecológica», en RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. (dir.) y ÁLVAREZ CUESTA, H. (coord.), *La negociación colectiva en el sector agrario*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2023, p. 819.

aparición de nuevos competidores a nivel mundial, los avances tecnológicos (que supondrán cambios disruptivos sobre qué y cómo se produce) y, muy especialmente, a causa de las políticas de sostenibilidad derivadas de la Agenda 2030 y de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (así como del Pacto Verde Europeo) que exigen cambios en los sistemas de producción, en la utilización de fuentes de energía o en el tratamiento de residuos y, en general, en el establecimiento de prácticas agrícolas que, de acuerdo con los exigentes estándares de la UE, contribuyan al mantenimiento de los ecosistemas, mejoren la calidad del suelo y aumenten la capacidad de adaptación y de herramientas para combatir el cambio climático⁶.

De la superación de estos y otros desafíos dependerá la sostenibilidad económica del sector y el fortalecimiento del trabajo agrario (a medio y largo plazo) por lo que resulta más que pertinente que nunca el estudio de las condiciones laborales en este ámbito.

2. PARTICULARIDADES DE LA RELACIÓN LABORAL DEL CAMPO Y SU LIMITADA ARTICULACIÓN A TRAVÉS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

El trabajo en el campo presenta unos rasgos muy singulares que derivan de las especiales características del sector de actividad en el que se presta el trabajo, la gran mayoría muy tradicionales y otras más recientes, impuestas principalmente por las dinámicas globales de los mercados agropecuarios y de las políticas medioambientales. Así, la estacionalidad de la actividad, la diversidad de producciones, las técnicas de explotación y los factores climatológicos (dependencia del medio) que provocan una acusada temporalidad y discontinuidad de las relaciones de trabajo (sobre todo en la agricultura), las singularidades de las jornadas de trabajo, el tamaño de las explotaciones, las diferencias de coste de vida en las zonas rurales (o en los distintos territorios dentro de éstas), los condicionantes de los precios agrícolas y ganaderos, los estándares de producción europeos o, en fin, los requerimientos del desarrollo económico sostenible, por señalar los más destacados, influyen de manera no-

⁶ *El futuro del sector agrícola español*, PricewaterhouseCoopers Asesores de Negocios, 2019, pp. 12 a 14.

table en las condiciones laborales y en el modo en que se desenvuelve el mercado laboral agropecuario⁷. A grandes rasgos, cabe destacar que:

– El sector agrario español cerró 2024 con 736.900 ocupados (de los que cerca del 30% son autónomos), manteniendo la tendencia descendente de los últimos años (un 7,13% respecto de 2023); hay grandes diferencias entre CC AA, con una clara concentración de la ocupación en Andalucía, Murcia, Comunidad Valenciana, Castilla la Mancha y Cataluña.⁸

– Se observa una profesionalización y «asalarización» del sector de modo que si en 2009 el titular de la explotación agraria (o sus familiares) llevaban a cabo el 61% del trabajo, ahora apenas llega al 51%, realizándose el que resta por trabajadores asalariados lo que muestra una evolución hacia explotaciones más comerciales y dependientes de los trabajadores contratados, que suponen ya casi el 60% del total de la ocupación⁹.

– Sigue siendo un sector muy masculinizado, de manera que 7 de cada 10 jefes de explotación son hombres, con formación basada en la práctica y la experiencia. Aun cuando el número de mujeres ocupadas en el sector ha aumentado (y el de hombres ha bajado) la brecha es todavía muy importante no solo en cifras totales sino también en cuanto a las condiciones de empleo, lo que significa que las medidas de flexibilidad empresarial siguen recayendo principalmente en el sector femenino del empleo¹⁰.

– Hay una alta proporción de trabajadores extranjeros, llegando en 2023 al 50,28% del total de la mano de obra agraria, solo por detrás del sector servicios y muy por encima de la media nacional general (23,18%), con las consabidas consecuencias en términos de precariedad laboral¹¹.

– Respecto de las condiciones de trabajo, baste señalar aquí que, si bien la tasa de temporalidad ha bajado del 53 al 43,8% (en favor de los contratos fijos discontinuos), el registro es uno de los más altos de media para uno de los sectores que más recurren a las empresas de trabajo temporal, en el que se registran jornadas más largas, salarios más bajos y mayores datos de siniestrati-

⁷ Véase, en este sentido, CAVAS MARTÍNEZ, F. y HIERRO HIERRO, J.: «El contrato de trabajo en el sector agrario español», *Revista Argentina de Derecho Laboral y de la Seguridad Social*, núm. 10, marzo de 2014, disponible en <https://ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=9eb083427e151eca9f3dd40766ef6599>

⁸ Según datos de la Encuesta de Población Activa (EPA) del 4.º trimestre de 2024, https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=65123#_tabs-tabla

⁹ *El sector primario y la industria de alimentación*, Comisiones Obreras Industria, Madrid, marzo de 2024, p. 34, disponible en <https://industria.ccoo.es/6f7a1b700ddff1968172c8898af81cf3000060.pdf>

¹⁰ *Ibidem*, p. 38.

¹¹ *Informe del Mercado de Trabajo de los Extranjeros*, Servicio Público de Empleo Estatal, 2024, p. 23.

dad que en otros; todo ello que permite concluir que las personas asalariadas siguen siendo el eslabón más débil en el mercado de trabajo agropecuario ¹².

A pesar del indiscutido particularismo del trabajo en el campo, nuestra legislación laboral se ha resistido a dispensarle una atención regulatoria diferenciada, manteniendo la agraria como una relación laboral común, sin más particularidades que las mantenidas en el Reglamento sobre jornadas especiales ¹³. Pero es que, además, la normativa laboral común ha sido concebida y desarrollada para los sectores de la industria y servicios, por lo que sus caracteres y su generalidad e inflexibilidad (en muchas materias) dejan muy poco margen para encajar las singularidades de las relaciones laborales del sector agropecuario ¹⁴, como así ha ocurrido, muy señaladamente, con las últimas reformas de la contratación temporal o con las subidas del SMI, como después se verá ¹⁵.

Por tanto, las particularidades (típicas) del sector agropecuario han tenido que encontrar su sitio en sede negocial de modo que, desde hace décadas, son los convenios colectivos, en su mayor parte, de ámbito provincial y, subsidiariamente, el Laudo Arbitral del Campo ¹⁶ los instrumentos normativos que concretan las condiciones laborales y que completan, adaptan y, en la gran mayoría de los casos, mejoran los mínimos legales previstos en la normativa general, hasta donde les resulta legalmente posible ¹⁷.

Así, en el ámbito agropecuario, es la negociación colectiva sectorial la que, en materias tan centrales como el tiempo de trabajo o la determinación y estructura de la retribución establece un marco propio que permite adaptar la generalidad de la regulación legal (a menudo insuficiente y/o rígida) a las par-

¹² *El sector primario y la industria de alimentación*, ob. cit. p. 12.

¹³ No ha sido así siempre pues históricamente las Ordenanzas laborales establecían regulaciones sectoriales. Sin embargo, la promulgación del Estatuto de los Trabajadores de 1980 supone el abandono definitivo de la regulación laboral sectorial al iniciarse el proceso de derogación de las Ordenanzas laborales para su sustitución por convenios colectivos sectoriales. Sin embargo, en el sector agropecuario, la falta de acuerdo para aprobar un convenio colectivo estatal desembocó en su sustitución por el Laudo Arbitral del Campo de 2000, todavía de aplicación subsidiaria. En extenso, CAVAS MARTÍNEZ, F. y HIERRO HIERRO, J.: *Relaciones laborales y de Seguridad Social agraria*, Laborum, 2005, pp. 15 y siguientes.

¹⁴ MATORRAS DÍEZ-CANEJA, A., «La OIT y las relaciones laborales en el sector agropecuario» en GARCÍA MURCIA, J. (dir.) y otros, *La influencia de los convenios y recomendaciones de la OIT en la legislación social española*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2024, p. 860.

¹⁵ Una reforma laboral que no ha tenido en cuenta las particularidades del sector agrario, aumentando el coste para las empresas y creando gran incertidumbre en cuanto a su aplicación. En extenso, PÉREZ CAMPOS, A. I.: «La contratación temporal en el trabajo agrario tras la reforma laboral», en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, LVII, 2024, p. 28.

¹⁶ Resolución de 17 de noviembre de 2000, de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la inscripción en el Registro y publicación del Laudo Arbitral de 6 de octubre de 2000, dictado por don José Rodríguez de la Borbolla Camoyán, en el conflicto derivado del proceso de negociación para la sustitución de la Ordenanza de Trabajo en el Campo, BOE núm. 286, de 29 de noviembre de 2000.

¹⁷ MATORRAS DÍEZ-CANEJA, A., ob. cit., p. 861.

ticulares singularidades de las relaciones laborales que se desenvuelven en un sector tradicional, con características propias, y cada vez más esencial para nuestra sociedad ¹⁸.

Ahora bien, la singularidad de la actividad agropecuaria ha configurado una dinámica también particular de la representatividad y de los procesos negociados de un sector en el que factores como la variedad de terrenos (secano y regadío), de actividades (agrícolas, ganaderas, forestales, acuicultura) de medios de explotación, de tipos de cultivo u otros como la dispersión rural, la menor cohesión social, la uniformidad de grupos profesionales y, especialmente, la influencia del clima y la estacionalidad han influido, todos ellos, de modo decisivo, en la estructura de la negociación colectiva ¹⁹; así, en términos muy generales, pueden señalarse como rasgos más característicos de la misma los siguientes ²⁰:

- Absoluto predominio del convenio colectivo sectorial de ámbito provincial que cobra especial importancia para ajustar al máximo las condiciones laborales a las particulares necesidades de cada territorio. Prácticamente, todas las provincias cuentan con un convenio colectivo para el sector agropecuario o del campo y, en su caso, algunos más para determinados subsectores de actividad ²¹.

- En el ámbito autonómico, se cuentan casi 20 convenios colectivos en todas las Comunidades Autónomas uniprovinciales ²² y también en muchas de las restantes, cuyo número varía dependiendo de la existencia de subsectores de actividad de especial importancia. Solo se exceptúan Galicia, Asturias y País Vasco, en las que no hay tradición negocial por las especialidades inherentes a la composición del terreno y a las explotaciones agroganaderas ²³.

- A nivel estatal, al parecer, se sigue negociando un convenio estatal para el sector agropecuario (en sustitución del LAC de 2000) y no faltan otros

¹⁸ CRUZ VILLALÓN, J., en RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. (dir.) y ÁLVAREZ CUESTA, H. (coord.), *La negociación colectiva en el sector agrario*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2023, p. 21.

¹⁹ CAVAS MARTÍNEZ, F. y HIERRO HIERRO, F. J.: *Relaciones laborales y de Seguridad Social agraria*, ob. cit. p. 37.

²⁰ Datos obtenidos del Ministerio de Empleo, Mapa de Negociación Colectiva, <https://expinterweb.mites.gob.es/mapas/listadoAvanzado>

²¹ Por ejemplo, Castilla la Mancha cuenta con un CC de la actividad agropecuaria para Albacete, Cuenca, Toledo, Ciudad Real y Guadalajara, como se verá más adelante.

²² Por ejemplo, en la Comunidad Autónoma de Murcia, además del CC de trabajo agrícola, forestal y pecuario de la Región de Murcia, BORM núm. 54, de 6 de marzo de 2018, puede citarse el CC del Sector Recolectores de Cítricos de la Comunidad de Murcia, BORM núm. 33, de 10 de febrero de 2022, o el CC del Sector Empresas Cosecheras y Productoras del Tomate, BORM, núm. 54, de 3 de marzo de 2018.

²³ En defecto de convenio se aplican las disposiciones legales y el LAC de 2000.

convenios sectoriales para las actividades más homogéneas, algunas de ellas muy próximas a la industria alimentaria²⁴.

– A pesar de que el mapa negocial es muy diverso, la tasa de cobertura es muy completa, y similar a la del resto de sectores productivos²⁵.

Así las cosas, se aborda a continuación el examen de los aspectos nucleares del régimen retributivo de los trabajadores del sector agropecuario.

3. EL SMI Y LA AGRICULTURA

3.1 El contexto

Como viene de apuntarse, el nivel medio de ingresos en la agricultura sigue siendo inferior al de los restantes sectores económicos. Según los datos más recientes del Ministerio de Agricultura, entre las actividades con el salario medio bruto más bajo, 1.134 euros en 2022, se encuentran la agricultura, ganadería, silvicultura y pesca (junto con las actividades domésticas y las de hostelería)²⁶.

Sin ánimo de detenerse ahora en la gran variedad y complejidad de causas que impiden superar este panorama retributivo sí que parece oportuno destacar, por lo que aquí interesa, que en este sector el mayor porcentaje de mano de obra demandada es de baja cualificación (y, por tanto, con menores salarios), incluyéndose en lo que el Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE) denomina el grupo de «Ocupaciones elementales». Así, a lo largo de 2024, «uno de cada tres contratos se realizó en alguna ocupación de este grupo, siendo las más contratadas las de peones de las industrias manufactureras y peones agrícolas, ambas con más de un millón de contratos, situándose como la segunda y tercera ocupación más contratadas a nivel estatal, solo por detrás de camareros/as asalariados/as»²⁷.

²⁴ Así, el CC para las granjas avícolas y otros animales, BOE núm. 43, de 19 de febrero de 2021; CC de aves y conejos, BOE núm. 19, de 12 de enero de 2022; VII CC estatal para la acuicultura, BOE núm. 108, de 3 de mayo de 2024; CC para el sector de actividades forestales, BOE núm. 165, de 11 de julio de 2019 o el CC de la industria azucarera, BOE núm. 53, de 3 de marzo de 2025.

²⁵ Así, según datos del Ministerio de Trabajo, la tasa de cobertura en el sector agropecuario, a 31 de diciembre de 2023, era de un 94,7 por cien, https://www.mites.gob.es/estadisticas/cct/cct24eneav/Resumen_resultados_CCT_enero-24.pdf

²⁶ *Índices y Salarios Agrarios, resultados primer trimestre 2025*, Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, disponible en <https://www.mapa.gob.es/es/estadistica/temas/estadisticas-agrarias/economia/precios-percibidos-pagados-salarios-salarios-agrarios>

²⁷ Informe del mercado de trabajo estatal, 2025 (Datos 2024), Servicio Público de Empleo Estatal, pp. 67 y 68, disponible en <https://sepe.es/dctm/informes:09019af480263189/REITRVdFQg==/4422-1.pdf>

Por ello, es también sabido que la agricultura es uno de los sectores en los que ha impactado con mayor intensidad el fuerte incremento del salario mínimo interprofesional (SMI) en los últimos años (un 74,8% desde 2015) lo que ha obligado, sin duda, a modificar al alza los salarios profesionales de los convenios, para acercarlos al SMI, dentro de un sector de actividad en el que la mayoría del trabajo (de baja cualificación, eventual y de temporada) se retribuye con el mínimo legal²⁸.

Según los datos correspondientes a los convenios registrados hasta diciembre de 2024, el mayor incremento salarial pactado se registró en la agricultura, con un 3,2% pues si bien como regla general los salarios de convenio en este sector de actividad han estado por encima del SMI, este margen se ha ido estrechando año tras año, en paralelo a las subidas de este último, tanto para el personal fijo como para los trabajos de campaña (olivar, vid, productos hortofrutícolas, etcétera)²⁹.

De hecho, en 2025, la subida del SMI ha obligado a actualizar las tablas salariales de alrededor de un 70% de los convenios colectivos provinciales, particularmente en los grupos profesionales que recogen los salarios más bajos (peones agrícolas a jornada completa) y, de acuerdo con el SEPE, del total de personas trabajadoras en España beneficiadas directamente por el incremento del SMI el 31% pertenecen al sector agrícola³⁰.

En fin, en el BOE del pasado 12 de febrero de 2025, aparece publicado el Real Decreto 87/2025, de 11 de febrero, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2025; la norma parte de las cuantías del año precedente, elevándolas en un 4,41% anual³¹.

3.2 Significado general y regulación

El principio de autonomía de la voluntad (negociación colectiva y acuerdos individuales) que preside casi toda la ordenación salarial está limitado por la existencia del SMI, de cuya regulación se ocupa el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores (TRET), en cumplimiento del

²⁸ GÓMEZ GARCÍA, F. X., «Incidencia sobre el sector agrario de la regulación política salarial y de los últimos cambios normativos en materia de acuerdos comerciales en la cadena alimentaria», en *La negociación colectiva en el sector agrario*, ob. cit., p. 208.

²⁹ https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/sec_trabajo/analisis_mercado_trabajo/numeros/152/152.pdf

³⁰ Datos disponibles en <https://www.ccoo.es/c952f354b6835d22dbd38248e2d3fe1a000001.pdf>

³¹ El texto íntegro de la norma puede consultarse en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2025-2576>

mandato directo del artículo 35.1 de la Constitución Española (CE), «que reclama la actuación de los poderes públicos en esta materia, en orden a establecer una remuneración suficiente que proteja así, de acuerdo con los principios constitucionales, un interés digno y necesitado del interés del Estado»³². En el mismo sentido, diversas normas internacionales preconizan el establecimiento de un salario suficiente que asegure un nivel de vida adecuado para todo trabajador como elemento integrante de la propia noción de trabajo decente³³; también la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea se refiere a «una remuneración justa y suficiente»³⁴ y, más recientemente, la Directiva sobre salarios mínimos y adecuados en la Unión Europea³⁵, en línea con la Agenda 2030 sobre los objetivos de desarrollo sostenible y el Pilar Europeo de Derechos Sociales, aboga por una acción coordinada de los Estados miembros para la fijación, a través de la negociación colectiva, de salarios mínimos nacionales adecuados para los todos los trabajadores ocupados de la UE³⁶.

En cualquier caso, la existencia de un salario mínimo legal y sus incrementos periódicos actúa como mínimo indisponible para la negociación colectiva salarial, generando la correspondiente garantía para los trabajadores con menores niveles retributivos al provocar (en las sucesivas revisiones convencionales) el incremento de sus salarios, lo que tiene especial predicamento en un sector estructuralmente deprimido como es el agrario³⁷.

Por lo que hace a su regulación, el artículo 27.1 del TRET señala que «el Gobierno fijará, previa consulta con las organizaciones sindicales y asociacio-

³² Así se afirma en la STS (Sala de lo Social) de 29 de marzo de 2022, rec. núm. 162/2019, citando la STC 31/1984.

³³ Destacan los Convenios OIT núm. 99 sobre métodos de fijación de salarios mínimos en la agricultura (1957) y núm. 131 sobre fijación de salarios mínimos (1970), ambos ratificados por España.

³⁴ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, C 83/389, DOI de 30 de marzo de 2010. El apartado 4 de la Primera Parte, afirma que «todos los trabajadores tienen derecho a una remuneración suficiente que les proporcione a ellos y a sus familias un nivel de vida decoroso», principio que se contempla también en el artículo 4 de la Segunda Parte, que en su apartado 1 reconoce «el derecho de los trabajadores a una remuneración suficiente que les proporcione a ellos y a sus familias un nivel de vida decoroso». Precisamente, el 87/2025, de 11 de febrero, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2025

³⁵ Directiva (UE) 2022/2041 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 sobre unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea, DOUE núm. 275, de 25 de octubre de 2022.

³⁶ ÁLVAREZ ALONSO, A.: «La Directiva 2022/2041 sobre salarios mínimos adecuados en la Unión Europea», en *Briefs de la AEDTSS*, 31 de octubre de 2022.

³⁷ FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., «Salarios mínimos», en GARCÍA MURCIA, J. (dir.) y otros, *La influencia de los convenios y recomendaciones de la OIT en la legislación social española*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2024, p. 418.

nes empresariales más representativas, anualmente, el salario mínimo interprofesional, teniendo en cuenta:

- a) El índice de precios de consumo.
- b) La productividad media nacional alcanzada.
- c) El incremento de la participación del trabajo en la renta nacional.
- d) La coyuntura económica general.»

Igualmente se fijará una revisión semestral para el caso de que no se cumplan las previsiones sobre el índice de precios citado.

La revisión del salario mínimo interprofesional no afectará a la estructura ni a la cuantía de los salarios profesionales cuando estos, en su conjunto y cómputo anual, fueran superiores a aquel».

Se trata de un precepto que sirve de referencia u orientación a la actuación del Gobierno en cuanto a la fijación del SMI, otorgándole un amplio margen de actuación, por lo que aquél debe ser necesariamente complementado con el correspondiente desarrollo reglamentario anual³⁸.

3.3 Fijación anual del SMI

El Gobierno tiene así la potestad para fijar el SMI teniendo en cuenta lo que sigue:

– Se exige la previa consulta con las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas, pero no la negociación ni el acuerdo, por lo que su ausencia no invalida el correspondiente Real Decreto anual que suele justificar este requisito en su texto con una fórmula del tipo «la norma ha sido sometida, de manera específica, a la previa consulta de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, de conformidad con el artículo 27.1 del Estatuto de los Trabajadores»³⁹.

– El Gobierno tiene un amplísimo margen de maniobra puesto que únicamente debe «tener en cuenta» los parámetros legales antes mencionados y,

³⁸ SEMPERE NAVARRO, A. V., «Dos temas retributivos del trabajo agrario: salario mínimo y en especie», en ARIAS DOMÍNGUEZ, A. (coord. y otros), *Reformas socio-aborales en el sector agrario: Seguimiento de su impacto y propuestas para la continuación del proceso*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, p. 117.

³⁹ Real Decreto 87/2025, de 11 de febrero, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2025.

en consecuencia, tal y como reconoce el Tribunal Supremo, «la variación del SMI no es, imperativamente, la consecuencia o resultado necesario de una operación reglada o de un cálculo matemático exacto respecto de los criterios del artículo 27.1, en especial respecto de los tres primeros. Tal idea se refuerza, además, con el cuarto, relativo a la coyuntura económica, que es un criterio abierto a una valoración de oportunidad, por lo que, a la postre, se trata de una decisión prudencial por su alcance, pero de signo político en cuanto a la pertinencia y su acierto o desacierto, de modo que lo que tenga de criticable, por exceso o por defecto, será valorable política y no jurídicamente»⁴⁰. El propio RD 87/2025 se limita a señalar que las nuevas cuantías son el resultado de tomar en consideración de forma conjunta todos los factores contemplados en el artículo 27.1 del TRET.

– La operación de fijación del SMI es anual lo que se cumple con la aprobación del correspondiente Real Decreto, con efectos coincidentes con el año natural, y manteniéndose invariable dicha cuantía, en la práctica, a pesar de que el TRET prevea que se fije una revisión semestral «para el caso de que no se cumplan las previsiones sobre el índice de precios al consumo»⁴¹.

3.4 Compensación y absorción

De acuerdo con el artículo 27.1 *in fine*, la revisión del SMI «no afectará a la estructura ni a la cuantía de los salarios profesionales cuando estos, en su conjunto y cómputo anual, fueran superiores a aquél», regla desarrollada en el artículo 3 del RD 87/2025, del siguiente modo:

– La revisión del salario mínimo interprofesional no afectará a la estructura ni a la cuantía de los salarios profesionales que viniesen percibiendo las personas trabajadoras cuando en su conjunto y en cómputo anual sean superiores.

– A tales efectos, se toma como SMI de comparación el que resulte de adicionar al mismo los diversos complementos, sin que en ningún caso pueda considerarse una cuantía anual inferior a 16.576 euros.

⁴⁰ STS (Sala de lo Contencioso) de 7 de octubre de 2020, rec. núm. 67/2020, mencionada por FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., ob. cit., p. 421.

⁴¹ SEMPERE NAVARRO, A. V., ob. cit., p. 122.

– Estas percepciones son compensables con los ingresos que por todos los conceptos viniesen percibiendo las personas trabajadoras en cómputo anual y jornada completa con arreglo a normas legales o convencionales, laudos arbitrales y contratos individuales de trabajo.

– Dichas normas legales y laudos arbitrales subsistirán en sus propios términos, sin más modificación que la que fuese necesaria para asegurar la percepción de las cantidades en cómputo anual antes reseñadas, debiendo, en consecuencia, ser incrementados los salarios profesionales inferiores al indicado total anual en la cuantía necesaria para equipararse a éste.

Se aplica, por tanto, la técnica de la absorción y compensación de los niveles salariales (mínimos) con los incrementos establecidos por convenio colectivo o pacto individual, de modo que la elevación del SMI no se traslada automáticamente a las cuantías salariales fijadas pactadas, sino solo a aquéllas que no alcancen el mínimo fijado, de modo que se podrán acordar cuantías superiores en beneficio del trabajador que desplazarán la aplicación de la regulación legal sobre SMI, pero nunca inferiores⁴².

3.5 Cuantía y ámbito de aplicación

De acuerdo con el RD 87/2025, la cuantía del SMI para 2025 queda fijada en 39,47 euros/día o 1.184 euros/mes, según que el salario esté fijado por días o por meses. Sobre dichas cuantías, cabe tener en cuenta lo que sigue:

– Este SMI se entiende referido a la jornada ordinaria o máxima de trabajo en cada actividad, de modo que en los casos de trabajo a tiempo parcial deberá percibirse a prorrata.

– La cantidad anual del SMI asciende a 16.576 euros anuales como resultado de adicionar dos pagas extraordinarias de 30 días. Además, tomando este salario mínimo como módulo deberán añadirse, en su caso, los complementos fijados por convenio colectivo o por contrato, así como el incremento correspondiente a la remuneración a prima o con incentivo a la producción.

– En las cuantías señaladas para el SMI se computa únicamente la retribución en dinero, sin que el salario en especie pueda, en ningún caso, minorar la cuantía íntegra en dinero de aquéllas. Por tanto, quien perciba salario en

⁴² SEMPERE NAVARRO, A. V., ob. cit., p. 123. Sobre la regla de absorción y compensación en materia de SMI *vid.*, por todas, la STS (Sala de lo Social) de 7 de marzo de 2024. Rec. núm. 47/2022.

especie lo hará por encima del SMI, es decir, como una suerte de complemento adicional a aquél, lo que resulta de especial importancia en el ámbito de ciertas actividades del sector agrario.

– La cuantía del SMI viene fijada para cualesquiera actividades en la agricultura, industria y en los servicios, sin distinción de sexo ni edad de los trabajadores y tanto si son fijos como eventuales o temporeros.

– Se establecen retribuciones diferenciadas por día trabajado para los eventuales y temporeros cuyos servicios a una misma empresa no excedan de 120 días como consecuencia de aplicar las reglas generales sobre remuneración de periodos de descanso y pagas extras, señalando que la cuantía se su salario profesional no puede resultar inferior a 56,08 euros por jornada legal de actividad⁴³.

En fin, el RD 87/2025 se dicta al amparo del artículo 149.1. 7.^a de la CE que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de legislación laboral por lo que el SMI único para todo el territorio nacional, como umbral de remuneración suficiente, cualquiera que sea la zona geográfica urbana o rural, rica o más deprimida en la que se viva o se trabaje⁴⁴.

A nivel supranacional, cabe recordar aquí que la fijación del salario mínimo es competencia de cada Estado miembro, de acuerdo con el artículo 153.5 del TFUE, por lo que la Directiva sobre salarios mínimos, ya mencionada, se

⁴³ En efecto, el artículo 4 del RD 87/2025 reza así:

«1. Las personas trabajadoras eventuales, así como las temporeras y temporeros cuyos servicios a una misma empresa no excedan de ciento veinte días percibirán, conjuntamente con el salario mínimo a que se refiere el artículo 1, la parte proporcional de la retribución de los domingos y festivos, así como de las dos gratificaciones extraordinarias a que, como mínimo, tiene derecho toda persona trabajadora, correspondientes al salario de treinta días en cada una de ellas, sin que la cuantía del salario profesional pueda resultar inferior a 56,08 euros por jornada legal en la actividad.

En lo que respecta a la retribución de las vacaciones, las personas trabajadoras a que se refiere este artículo percibirán, junto con el salario mínimo interprofesional fijado en el artículo 1, la parte proporcional de este correspondiente a las vacaciones legales mínimas en los supuestos en que no existiera coincidencia entre el periodo de disfrute de las vacaciones y el tiempo de vigencia del contrato. En los demás casos, la retribución del periodo de vacaciones se efectuará de acuerdo con el artículo 38 del Estatuto de los Trabajadores y demás normas de aplicación.

2. De acuerdo con el artículo 8.5 del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, que toma como referencia para la determinación del salario mínimo de las empleadas y empleados de hogar que trabajen por horas, en régimen externo, el fijado para las personas trabajadoras eventuales y temporeras, y que incluye todos los conceptos retributivos, el salario mínimo de dichas empleadas y empleados de hogar será de 9,26 euros por hora efectivamente trabajada.

3. En las cuantías del salario mínimo por días u horas fijadas en los apartados anteriores se computa únicamente la retribución en dinero, sin que el salario en especie pueda, en ningún caso, dar lugar a la minoración de la cuantía íntegra en dinero de aquellas.»

⁴⁴ SEMPERE NAVARRO, A. V., ob. cit., p. 124.

limita a establecer un marco común para la actuación de cada EM, pero no tiene capacidad para fijar un salario mínimo europeo⁴⁵. En todo caso, su transposición debería propiciar la revisión algunos aspectos de nuestro Derecho interno, sobre todo en cuanto a los criterios de fijación del SMI o a la tasa de cobertura de la negociación colectiva en esta materia⁴⁶.

4. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA DETERMINACIÓN DEL SALARIO AGRARIO

Teniendo en cuenta que el legislador laboral ha preferido situar el trabajo agropecuario asalariado dentro del régimen laboral común, la regulación legal aplicable a la retribución de este trabajo se limita, con carácter general, a establecer unas pautas mínimas remitiéndose, en todo lo demás, a la negociación colectiva y/o individual, en su caso; y ello a pesar de que la retribución, como contraprestación patrimonial del trabajo, integra el objeto mismo del contrato de trabajo. Por tanto, en esta materia, hay que aplicar el sistema general de fuentes de la relación laboral, atendiendo a los siguientes extremos:

– En cuanto a la normativa internacional, se integra por previsiones, de corte muchas veces programático, que obligan a los Estados miembros a adoptar medidas sobre suficiencia salarial y garantía de cobro (aun en los casos de insolvencia empresarial) así como la igualdad y no discriminación⁴⁷. Puede afirmarse que nuestro sistema jurídico laboral ya ha integrado sobradamente los mandatos y directrices en ellas contemplados, también en materia retributiva, garantizando así el cumplimiento de los estándares mínimos previstos en los Convenios de la OIT, de obligado cumplimiento en España, que pueden entenderse mejorados, desde hace ya tiempo, por la negociación colectiva⁴⁸.

⁴⁵ Según el artículo 153, 5 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea «Las disposiciones del presente artículo no se aplicarán a las remuneraciones, al derecho de asociación y sindicación, al derecho de huelga ni al derecho de cierre patronal.»

⁴⁶ FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., ob. cit., p. 424.

⁴⁷ Entre ellos, cabe destacar los Convenios OIT números 95, 117 y 173 (todos ellos sobre protección del crédito salarial) así como el Convenio número 100 sobre igualdad de remuneración, sin distinciones por razón de sexo.

⁴⁸ MATORRAS DÍEZ-CANEJA, A., «La OIT y las relaciones laborales en el sector agropecuario» ob. cit., p. 860.

– Esta misma afirmación puede predicarse también de la regulación comunitaria sobre determinados aspectos concretos (sobre los que tiene competencia) como el de discriminación retributiva por razón de sexo⁴⁹ o las garantías salariales en caso de insolvencia empresarial⁵⁰.

– Las previsiones legales sobre régimen salarial contenidas en la Sección 4.^a del Capítulo II del TRET, no solo son escasas sino en su mayor parte subsidiarias de lo previsto en la negociación colectiva o, en última instancia, en el contrato de trabajo⁵¹.

– El convenio colectivo aparece, así como la «sede natural» de determinación del salario, también en el sector agropecuario, pues en su conformación influye de manera decisiva el elemento agrario. En efecto, si bien es obvio que los convenios colectivos agropecuarios regulan otras muchas cuestiones, las particularidades de la relación laboral agraria se manifiestan particularmente en la materia salarial junto con la clasificación profesional, modalidades contractuales y el tiempo de trabajo⁵².

– No puede olvidarse tampoco el Laudo Arbitral para el Sector del Campo 2000 (LAC) pues, pese a contar con más de dos décadas, tiene carácter supletorio y subsidiario por lo que, sigue siendo, a la espera de la aprobación del convenio colectivo estatal agrario, el único texto que da uniformidad a las materias nucleares de la negociación colectiva y aplicable, por tanto, en ausencia de convenio o vacío legal⁵³.

Así las cosas, la materia retributiva es, también en el sector agrario, la más ampliamente tratada en la negociación colectiva y, de hecho, las renovaciones de convenio se limitan, en muchas ocasiones, a la revisión de las tablas

⁴⁹ La referencia se hace a la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, que refunde las directivas anteriores en la materia, DOUE núm. 204, de 26 de julio de 2006.

Por otro lado, debe destacarse la reciente aprobación de la Directiva (UE) 2023/970 del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de mayo de 2023, por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su cumplimiento, DOUE núm. 132, de 17 de mayo de 2023. Esta norma deberá trasponerse a nuestro ordenamiento interno «a más tardar, el 7 de junio de 2026».

⁵⁰ Directiva 2008/94/CE relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, DOUE núm. 283, de 28 de octubre de 2008.

⁵¹ SEMPERE NAVARRO, A. V., ob. cit., p. 126.

⁵² CAVAS MARTÍNEZ, F. y HIERRO HIERRO, F. J., «El contrato de trabajo en el sector agrario español», *Revista Argentina de Derecho Laboral y de la Seguridad Social*, núm 10, marzo de 2014, ob. cit.

⁵³ FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑOZ, J., «La negociación colectiva en el sector agrario», en ARIAS DOMÍNGUEZ, A. (coord. y otros), *Reformas socio laborales en el sector agrario: Seguimiento de su impacto y propuestas para la continuación del proceso*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, p. 154.

salariales vigentes, lo que imprime a esta materia un carácter especialmente dinámico, a diferencia de otras como, por ejemplo, la clasificación profesional, dotadas generalmente de mayor grado de estabilidad⁵⁴.

En la determinación convencional del salario agrícola, pueden distinguirse, como elementos más característicos, los siguientes⁵⁵:

Por un lado, conviene recordar que en el sector agropecuario los mínimos profesionales suelen estar muy cercanos a las cuantías del SMI, apenas incrementados con algún plus de convenio, por lo que la subida salarial del SMI es una cuestión de especial relevancia que afecta ya, este año, al 31% de los asalariados a jornada completa en el sector agropecuario.

Por otro lado, los salarios estipulados para las distintas categorías y profesiones son bastante homogéneos, sin que se aprecien diferencias sensibles en atención a la cualificación profesional, como tampoco grandes oscilaciones en los niveles retributivos para el mismo o análogo trabajo entre provincias o Comunidades Autónomas.

5. MODALIDADES SALARIALES

Como es de sobra conocido, el artículo 26.1 del TRET, en una suerte de delimitación positiva, señala que «Se considerará salario la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, y los periodos de descanso computables como de trabajo».

⁵⁴ CAVAS MARTÍNEZ, F., *Las relaciones laborales en el sector agrario*, Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, Madrid, 1995, p. 500.

⁵⁵ CAVAS MARTÍNEZ, F. y HIERRO HIERRO, F. J., *Relaciones laborales y Seguridad Social agraria*, ob. cit., p. 44.

Así, por ejemplo, en el CC del sector del campo de Madrid (2022-2026), BOCM núm. 38, de 14 de febrero de 2023, el salario bruto mensual oscila entre los 1.199,40 euros para el Grupo 1 y los 1.018,80 euros para el Grupo 8. Este arco salarial es bastante parecido al previsto, por ejemplo, en el CC del sector agrario de Ciudad Real, BOP núm. 106, de 3 de junio de 2022, con un salario mensual bruto entre G5.1.062,60/G1. 1.049,70 euros.

En extenso, sobre los arcos salariales mensuales brutos de los convenios colectivos del sector agropecuario, véase *Análisis jornada de trabajo y salarios. Convenios colectivos sectoriales de ámbito autonómico y provincial*, Vicesecretaría General de Política Sindical de UGT, de 5 de febrero de 2025, pp. 16 a 19.

Sobre esta definición, baste precisar, por lo que aquí interesa, lo que sigue ⁵⁶:

– Se establece una presunción *iuris tantum* de que todo cuanto el empresario abona al trabajador es salario, en sentido amplio y con todas las consecuencias inherentes, a salvo las excepciones legales, debidamente acreditadas por quien invoque su carácter extrasalarial ⁵⁷.

– A la hora de calificar una partida como salarial hay que atender a la verdadera causa de su atribución, independientemente de su denominación (gratificación, prima, compensación, jornal o cualquier otro concepto similar) ⁵⁸.

– La retribución percibida durante los tiempos de descanso computables como de trabajo es también de naturaleza salarial.

– La periodicidad en el devengo de determinados conceptos no condiciona su naturaleza salarial, como ocurre, señaladamente, con las gratificaciones extraordinarias ⁵⁹.

En nuestro ordenamiento jurídico, las modalidades de salario son variadas, dependiendo del criterio que se adopte para su clasificación, si bien solo se tratarán, a continuación, las más frecuentemente utilizadas en el sector agropecuario.

5.1 Salario por unidad de tiempo y por unidad de obra

Atendiendo al módulo utilizado para su determinación (tiempo o resultado), puede distinguirse entre salarios por unidad de tiempo, salarios por unidad de obra y salarios mixtos.

La retribución por unidad de tiempo es, de acuerdo con la práctica común, la más habitual en el sector agropecuario. De este modo, se atiende a la duración del trabajo, que se divide así en unidades temporales (hora, día, semana, mes o año) para fijar la retribución, independientemente de la cantidad de obra realizada, aunque puede estipularse un mínimo de ésta. Como se verá

⁵⁶ SEMPERE NAVARRO, ob. cit., pp. 129 y 130.

⁵⁷ Por todas, SSTS, Sala Sexta, de 25 de octubre de 1998, de 21 de febrero de 2007, rec. 33/2006 y de 3 de mayo de 2017, rec. núm. 385/2015.

⁵⁸ Por todas, STS (Sala de lo Social) de 7 de abril de 2015, rec. 302/2013.

⁵⁹ Sobre la consideración de éstas como salario diferido, por todas, STS (Sala de lo Social) de 21 de enero de 2020, 180/2018.

más adelante, a propósito de la estructura salarial, en los convenios colectivos prima el módulo diario (tradicionalmente conocido como jornal) tanto para los trabajadores fijos como para los eventuales o de temporada y, en su fijación se tienen en cuenta generalmente dos criterios, la dureza del trabajo y el beneficio obtenido por el empresario⁶⁰.

Sin embargo, todavía es frecuente encontrar convenios, especialmente para ciertas tareas de recolección, que fijan salarios calculados por unidad de obra o destajo, con diferentes módulos de fijación tales como las unidades de peso (kilogramos de fruto recolectado), de capacidad (litros de leche ordeñada), de extensión (hectáreas o fanegas) o por piezas (unidades de plantones o de árboles arrancados). Esta modalidad de salario se mantiene en la negociación colectiva atendiendo, sobre todo, a la naturaleza de la labor encomendada, y para los jornaleros o trabajadores de temporada⁶¹. Como ejemplo, puede citarse el artículo 9 del CC para la recolección de cítricos de la Comunidad Valenciana que regula el salario a destajo para cada una de las campañas, fijando el módulo de precio por kilogramo y por grupos de variedades de fruta, si bien asegura un mínimo de 9,50 euros por hora trabajada con diligencia normal en la recolección⁶².

5.2 Salario en especie

Atendiendo al medio de pago, el abono del salario puede hacerse en dinero o en especie. El salario en dinero es el habitualmente utilizado para cumplir la obligación retributiva, también en el sector agropecuario; supone la entrega de un importe determinado en moneda de curso legal (o mediante cheque bancario o transferencia) como transmisión incondicionada de la empresa al trabajador, que puede disponer de tal importe para lo que estime conveniente, sin necesidad de justificación alguna.

⁶⁰ CAVAS MARTÍNEZ, F. y HIERRO HIERRO, F. J., *Relaciones laborales y Seguridad Social agraria*, ob. cit., p. 53. Por todos, pueden citarse el CC del campo de la provincia de Albacete, BOPA núm. 121, de 16 de octubre de 2024, el CC del Trabajo del Campo de la Comunidad de Extremadura, DOE núm. 124, de 29 de junio de 2022, el CC del sector del campo de Madrid (2022-2026) o, en fin, el CC para el sector de actividades forestales, BOE núm. 165, de 11 de julio de 2019, que contempla también el módulo de salario hora para algunos niveles profesionales, al igual que el CC de la industria azucarera, BOE núm. 53, de 3 de marzo de 2025.

⁶¹ CAVAS MARTÍNEZ, F., *Las relaciones laborales* ..., ob. cit., p. 505.

⁶² CC para la recolección de cítricos de la Comunidad Valenciana, BOCV núm. 38, de 14 de febrero de 2023.

Interesa más detenerse ahora en el salario en especie, entendido como atribución patrimonial al trabajador distinta del dinero, bien para su uso directo bien para su transmisión a un tercero, a cambio de un precio. Sin entrar en las cuestiones de calificación, atribución o valoración que plantea esta modalidad salarial, conviene apuntar ahora las que siguen⁶³:

- El salario en especie solo es admisible cuando está pactado en negociación colectiva o en pacto individual, bien sea expreso o tácito.

- No podrá superar, en ningún caso, el 30 por cien de las percepciones salariales totales de cada trabajador ni minorar la cuantía íntegra del SMI, que debe percibirse siempre en metálico.

- Para su calificación jurídica, lo relevante no es ni el tipo de bien entregado, ni su denominación sino la causa que determina dicha transmisión, por lo que habrá que atender a la concreta configuración de cada partida salarial, de modo que solamente será salario en especie aquella atribución que cumpla los siguientes requisitos: (a) que tenga carácter patrimonial, es decir, que sea cuantificable en dinero; (b) que posea una entidad económica suficiente, de manera que su recepción por el trabajador suponga para éste un incremento patrimonial directo e inmediato; (c) que tenga carácter remuneratorio; (d) que satisfaga necesidades particulares del trabajador, no profesionales o empresariales y (e) que no tenga un inequívoco *animus donandi*.

Tradicionalmente, el salario en especie ha sido muy característico en el sector agropecuario, particularmente en las zonas rurales, a causa de factores muy diversos como los usos y costumbres, distancia entre las fincas y los centros de población, presencia en las explotaciones de trabajadores procedentes de otras regiones y localidades con necesidades de alojamiento y manutención o por la propia naturaleza de la labor ejercida, en el caso de vigilantes o guardas; además, el salario en especie se pactaba con trabajadores de perfil diverso, jornaleros, trabajadores fijos, mozos, pastores, temporeros, etc.⁶⁴.

Todavía hoy, el salario en especie sigue formando parte del articulado de la mayoría de los convenios colectivos del sector agropecuario, con un tratamiento que sigue la línea trazada por el artículo 19 del LAC, conforme

⁶³ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: «El salario», en MOLERO MANGLANO, C. y otros, *Manual de Derecho del Trabajo*, 15.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 301, 305 y 307.

⁶⁴ CAVAS MARTÍNEZ, F., *Las relaciones laborales ...*, ob. cit., p. 507.

al cual el «empresario y sus trabajadores podrán acordar el abono en especie de parte del salario que, en ningún caso, podrá superar el 25 por 100 de las percepciones salariales del trabajador. Este descuento no podrá efectuarse en las gratificaciones extraordinarias ni durante las vacaciones, en el caso de que durante las mismas el trabajador no desee percibir en especie parte de sus salarios. Por el concepto de «manutención completa y alojamiento», es decir, cuando la alimentación y alojamiento corran a cargo del empresario sólo podrá descontarse al trabajador un máximo del 25 por 100 del salario correspondiente».

En cuanto a las modalidades más frecuentes de salario en especie que aparecen en la negociación colectiva del sector destacan, por encima de las demás, la manutención y el alojamiento para los trabajadores de temporada. De acuerdo con ello, los convenios colectivos que lo regulan establecen límites máximos para el salario en especie, aunque con distintas cuantías y fórmulas de cálculo: el 10% del precio establecido por hora de trabajo ⁶⁵; el 10% del salario mensual por alojamiento, 15% por manutención y 15% por otros servicios ⁶⁶; una cantidad fija diaria por alimentación de jornaleros ⁶⁷, el 20% del salario base en concepto de excusas de ganado ⁶⁸ o, en fin, el 20%, sin más indicaciones ⁶⁹.

Además, muchos convenios colectivos regulan, en un apartado específico, las condiciones exigidas para el alojamiento facilitado por la empresa disponiendo, entre otras cosas, que las viviendas deberán contar con certificado de habitabilidad o, en su caso, con las condiciones mínimas de seguridad y habitabilidad, así como de comunicación, debiendo estar aislados de establos, cuadras y almacenes de productos tóxicos y peligrosos ⁷⁰.

Hay gran número de convenios que incluyen, además, cláusulas diversas que establecen otros complementos en especie como pólizas de seguros, premios de fidelidad, paga de jubilación, ayudas a la natalidad, a los estudios,

⁶⁵ Artículo 39 del CC de trabajo agrícola, forestal y pecuario de la Región de Murcia, BORM núm. 54, de 6 de marzo de 2018.

⁶⁶ Artículo 36 del CC del sector de trabajo en el campo de Islas Baleares, BOIB núm. 27, de 15 de febrero de 2023.

⁶⁷ Artículo 24 del CC para las actividades agropecuarias de Salamanca y su provincia, BOPSA núm. 98, de 1 de enero de 2024.

⁶⁸ Artículo 29 del CC del trabajo del campo de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

⁶⁹ Artículo 23 del CC del sector de actividades agropecuarias de Alicante, BOA núm. 185, de 28 de septiembre de 2022.

⁷⁰ *Vid*, por todos, el artículo 17 del CC para el sector agropecuario de Cantabria, BOC núm. 64, de 31 de marzo de 2023 y artículo 41 del CC del trabajo del campo de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

complementos sobre la prestación de incapacidad temporal o, incluso, el propio alojamiento para temporeros⁷¹.

5.3 Salario a la parte

Esta forma de retribución, tradicional en el trabajo agrario (y en el pesquero), se caracteriza porque el trabajador percibe su salario mediante participación en los resultados de la explotación económica, lo que supone un cierto grado de incertidumbre, aunque siempre cuenta con la garantía del salario mínimo del convenio por el trabajo efectivamente realizado⁷².

El artículo 15 del LAC se ocupa del salario a la parte señalando que «es la retribución convenida mediante la asignación previa al trabajador de una fracción determinada del producto o del importe obtenido. Esta modalidad deberá garantizar el salario de convenio». Sin embargo, son muy pocos los convenios colectivos que aun mantienen esta forma de retribución a la parte; entre ellos:

Los convenios colectivos de las provincias de Albacete y de Guadalajara, reproduciendo el mencionado artículo 15 del LAC, establecen que podrán pactarse salarios a la parte entre empresario y trabajador, de acuerdo con los usos y costumbres, siempre que se garantice el salario mínimo del convenio.

Los CC del sector Agropecuario de Cantabria y agrario de Ciudad Real señalan también, en idénticos términos y con el mismo ordinal, «podrá convenirse entre los empresarios y trabajadores/as el establecimiento de salario a la parte consistente en asignar al trabajador/a una fracción determinada del producto obtenido, señalándose esta modalidad según los usos de las zonas, siempre que garantice el salario según este Convenio. Ambas partes podrán acordar libremente el mantenimiento de pjaras con arreglo a las condiciones que entre ambos se estipule, no teniendo éstas el concepto de pago en especies. Estas dos

⁷¹ CAVAS MARTÍNEZ, F. y HIERRO HIERRO, F. J. «El contrato de trabajo en el sector agrario español», en *Revista Argentina de Derecho Laboral y de la Seguridad Social*, ob. cit.

Por todos, *vid.* artículos 28 y 29 del Convenio Colectivo de trabajo agrícola, forestal y pecuario de la Región de Murcia, artículos 15 y 16 del CC del sector agrario de la provincia de Ciudad Real y artículos 24 a 26 del CC para la actividad agropecuaria de la Comunidad Autónoma de la Rioja, BOR núm. 164, de 23 de agosto de 2024.

⁷² CAVAS MARTÍNEZ, F., *Las relaciones laborales ...*, ob. cit., p. 510.

modalidades de retribución deberán plasmarse por escrito en cualquier momento a petición de cualquiera de las partes»⁷³.

En fin, otros convenios colectivos regulan ahora como salario en especie determinadas partidas salariales que en su origen fueron, de seguro, concebidas y tratadas como salarios a la parte; destaca, en particular, el artículo 29 del CC de trabajo del campo de la Comunidad de Extremadura, en el que se establece que «el personal de pastoreo, guardesas o guardas de ganado de fincas de explotación ganadera, de pastoreo o de ganado de estabulación podrán mantener, si así lo pactan con el empresariado, un número de cabezas de su propiedad dentro del rebaño o piara del empresariado. En este caso y a efectos retributivos se considerará el coste del ganado ovino por año por mantenimiento en 36,56 euros/cabeza durante la vigencia del convenio, estando en cuanto al resto de ganado a la tabla de porcentajes establecidas en la Ley de la Dehesa de Extremadura, en relación con la oveja. El coste global que resulta para el empresariado para el mantenimiento de las mencionadas excusas se considerará a todos los efectos como salario en especie, con el límite legal del 20 % en cuanto al salario base del presente convenio. El acuerdo relativo a excusas deberá hacerse constar en todos los casos por escrito. La liquidación se practicará mensualmente al emitirse el recibo de salarios, y el derecho de la empresa para descontar el importe de las excusas prescribirá a los dos meses desde su devengo».

6. ESTRUCTURA DEL SALARIO

Según el artículo 26.3 del TRET, corresponde a la negociación colectiva o, en su defecto, al contrato individual la determinación de la estructura del salario en la que siempre deberá incluirse el salario base, como retribución fijada por unidad de tiempo o de obra. A éste podrán adicionarse, en su caso, los complementos salariales que, cualquiera que sea su denominación, se calcularán conforme a los criterios que a tal efecto se pacten atendiendo bien a circunstancias relativas a las condiciones personales del trabajador bien a las características del trabajo realizado o bien a la situación y resultados de la empresa. Igualmente, se pactará el carácter consolidable o no de dichos complementos salariales no teniendo el carácter de consolidables, salvo pacto en

⁷³ Artículo 23 del CC del sector Agropecuario de Cantabria para el periodo 1 de enero de 2024 al 31 de diciembre de 2025, BOC núm. 90, de 13 de mayo de 2025.

contrario, los que estén vinculados al puesto de trabajo o a la situación y resultados de la empresa.

El LAC, por su parte, establece en su artículo 13 que «los trabajadores que presten servicios en las empresas incluidas en el ámbito de aplicación de este Laudo percibirán una retribución consistente en un salario base y, en su caso, los complementos salariales regulados en el mismo, incluido el complemento salarial por antigüedad».

Como regla general, la estructura salarial establecida en la negociación colectiva no suele apartarse mucho de la contenida en el LAC regulando así los convenios colectivos, de modo bastante homogéneo, los distintos conceptos salariales, esto es, salario base, gratificaciones extraordinarias, complemento por antigüedad, por trabajo nocturno o por toxicidad, penosidad y peligrosidad, tal y como se expone a continuación ⁷⁴.

Aunque menos frecuentes, también aparecen otros complementos como el plus de disponibilidad, especialmente en el sector de actividades forestales, por la propia naturaleza de dicha actividad ⁷⁵ o el de asistencia, como medida para combatir el absentismo ⁷⁶.

6.1 Salario base

El salario base, mínimo o garantizado es, como señala también el LAC, la parte retribución fijada por unidad de tiempo o de obra y su inclusión en el convenio colectivo cumple las siguientes funciones ⁷⁷:

- Fija el «precio» del trabajo sin consideraciones adicionales, esto es, sin tener en cuenta circunstancias personales, profesionales o empresariales para su cálculo, de ahí que suela ser idéntico para todos los trabajadores de un mismo grupo profesional.
- Es la cuantía más importante (o básica) de la retribución del trabajador, sin la que la prestación de servicios no se produce.
- Sirve de referencia para el cálculo de los distintos complementos retributivos, de forma tal que la mayor parte de ellos suponen un porcentaje concreto del salario base.

⁷⁴ CAVAS MARTÍNEZ, F. y HIERRO HIERRO, F. J., «El contrato de...», ob. cit.

⁷⁵ Véase, en este sentido, el complemento disponibilidad regulado en el artículo 32.3 del CC del sector de actividades forestales de Castilla y León, BOCL núm. 26, de 7 de marzo de 2022.

⁷⁶ Regulado en el artículo 33 del CC del campo de la provincia de Albacete, o como «plus de convenio» en el artículo 34 del CC del Trabajo del Campo de la Comunidad de Extremadura.

⁷⁷ *Memento Práctico Social*, Francis Lefebvre, Madrid, 2023, p. 1681.

– Actúa como salario mínimo profesional y, por lo general, es igual o superior al SMI aunque puede ser inferior si el salario total, en cómputo global, es más favorable que aquél.

La recepción de esta regulación legal en los convenios colectivos del sector agropecuario permite apuntar las siguientes observaciones:

– Los convenios colectivos recogen la cuantía del salario base, como es habitual, en las tablas salariales bien como anexo bien en el propio articulado del convenio. En cuanto a las modalidades empleadas para la determinación de las cuantías, se concretan atendiendo a los siguientes criterios: las categorías profesionales, las modalidades contractuales, el tipo de faena y la zona de desempeño de la actividad bien utilizando uno solo de ellos⁷⁸ bien combinando algunos o todos de los criterios señalados. Así, por lo general, se fijan, al menos, dos tablas salariales diferenciadas (respectivamente) para los trabajadores fijos y para los trabajadores fijos-discontinuos, eventuales y temporeros pues en ésta última quedan incluidas las partes proporcionales de las retribuciones de los domingos, festivos, vacaciones y gratificaciones extraordinarias de Navidad y verano, y los beneficios⁷⁹.

Así, el CC de la industria azucarera cuenta con una tabla salarial para trabajadores fijos (en cuantía mensual) y otra para trabajadores fijos discontinuos y eventuales (con salarios fijados por hora de trabajo)⁸⁰. En el mismo sentido, cabe destacar, por ejemplo, el CC de Actividades Agropecuarias de la provincia de Jaén, en el que se distingue entre la tabla salarial de trabajadores eventuales/fijos discontinuos, incluyendo hasta 6 categorías, y la de los trabajadores fijos⁸¹.

– En segundo lugar, en la gran mayoría de los convenios colectivos del sector, la cuantía del salario se fija por unidad de tiempo, siendo el módulo más frecuente el diario o jornal para los trabajadores fijos y reservándose el mensual o salario para las categorías de trabajo técnico o administrativo. También se utiliza el módulo de tiempo diario para los trabajadores eventuales y fijos discontinuos si bien, en este caso, como se ha señalado, con las adiciones a prorrata correspondientes, tal y como se puede verse a continuación.

⁷⁸ En este sentido, véase el CC del sector Agropecuario de Cantabria, para el periodo 1 de enero de 2024 al 31 de diciembre de 2025.

⁷⁹ CAVAS MARTÍNEZ, F. y HIERRO HIERRO, F. J., «El contrato de...», ob. cit., p. 16.

⁸⁰ CC de la industria azucarera, BOE núm. 53, de 3 de marzo de 2025.

⁸¹ CC de trabajo para las Actividades Agropecuarias de la provincia de Jaén (Revisión salarial 2024-2025), BOP de Jaén núm. 219, de 11 de noviembre de 2024.

Tabla salarial Convenio del Campo en Jaén 2024/25

Trabajadores eventuales / Fijos discontinuos				
Categorías	Sueldo Base	Dom. Fest. Par. Prop.	Extra. Vac. Part. Prop.	Total Día
Obreros agropecuarios en faenas no recogidas en la tabla.	35,30	8,70	15,04	59,04

Trabajadores fijos	Euros/mes
Técnicos.	1.579,62 €
Administrativos.	1.378,34 €
	Euros/día
Capataces, manijeros o encargados.	37,57 €
Encargado de almacén.	37,57 €
Tractoristas.	38,21 €
Ganaderos, vaqueros y muleros.	35,30 €
Hortelanos.	35,30 €
Caseros.	35,30 €
Guardas.	35,30 €
De oficios clásicos.	41,08 €
Auxiliar de almacén.	35,30 €
Obreros agropecuarios en faenas no recogidas en la tabla.	35,30 €
Menores de 16 a 18 años.	35,30 €

Fuente: Extracto tablas salariales CC Actividades Agropecuarias de la provincia de Jaén 2025

– También es frecuente encontrar convenios colectivos que fijan el salario base por unidad de obra (o salario a destajo) para las actividades de recolección⁸².

Como ejemplo ilustrativo puede citarse el Convenio Colectivo para la recolección de cítricos de la Comunidad Valenciana que en su artículo 7 señala que las retribuciones serán la de salario por unidad de tiempo (jornal) y el

⁸² Por ejemplo, el propio CC de Actividades Agropecuarias de la provincia de Jaén 2025, ya citado o el CC provincial del Sector del Campo de Granada 2023-2025, BOG núm. 229, de 1 de diciembre de 2023.

salario por destajo siendo el empresario quien decidirá la modalidad oportuna en cada caso, y siempre con anterioridad a la prestación del servicio. A continuación, el artículo 8 regula el salario a jornal, recogiendo tanto la tabla del salario/hora para cada campaña como la que indica el rendimiento mínimo exigido para su percepción (en cantidad de kilos por variedad), aclarando que, de no alcanzarse éste, se recalculará el salario a percibir de acuerdo con rendimiento real, sin que en ningún caso pueda ser inferior al SMI/hora anual. El artículo 9, por su parte, se ocupa del salario a destajo donde después de recoger la tabla de precios por kilo y variedad de fruta recolectada, añade que, de observarse la diligencia normal, la persona trabajadora tendrá derecho a percibir el salario que corresponda conforme a lo realmente recolectado, con un mínimo de 9,45 euros por hora trabajada.

6.2 Complementos salariales

La regulación de los complementos retributivos es ciertamente heterogénea como corresponde a un sector muy diverso, tanto desde el punto de vista territorial como funcional; de entre ellos, pueden mencionarse, como más frecuentes, los que siguen:

6.2.1 COMPLEMENTO DE ANTIGÜEDAD

Una gran mayoría de los convenios colectivos del sector agropecuario se ocupa de este complemento personal de naturaleza consolidable que se fija, como es de sobra conocido, atendiendo a tiempo de permanencia del trabajador en la empresa, a semejanza de lo previsto en el LAC⁸³. De su regulación convencional, interesa destacar los siguientes aspectos⁸⁴:

– En cuanto a los trabajadores beneficiados, los convenios colectivos, junto con los trabajadores fijos, han ido incorporando también a los trabajado-

⁸³ Según el artículo 16 del LAC «Los trabajadores fijos percibirán, como premio a la permanencia, al término de un trienio desde la fecha de inicio de su prestación de servicios, el importe de cuatro días del salario mínimo interprofesional; tres días por año, contados desde el cumplimiento de un trienio hasta cumplir quince años de antigüedad en la empresa, y de dos días por año de salario mínimo interprofesional desde los quince hasta los veinte años de antigüedad».

⁸⁴ ARENAS VIRUEZ, M., «Retribuciones (salarios y percepciones extrasalariales) en AA. VV., *La negociación colectiva en el sector agrario*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2007, pp. 159 a 165.

res fijos discontinuos bien eliminando cualquier tipo de mención expresa a los primeros⁸⁵ bien estableciendo reglas específicas para éstos últimos⁸⁶.

– Los convenios del sector que reconocen este complemento lo regulan atendiendo, por un lado, a la determinación de los tramos temporales requeridos tanto para el nacimiento del derecho como para el incremento periódico de su cuantía y, por otro lado, al procedimiento utilizado para el cálculo de dichos incrementos generados por el trabajador.

Así, por ejemplo, se fija una escala que va incrementando el porcentaje sobre el salario base al cumplirse los 2, 4, 9, 12, 16, 19 y 24 años, hasta alcanzar el tope del 50%⁸⁷; se determina la percepción del importe de 4 días de salario base al cumplir el primer trienio, 3 días por año desde ese trienio hasta los 15 años y 2 días por año desde los 15 a los 20 años⁸⁸; o, en fin, se prevé un incremento del 5 al 25% por quinquenio de permanencia en la empresa⁸⁹.

– Por último, cada vez son más numerosos los convenios que acuerdan la supresión del complemento de antigüedad a partir de determinada fecha, manteniéndolo como garantía *ad personam* para los trabajadores que ya lo hubieran devengado⁹⁰.

⁸⁵ Por ejemplo, el CC del sector agropecuario de Cantabria se limita a señalar, en su artículo 20, que «las personas trabajadoras disfrutarán de aumentos periódicos sobre su salario base consistente en trienios del 4%».

⁸⁶ Así, el artículo 33 del CC de Trabajo del Campo de la Comunidad Autónoma de Extremadura, señala que en atención a su naturaleza y respondiendo a criterios de objetividad, proporcionalidad y transparencia, para evitar situaciones desiguales, el personal fijo discontinuo generará antigüedad teniendo en cuenta el tiempo efectivamente trabajado.

El CC de trabajo agrícola, forestal y pecuario de la Región de Murcia, por su parte, al regular la paga de antigüedad establece que «A los trabajadores fijos discontinuos se entenderá que cada 175 días de trabajo efectivo equivalen a un periodo de un año de antigüedad, a los efectos de la tabla anterior, no pudiendo superar en ningún caso a los años naturales, con el bien entendido de que el cómputo de los mencionados 175 días no tiene porque producirse dentro del año natural, campaña o ciclo productivo, siendo perfectamente acumulables para la obtención de cada uno de los tramos.»

⁸⁷ Artículo 36.2. d) del CC estatal para las industrias de elaboración del arroz.

⁸⁸ Artículo 36 del CC del Campo de la provincia de Albacete.

⁸⁹ Artículo 25 del VI Convenio colectivo para la acuicultura marina nacional, BOE núm. 299, de 15

⁹⁰ Ese mismo artículo 33 señala que «las personas trabajadoras que con antelación a la firma del presente convenio estuvieran cobrando un plus de antigüedad, consolidarán la cuantía que estuviesen cobrando, pasando a denominarse «Complemento personal», que será compensable, absorbible y no revalorizable».

El artículo 25 del VI Convenio colectivo para la acuicultura marina nacional, BOE núm. 299, de 15 de diciembre de 2021, por su parte, establece que «con el fin de reconocer el concepto denominado promoción económica como un derecho que ha de persistir en aquellas personas trabajadoras que lo percibían bajo la denominación «ad personam» de modo permanente como así mismo de la denominada antigüedad hasta la fecha del 31 de diciembre del 2006, el importe de dicho derecho se prorrogara bajo la denominación de «Permanencia» para quienes fueran poseedores de tal derecho histórico».

6.2.2 PLUS DE NOCTURNIDAD Y DE PELIGROSIDAD

Como ha reconocido el Tribunal Supremo, el plus de nocturnidad es un complemento funcional o de puesto de trabajo, de naturaleza no consolidable, que no retribuye el trabajo nocturno sino las horas trabajadas durante el periodo legalmente calificado como nocturno, por su mayor penosidad, cualquiera que sea su número y la hora de iniciación y finalización de la jornada⁹¹. Por ello, solo se devenga en los días laborales en que se trabajan horas nocturnas, pero no en los días festivos⁹².

Esta retribución específica se determina en convenio colectivo por lo que la gran mayoría de los de este sector, en línea con lo establecido en el artículo 18 del LAC, regulan el complemento de trabajo nocturno con el objeto de retribuir cada hora trabajada entre las diez de la noche y las seis de la mañana. Este precepto, de conformidad con lo previsto en el artículo 36 del TRET⁹³, se ocupa del complemento por trabajo nocturno señalando que «los trabajadores que hayan de prestar servicios entre las veintidós y las seis horas percibirán un suplemento del 20 por 100 sobre su salario base; y si solo parte de la jornada se realiza en periodo nocturno, el complemento únicamente se abonará sobre las horas de trabajo correspondientes. Se exceptúan los trabajos de ganadería, guardería y los que, a voluntad del trabajador, se realicen en aquel período, así como el de las personas trabajadoras contratadas expresamente para prestar trabajo nocturno»⁹⁴.

Sobre estos mimbres, los convenios colectivos calculan este complemento con un incremento del 25%⁹⁵ o, incluso, del 30%, 35% y hasta del 75% del

⁹¹ STS (Sala de lo Social) de 18 de junio de 2012, rec. núm. 3755/2011.

⁹² STS (Sala de lo Social) de 29 de octubre de 2013, rec. núm. 69/2013.

⁹³ Según el artículo 36.1 del TRET, «A los efectos de lo dispuesto en esta ley, se considera trabajo nocturno el realizado entre las diez de la noche y las seis de la mañana (...).

La jornada de trabajo de los trabajadores nocturnos no podrá exceder de ocho horas diarias de promedio, en un periodo de referencia de quince días. Dichos trabajadores no podrán realizar horas extraordinarias.

Para la aplicación de lo dispuesto en el párrafo anterior, se considerará trabajador nocturno a aquel que realice normalmente en periodo nocturno una parte no inferior a tres horas de su jornada diaria de trabajo, así como a aquel que se prevea que puede realizar en tal periodo una parte no inferior a un tercio de su jornada de trabajo anual (...).

2. El trabajo nocturno tendrá una retribución específica que se determinará en la negociación colectiva, salvo que el salario se haya establecido atendiendo a que el trabajo sea nocturno por su propia naturaleza o se haya acordado la compensación de este trabajo por descansos.

⁹⁴ En todo caso, en este último supuesto tendría que determinarse una retribución específica de acuerdo con el artículo 36.2 del TRET, ya mencionado.

⁹⁵ Entre otros, puede consultarse el artículo 33 del CC para el sector de actividades forestales o el artículo 13 del CC del Sector Recolectores de Cítricos de la Comunidad de Murcia, BORM núm. 33, de 10 de febrero de 2022.

salario base mensual⁹⁶. En otros textos, la subida es una cantidad fija por hora trabajada; es el caso del CC del sector de la Región de Murcia que, en su artículo 20, señala que, en concepto de plus de nocturnidad, se abonará a los trabajadores un incremento de 1,03 euros, sobre el precio de la hora que se realice entre las 22 y las 6 horas. En el mismo sentido, el artículo 32 del CC de actividades forestales de Castilla y León establece que las personas trabajadoras que presten sus servicios entre las 22 y las 6 horas percibirán un plus de 2,20 euros por cada hora efectivamente trabajada⁹⁷.

Por otro lado, también hay convenios colectivos que mejoran la franja horaria a considerar como horario nocturno para determinados meses del año; así, el CC provincial del sector agrario de Ciudad Real, en su artículo 24, establece que las personas que trabajen en actividades o faenas entre las 21 y las 7 horas (desde el 1 de octubre al 31 de marzo), percibirán un suplemento del 25%, sobre sus salarios base.

En cuanto a los pluses de toxicidad, penosidad o semejantes tienen por objeto compensar el desarrollo de la prestación de servicios cuando en la actividad concurran cualquiera de estas circunstancias de manera habitual (no esporádica, ni infrecuente)⁹⁸.

En el sector agropecuario se reconocen estos pluses con relación, sobre todo, a las actividades en las que se manejan productos fitosanitarios o herbicidas o para trabajos en otras circunstancias de penosidad que, generalmente, vienen determinadas en el propio convenio, o se determinan por acuerdo empresarial, o por la comisión sectorial de prevención de riesgos del propio convenio. Lo habitual es que el plus sea un porcentaje sobre el salario base, así como que su abono se limite a los días efectivamente trabajados.

Por ejemplo, el artículo 25 del CC del sector agrario de Ciudad Real, ya citado, regula el plus de toxicidad, penosidad y peligrosidad para los trabajos de tratamientos con productos tóxicos fito o zoosanitarios, así como para los trabajos realizados a pie dentro de excavaciones de más de un metro de profundidad o a pie en fango de más de 20 centímetros de profundidad o bajo techos de invernaderos. La cuantía se fija en un complemento del 25% sobre el salario base/día por día trabajado, si son más de 4 horas o en proporción, en otro caso. Se añade que para otros casos no contemplados y/o en casos de discrepancias

⁹⁶ Por ejemplo, el artículo 18 del CC agropecuario de La Rioja establece que los trabajos que se realicen de las 22 horas a las 6 de la mañana del día siguientes serán bonificados con el 50% del salario base del convenio en concepto de plus de nocturnidad

⁹⁷ CC del Sector de Actividades Forestales de la Comunidad de Castilla y León, BOCL núm. 63, de 1 de abril de 2024.

⁹⁸ STS (Sala de lo Social) de 29 de junio de 2009, rec. núm. 640/2008.

en la clasificación de las tareas como tóxicas, penosas o peligrosas, se estará a lo que acuerde la comisión mixta de interpretación del propio convenio.

En parecidos términos se pronuncia el CC para granjas avícolas y otros animales al reconocer que a las personas que tuvieren que realizar trabajos excepcionalmente penosos, tóxicos o peligrosos y por el tiempo empleado en dichos trabajos se les abonará, en tanto se mantengan dichas condiciones, un complemento de puesto de trabajo equivalente al 25% de su salario base, añadiendo que en el reglamento de régimen interior se incluirán los trabajos que reúnan dichas condiciones, debiendo considerarse como tales las de limpieza y fumigación con agentes químicos tóxicos, siempre y cuando no existan protecciones adecuadas⁹⁹.

En fin, el artículo 25 del CC del sector agropecuario para Cantabria reconoce un plus mensual de toxicidad «para todo el personal que lleve a cabo la aplicación de los productos fitosanitarios en la cuantía del 25% del salario base si se trabaja el mes completo o la parte proporcional por el tiempo trabajado inferior al mes, concluyendo que, a estos efectos, no se consideran productos fitosanitarios el manejo de abonos y orines del ganado, silos, forrajes o cereales que sirvan de alimento al ganado, abono químico o productos para la limpieza en el ordeño del ganado»¹⁰⁰.

6.2.3 PAGA DE BENEFICIOS

Dentro de los complementos fijados en atención a la situación y resultados de la empresa la paga de beneficios es, sin duda, la más frecuente en el sector. Precisamente, su fuente de regulación es el convenio colectivo (o, en su defecto, el contrato individual) que determinará tanto su cuantía como su carácter consolidable o no, según el caso¹⁰¹.

Con carácter general, se establece una paga «de beneficios» o de «participación en beneficios» para todos los trabajadores aunque con reglas diversas respecto de la cuantía y forma de abono.

Así, por ejemplo, el CC para la actividad agropecuaria de La Rioja reconoce una paga de beneficios para todos los trabajadores sujetos al convenio, independientemente del resultado contable de la empresa, de 30 días de

⁹⁹ CC para las granjas avícolas y otros animales, BOE núm. 43, de 19 de febrero de 2021.

¹⁰⁰ CC para el sector Agropecuario de Cantabria, para el periodo 2021-2022, BOC núm. 64, de 31 de marzo de 2023.

¹⁰¹ STS (Sala de lo Social) de 8 de junio de 2005, rec. núm. 150/2004.

salario base más antigüedad que se abonará dentro de los dos primeros meses del año.

El CC del sector del campo de la Comunidad de Madrid regula una compensación complementaria anual, que se fija en un 10 por 100 del salario base anual y cuyo importe podrá ser sustituido por otras compensaciones materiales de esta misma naturaleza, previo acuerdo de las partes, y siempre que su equivalencia no sea inferior al indicado 10 por 100.

El artículo 35 del CC del campo de la provincia de Albacete, a su vez, establece una paga una paga anual de treinta días de salario base diario que se abonará durante el primer trimestre del año siguiente y que podrá ser prorrateada entre los doce meses del año por acuerdo entre la empresa y los trabajadores.

En cambio, el artículo 20 del CC del sector agrario de Ciudad Real suprime la paga fija de beneficios, que se integra en la cuantía del salario anual y señala que cada empresa podrá fijar una prima de rendimiento o productividad con un límite del 20 % del salario base anual que se acordará con los trabajadores, tanto en su cuantía como en su forma de abono.

6.2.4 GRATIFICACIONES EXTRAORDINARIAS

El régimen jurídico de las pagas extraordinarias, partidas que tienen una indudable naturaleza de salario con pago diferido, se integra por lo dispuesto en el artículo 31 del TRET, de modo que «el trabajador tiene derecho a dos gratificaciones extraordinarias y a que una de ellas de abone en Navidad y, además, por lo que establezca el convenio colectivo (o el pacto, en su caso), con relación a la fecha de abono de la otra, cuantía, prorrateo y modo de devengo»¹⁰².

De acuerdo con ello, el artículo 17 del LAC señala que «los trabajadores tendrán derecho a percibir dos gratificaciones extraordinarias al año, de treinta días de salario base más complemento salarial de antigüedad, que se harán efectivas una de ellas con ocasión de las fiestas de Navidad y la otra dentro de la primera quincena del mes de julio. Podrá acordarse su percepción prorrateada en doce mensualidades».

¹⁰² Entre otras muchas, SSTS (Sala de lo Social), de 26 de abril de 2013, rec. núm. 1882/2012 y de 21 de enero de 2020, rec. núm. 180/2018.

Dentro de este esquema, los convenios colectivos del sector se ocupan de las gratificaciones extraordinarias de manera variada; así, a modo de ejemplo:

- El artículo 18 del CC de la región de Murcia, se limita a señalar que se establecen dos pagas extraordinarias, consistentes en 30 días del salario pactado, que se abonarán los días 22 de junio y 22 de diciembre»¹⁰³.

- El CC para la acuicultura, con mayor detalle, reconoce el derecho a dos gratificaciones extraordinarias (de verano y Navidad) en cuantía de una mensualidad del salario del convenio más la permanencia que se devengarán semestralmente y en proporción al tiempo trabajado, en los primeros quince días de julio y en diciembre¹⁰⁴.

- El artículo 28 del CC del campo de la provincia de Cádiz, por su parte, contempla tres pagas extraordinarias, estableciendo que «el personal fijo y fijo discontinuo de este Convenio, percibirá dos pagas extraordinarias, en la primera quincena de diciembre y de julio, en cuantía de 30 días del salario base correspondiente a cada categoría profesional. Además, el personal fijo y fijo discontinuo, percibirá, sin distinción de categoría profesional, una paga de 25 días del salario establecido para el no cualificado que se abonará en el mes de marzo siguiente al año natural en que se devenga sobre la base del salario del año venenido. El personal fijo y fijo discontinuo que ingrese o cese durante el año, percibirá las pagas extraordinarias en proporción al tiempo trabajado, computándose las fracciones de meses o semanas, según los casos, como completas»¹⁰⁵.

7. PERCEPCIONES EXTRASALARIALES

El artículo 26.2 del TRET señala que «no tendrán la consideración 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».

Sobre las percepciones extrasalariales a las que refiere este precepto, conviene hacer las siguientes precisiones:

¹⁰³ CC de Trabajo Agrícola, Forestal y Pecuario Región de Murcia, 2016, 2017 y 2018.

¹⁰⁴ VI Convenio colectivo para la acuicultura marina nacional.

¹⁰⁵ CC del campo de la provincia de Cádiz, BOPC núm. 186, de 28 de septiembre de 2020.

– El apartado segundo ofrece una delimitación, por vía negativa, que se suma a la que se realiza, en sentido positivo, por el artículo 26.1 del TRET, lo que permite completar el concepto legal del salario, siendo las dos caras de una misma moneda. Por ello, la enumeración contenida en el artículo 26.2 debería considerarse abierta y no taxativa, por más que el Tribunal Supremo se empeñe en reconducir todo supuesto a una de las tres categorías mencionadas, pues son las únicas que no se integran en la noción de salario, en sentido estricto ¹⁰⁶.

– El artículo 26.2 del TRET se refiere a retribuciones abonadas también por el empresario, pero que no tienen su causa o contravalor en la prestación del trabajo, sino que se abonan «como consecuencia de la actividad laboral», esto es, con una finalidad asistencial, indemnizatoria o resarcitoria, pero no remuneratoria ¹⁰⁷.

– A pesar de las amplias posibilidades que tiene la negociación colectiva en materia retributiva, no puede, en ningún caso, alterar la naturaleza jurídica de las percepciones extrasalariales o salariales, sino que queda sujeta a las indisponibles reglas de calificación que resultan de la interpretación integrada y sistemática del artículo 26, apartados 1, 2 y 3 y de los criterios jurisprudenciales dictados en aplicación de los mismos ¹⁰⁸.

– En todo caso, la presunción legal sigue jugando a favor del carácter salarial de lo satisfecho por la empresa, por lo que no basta con que se configure una partida como extrasalarial, sino que es necesario que ésta se corresponda con su denominación ¹⁰⁹.

– En fin, hay que apuntar también una cierta tendencia conceptual expansiva en la doctrina jurisprudencial, que tiene su correspondiente reflejo en la negociación colectiva, y que viene a calificar como salariales partidas tradicionalmente consideradas como no salariales (prima de seguro médico, *tickets* de comida...) ¹¹⁰.

¹⁰⁶ SEMPERE NAVARRO, A. V., ob. cit., p. 137.

¹⁰⁷ «La retribución del trabajador», en PUEBLA PINILLA, A. de la, MERCADER UGUINA, J. R., y GOMEZ ABELLEIRA, F. J.: *Lecciones de Derecho del Trabajo*, 17.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, p. 526.

¹⁰⁸ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: «El salario», en MOLERO MANGLANO, C. y otros, *Manual de Derecho del Trabajo*, 15.ª ed., Valencia. Tirant lo Blanch, 2017, p. 286.

¹⁰⁹ SEMPERE NAVARRO, A. V., ob. cit., p. 138.

¹¹⁰ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: «Beneficios complementarios y percepciones extrasalariales en la negociación colectiva: sistemas de retribución flexible y mejoras voluntarias», en GOERLICH PESET, J. (dir.) y GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P. (coord.), *Evolución de los contenidos económicos de la negociación colectiva en España (2007/2015)*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2018, p. 457. Cita, por todas, las SSTs (Sala de lo Social), de 26 de enero de 2017, rec. núm. 115/2016 y de 3 de mayo de 2017, rec. núm. 385/2015.

El examen de la ordenación convencional de las percepciones extrasalariales en el sector agropecuario no resulta fácil no solo por su dispersión en el clausulado sino también por la falta de un patrón homogéneo en la su denominación y nivel de detalle. En todo caso, puede afirmarse que, con carácter general, el tratamiento de este tipo de percepciones sigue siendo bastante tradicional, siguiendo las escasas previsiones contenidas en el LAC sobre la materia, de modo que se reconducen a la categoría de prestaciones extrasalariales, principalmente, las dietas, pluses de distancia y transporte, desgaste de ropa o herramientas de trabajo. Hay que insistir en que se trata de percepciones que no retribuyen el trabajo objeto del contrato, sino que indemnizan al trabajador por los gastos o suplidos ocasionados como consecuencia de la ejecución de la prestación de servicios. A modo de ejemplo:

– Por lo que se refiere a las dietas, el artículo 21 del LAC señala que en los supuestos en que el trabajador, por decisión empresarial y en virtud de las necesidades del trabajo se vea obligado a pernoctar en localidad distinta a la de su residencia percibirá, además de su salario, los gastos de desplazamiento y una dieta diaria equivalente a su salario diario que será idéntica en los días de salida y llegada. En esta línea, la mayoría de los convenios colectivos regulan esta partida extrasalarial, en muchos casos, la dieta es, en efecto, equivalente a un día de salario ¹¹¹; en otros, se indica el importe concreto de las dietas, medias dietas e importe por kilometraje en caso de vehículo propio ¹¹²; incluso los importes concretos para desayunos, comidas, cenas y pernoctación ¹¹³; o, en fin, se prevé que cuando los gastos sean superiores a las dietas previstas se abonen por la empresa, previa justificación por el trabajador ¹¹⁴.

– También el artículo 20 del LAC contempla, como complemento extrasalarial, una indemnización por desplazamiento ¹¹⁵ y, por tanto, es mayoritaria

¹¹¹ Así se prevé en el artículo 24 del CC de trabajo agrícola, forestal y pecuario de la Región de Murcia o en el artículo 28 del CC de trabajo para la actividad Agropecuaria de la Comunidad Autónoma de La Rioja para los años 2023 a 2025.

¹¹² Véase el artículo 27 del VI Convenio colectivo para la acuicultura marina nacional o el artículo 36 del CC del Sector de Actividades Forestales de la Comunidad de Castilla y León, 2020-2024.

¹¹³ Artículo 37 del CC agropecuario de Cataluña, DOGC, núm. 8572, de 28 de diciembre de 2021.

¹¹⁴ Artículo 22 del CC provincial para el sector agrícola-ganadero de la provincia de Soria, BOPS núm. 10, de 24 de enero de 2024.

¹¹⁵ Señala este precepto que los empleadores, para compensar los gastos de desplazamiento de los trabajadores abonarán a éstos un complemento extrasalarial, consistente en una cantidad de 20 pesetas por kilómetro, tanto a la ida como a la vuelta, a contar desde el domicilio del trabajador hasta el centro de trabajo, con un máximo de 25 kilómetros. La distancia se medirá tanto a la ida como a la vuelta, descontando los dos primeros kilómetros, tanto en un caso como en el otro.

No procederá este complemento cuando la empresa desplace con medios propios a los trabajadores o proporcione vivienda o medio adecuado de locomoción.

en los convenios colectivos la regulación de un plus de distancia, de transporte o de desplazamiento para compensar los gastos ocasionados al trabajador para llegar (y también regresar) desde su domicilio al centro de trabajo, lugar de trabajo, explotación agraria o punto de encuentro; o desde éste al «tajo», a la ida y a la vuelta, siempre que, en todos los casos anteriores, medie una distancia determinada¹¹⁶.

– Un número considerable de convenios colectivos se ocupan también de regular el uso de herramientas por el trabajador, estableciendo, como regla general, que serán facilitadas por la empresa pero que, en caso de que los trabajadores utilicen en el desarrollo de sus tareas agrarias herramientas propias, recibirán una percepción económica, en cantidad variable, por día efectivo de trabajo y en concepto de indemnización por desgaste de herramientas¹¹⁷.

– En fin, son frecuentes también los convenios colectivos del sector que prevén un plus de prendas de trabajo, bien para su adquisición y mantenimiento, bien en este último concepto cuando son facilitadas por la empresa¹¹⁸.

Por último, habida cuenta de las dificultades que presenta en muchos casos la delimitación entre beneficios sociales y salario en especie, cabe recordar aquí otros complementos que aparecen en los convenios colectivos del sector (seguros, primas, ayudas...) tal y como ya se vio a propósito del salario en especie.

8. REFLEXIÓN FINAL

Las peculiaridades de la actividad agropecuaria configuran una dinámica también particular de la representatividad y de los procesos negociales pues factores como la variedad de terrenos (secano y regadío), de actividades (agrícolas, ganaderas, forestales, acuicultura) de medios de explotación, de tipos de cultivo u otros

En las actividades forestales, además de lo especificado en el apartado anterior, las empresas tendrán la obligación de facilitar el transporte de los trabajadores desde la localidad más próxima al centro de trabajo y desde éste a aquélla.

¹¹⁶ En extenso, véase el detallado estudio realizado en ARENAS VIRUEZ, M., «Retribuciones (salarios y percepciones extrasalariales), ob. cit., pp. 195 a 199.

¹¹⁷ Entre otros muchos, puede citarse plus compensatorio por desgaste de herramientas previsto por el CC del sector agropecuario de Navarra, BON núm. 98, de 13 de mayo de 2024 o el artículo 22 del CC del sector agrario de Ciudad Real para 2024.

¹¹⁸ Por todos, véase el CC del sector de prevención-extinción de incendios forestales de la Comunidad de Madrid, BOCM núm. 67, de 19 de junio de 2008 que, en su artículo 33 a), establece que «Todos los trabajadores afectos al presente convenio percibirán un plus de naturaleza extrasalarial de vestimenta y equipo personal de trabajo que retribuye el correcto mantenimiento y limpieza del uniforme y equipo personal de trabajo conforme a los criterios entregados por la empresa. Este plus será satisfecho en cuantía anual, si bien su abono se prorrateará en día de trabajo en jornada normal por cuanto en su consideración nunca dejará de ser compensatorio de los gastos producidos por la adquisición de las prendas de trabajo, que no sean entregados por las empresas para la realización de las tareas profesionales y el mantenimiento de dicho vestuario».

como la dispersión rural, la menor cohesión social, la uniformidad de grupos profesionales y, especialmente, la influencia del clima y la estacionalidad, influyen de modo decisivo en la estructura de la negociación colectiva, determinando el predominio absoluto del convenio colectivo sectorial de ámbito provincial, aunque con una elevada tasa de cobertura, similar a la de otros sectores productivos.

La materia retributiva es, también en el sector agropecuario, la más ampliamente tratada en la negociación colectiva habida cuenta de que la regulación legal es, no solo escasa, sino en su mayor parte subsidiaria de lo que pueda prever la negociación colectiva o, en última instancia, la individual.

La determinación de la retribución es bastante homogénea para las distintas categorías y profesiones, sin que se aprecien diferencias sensibles en atención a la cualificación profesional (excepto para los técnicos o administrativos) ni tampoco grandes oscilaciones en los niveles retributivos para el mismo o análogo trabajo entre provincias o Comunidades Autónomas.

La práctica totalidad de los convenios colectivos establecen tablas salariales diferenciadas, una para los trabajadores fijos (que suelen ser retribuidos por módulo diario y, con menor frecuencia, semanal o mensual) y otra para los eventuales o de temporada cuya retribución se establece por hora o día de trabajo. Por el contrario, el trabajo a destajo es poco frecuente, apareciendo en los convenios colectivos de los sectores y zonas geográficas en los que hay temporada de recolección.

La estructura salarial, por su parte, suele ser bastante similar, a semejanza de lo establecido en el Laudo Arbitral del Campo y así todos los convenios estudiados regulan las gratificaciones extraordinarias, el complemento de antigüedad o permanencia, así como la paga de beneficios. Son igualmente frecuentes los complementos por trabajo nocturno, los pluses de transporte, vestuario, desgaste de herramientas (cuando son propiedad del trabajador) y, en menor medida, los complementos de peligrosidad, penosidad y toxicidad.

También son muchos los convenios colectivos que se ocupan del salario en especie, principalmente a propósito del alojamiento y manutención; en cambio, apenas se contempla ya el salario a la parte, a excepción de unos pocos convenios provinciales, principalmente para la actividad ganadera.

Además, bajo la rúbrica de beneficios sociales, se recogen otros complementos como el de incapacidad permanente, pólizas de seguros o premios de jubilación, aunque cabe destacar que, en los convenios colectivos de fecha más reciente, se observa una cierta tendencia a la contención salarial bien a través de la reducción o supresión de ciertos beneficios sociales bien mediante la conversión de las pagas fijas de beneficios en retribuciones o primas de carácter variable, supeditadas al previo acuerdo entre las partes.

En la misma línea, se aprecia también la desaparición del complemento de antigüedad a partir de determinada fecha, manteniéndolo solo para quienes ya hubieran devengado, como garantía *ad personam* o, en otros casos, sustituyéndolo por algún otro complemento con distinta denominación y otros criterios de cálculo.

Es probable que ello se deba al notable impacto que han tenido las fuertes subidas del SMI en los últimos años en un sector tradicionalmente deprimido en el que las incertidumbres climatológicas, la discontinuidad productiva y el escaso margen de beneficios de las explotaciones han sido argumentos recurrentes para mantener una postura de frontal oposición a cualquier tipo de mejora laboral. Tal es así que la progresiva elevación de los costes laborales directos e indirectos ha desembocado en el retraso e incluso bloqueo de la revisión de las tablas salariales de muchos convenios colectivos pues, según datos oficiales, la última subida del SMI afecta directamente a cerca del 31% de los trabajadores del sector.

En definitiva, puede afirmarse que la regulación convencional en esta materia se mantiene dentro de un esquema bastante tradicional y apegado al Laudo, y con cuantías muy discretas, de modo que, si bien no cabe duda de que el sector primario se ha modernizado en las últimas décadas, las condiciones laborales de sus ocupados han cambiado muy poco. Quizás la esperada aprobación del convenio colectivo estatal sea una buena oportunidad para conseguir un marco más ambicioso de relaciones laborales que, aun con contenido limitado, asegure el trabajo en el sector ante las profundas transformaciones que se avecinan.

Es necesario concluir poniendo en valor la actividad y el empleo agrarios, especialmente después de la crisis sanitaria, así como el papel esencial que juega el sector en orden a garantizar la seguridad y soberanía alimentarias. Todo ello, sin duda, merece un apoyo público firme, decidido y de carácter integral para asegurar la sostenibilidad económica y el fortalecimiento del trabajo, a medio y largo plazo, en nuestro sector primario.

9. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ CUESTA, H.: «La articulación de los derechos colectivos: dificultades y propuestas de solución en los canales de representación y participación, propuestas diferentes de legitimación y un apunte sobre la sensibilidad convencional para la transición ecológica», en RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. (dir.) y ÁLVAREZ CUESTA, H. (coord.), *La negociación colectiva en el sector agrario*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2023.

- ARENAS VIRUEZ, M., «Retribuciones (salarios y percepciones extrasalariales)», en AA. VV., *La negociación colectiva en el sector agrario*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2007.
- CAVAS MARTÍNEZ, F., *Las relaciones laborales en el sector agrario*, Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, Madrid, 1995.
- CAVAS MARTÍNEZ, F. y HIERRO HIERRO, F.J., «El contrato de trabajo en el sector agrario español», *Revista Argentina de Derecho Laboral y de la Seguridad Social*, núm. 10. marzo de 2014.
- ESTEVE BARGUÉS, J. y ANTÓN OLLER, R., *El futuro del sector agrícola español*, PwC, Asesores de Negocios, 2019.
- FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., «Salarios mínimos», en GARCÍA MURCIA, J. (dir.) y otros, *La influencia de los convenios y recomendaciones de la OIT en la legislación social española*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2024.
- FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J., «La negociación colectiva en el sector agrario», en ARIAS DOMÍNGUEZ, A. (coord. y otros), *Reformas socio-laborales en el sector agrario: seguimiento de su impacto y propuestas para la continuación del proceso*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013.
- GÓMEZ GARCÍA, F. X., «Incidencia sobre el sector agrario de la regulación política salarial y de los últimos cambios normativos en materia de acuerdos comerciales en la cadena alimentaria», en RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. (dir.) y ÁLVAREZ CUESTA, H. (coord.), *La negociación colectiva en el sector agrario*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2023.
- MATORRAS DÍAZ. CANEJA, A., «El salario», en MOLERO MANGLANO. C. y otros, *Manual de Derecho del Trabajo*, 15.^a ed., Valencia. Tirant lo Blanch, 2017.
- «Beneficios complementarios y percepciones extrasalariales en la negociación colectiva: sistemas de retribución flexible y mejoras voluntarias», en GOERLICH PESET, J. (dir.) y GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P. (coord.), *Evolución de los contenidos económicos de la negociación colectiva en España (2007/2015)*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2018.
- «La OIT y las relaciones laborales en el sector agropecuario» en GARCÍA MURCIA, J. (dir. y otros), *La influencia de los convenios y recomendaciones de la OIT en la legislación social española*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2024.
- MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*, 45.^a edición, Tecnos, Madrid, 2024.
- PÉREZ CAMPOS, A. I.: «La contratación temporal en el trabajo agrario tras la reforma laboral», en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, LVII, 2024.
- PUEBLA PINILLA, A. de la, MERCADER UGUINA, J. R., y GÓMEZ ABELLEIRA, F. J., *Leciones de Derecho del Trabajo*, 17.^a edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.
- RAMOS MORAGUES, F., «Aspectos generales: complementos salariales en la negociación colectiva», en GOERLICH PESET, J. (dir.) y GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P. (coord.), *Evolución de los contenidos económicos de la negociación colectiva en España (2007/2015)*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2018.

SEMPERE NAVARRO, A. V., «Dos temas retributivos del trabajo agrario: salario mínimo y en especie», en ARIAS DOMÍNGUEZ, A. (coord. y otros), *Reformas socio-laborales en el sector agrario: seguimiento de su impacto y propuestas para la continuación del proceso*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013.

VV.AA., *Memento Práctico Social*, Francis Lefebvre, Madrid, 2023.

CAPÍTULO XXXV

LA RETRIBUCIÓN DE LAS PERSONAS SOCIAS COOPERATIVISTAS

FRANCISCO JAVIER ARRIETA IDIAKEZ
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Deusto

1. LA RELACIÓN SOCIETARIA ENTRE LAS PERSONAS SOCIAS COOPERATIVISTAS COMO PUNTO DE PARTIDA

El análisis de la retribución de las personas socias cooperativistas, necesariamente, debe partir de la consideración de la relación societaria que vincula a estas con su sociedad cooperativa en la que desarrollan la actividad cooperativizada. Ciertamente, a través de dicho vínculo, las personas socias asumen la obligación de participar en la actividad cooperativizada, constituyendo esta su principal obligación.

En cambio, en otros países, como Francia o Italia, se ha optado por no reconocer una forma jurídica específica a la sociedad cooperativa, debiendo acogerse los proyectos cooperativos a otras formas jurídicas, como la sociedad anónima o la sociedad de responsabilidad limitada. De este modo, en estos casos se genera una doble relación entre la persona socia y la cooperativa, una relación societaria derivada de la constitución de la sociedad mercantil con sus propios fines y objetivos sociales, y otra relación que permitirá a la persona socia utilizar los servicios de la cooperativa, que será de

carácter contractual. En esta última relación, la obligación de la persona socia de trabajar en la cooperativa, cuando el trabajo sea la principal actividad cooperativizada, no deriva de su condición de persona socia, sino del contrato de trabajo firmado con la cooperativa ¹.

Por consiguiente, esta particularidad propia del ordenamiento jurídico español respecto al vínculo existente entre las personas socias cooperativistas y la sociedad cooperativa condiciona el estudio relativo a las retribuciones que las primeras obtienen de la segunda.

Respecto a la actividad cooperativizada debe matizarse que esta puede consistir en la realización de trabajo con el fin de realizar cualquier actividad económica o profesional destinada a producir en común bienes y servicios para terceras personas no socias. Pero la actividad cooperativizada también puede priorizar otros fines distintos al trabajo asociado, dando lugar así a distintas modalidades de cooperativas, al margen de las cooperativas propiamente de trabajo asociado. No obstante, en esas otras modalidades de cooperativas también cabe la posibilidad de que las personas socias trabajen en y para la cooperativa, constituyendo entonces el trabajo su actividad cooperativizada. De ahí que a estas personas socias se les denomine personas socias de trabajo para diferenciarlas de las personas socias trabajadoras de las cooperativas de trabajo asociado. Independientemente de esa diferenciación entre personas socias trabajadoras o de trabajo, en lo que se refiere al régimen profesional y, por tanto, a las retribuciones, debe estarse a la regulación contemplada para las personas socias trabajadoras de las cooperativas de trabajo asociado. Así se establece en las distintas normas de cooperativas existentes en España, comenzando por la Ley 27/1999, de 16 de julio, de carácter estatal (LC) (cfr. artículo 13.4).

Y es que además de la LC, que rige para aquellas cooperativas que desarrollen su actividad cooperativizada en el territorio de varias comunidades autónomas, excepto cuando en una de ellas se desarrolle con carácter principal, así como para aquellas que realizan principalmente su actividad cooperativizada en las ciudades de Ceuta y Melilla (cfr. artículo 2 de la LC), hay que tener en cuenta las distintas normas sobre cooperativas promulgadas por las comunidades autónomas, conforme a lo previsto en sus respectivos estatutos de autonomía.

¹ FAJARDO GARCÍA, Gemma: «Naturaleza jurídica de la relación entre la cooperativa de trabajo asociado y el socio trabajador. Consecuencias», en FAJARDO GARCÍA, Gemma (dir.), SENET VIDAL, María José (coord.), *Cooperativas de trabajo asociado y estatuto jurídico de sus socios trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 230.

En concreto, son estas las normas sobre cooperativas dictadas por las comunidades autónomas que se encuentran en vigor:

- (a) Ley 5/1998, de 18 de diciembre, de Cooperativas de Galicia (LCGal).
- (b) Ley 4/2001, de 2 de julio, de Cooperativas de La Rioja (LCLRio).
- (c) Ley 4/2002, de 11 de abril, de Cooperativas de la Comunidad de Castilla y León (LCCCLe).
- (d) Ley 8/2006, de 16 de noviembre, de Sociedades Cooperativas, de la Región de Murcia (LSCRMur).
- (e) Ley Foral 14/2006, de 11 de diciembre, de Cooperativas de Navarra (LFCNav).
- (f) Ley 4/2010, de 29 de junio, de Cooperativas de Asturias (LCAst).
- (g) Ley 11/2010, de 4 de noviembre, de Cooperativas de Castilla-La Mancha (LCCMan).
- (h) Ley 14/2011, de 23 de diciembre, de Sociedades Cooperativas Andaluzas (LSCAnd) y Decreto 123/2014, de 2 de septiembre, por el que se aprueba su desarrollo (DLCAnd).
- (i) Ley 6/2013, de 6 de noviembre, de Cooperativas de Cantabria (LC-Cant).
- (j) Ley 12/2015, de 9 de julio, de Cooperativas de Cataluña (LCCat).
- (l) Ley 9/2018, de 30 de octubre, de sociedades cooperativas de Extremadura (LCExtr).
- (ll) Decreto Legislativo 2/2014, de 29 de agosto, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Cooperativas de Aragón (DLTRLCArag).
- (m) Decreto Legislativo 2/2015, de 15 de mayo, del Consell, por el que aprueba el texto refundido de la Ley de Cooperativas de la Comunitat Valenciana (DLTRLCCVal).
- (n) Ley 11/2019, de 20 de diciembre, de Cooperativas de Euskadi (LCEusk).
- (ñ) Ley 4/2022, de 31 de octubre, de Sociedades Cooperativas de Canarias (LCCana).
- (o) Ley 2/2023, de 24 de febrero, de Cooperativas de la Comunidad de Madrid (LCCMad).
- (p) Ley 5/2023, de 8 de marzo, de sociedades cooperativas de las Illes Balears (LCIBal).

A las mismas se hará referencia cuando se considere pertinente por las particularidades o aspectos destacables que presenten a los efectos de este estudio.

En todo caso, es la idea de actividad cooperativizada la que permite distinguir el régimen profesional, en el que se integra todo lo relativo a las retribuciones, de las personas socias cooperativistas del que corresponde a las personas trabajadoras o asalariadas que quedan bajo el ámbito de aplicación del

Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (TRLET) y demás normativa que la desarrolla. Por ello, parece acertado entender por actividad cooperativizada la actividad que llevan a cabo las personas socias de una cooperativa, que puede ser en forma de entrega de bienes, servicios, trabajo o cualquier otra actividad, tal y como se define en la LCCat (cfr. artículo 2.a). En la misma línea se pronuncia también la LCIBal, aunque se refiera expresamente a la explotación y/o adquisición en común como actividad a realizar por las personas socias (cfr. artículo 3.d).

Precisamente, conviene realizar un análisis comparativo entre ambos regímenes profesionales, pues ello servirá para descartar que las retribuciones de las personas socias presentan la naturaleza de salario.

En efecto, no cabe olvidar que el carácter retribuido del trabajo realizado o de los servicios prestados por las personas trabajadoras asalariadas, si bien constituye una nota de laboralidad imprescindible para poder determinar la aplicación del Derecho del trabajo, por sí solo carece de valor suficiente como para poder determinar dicha aplicación, pues lo verdaderamente importante es que el carácter retribuido del trabajo o de la prestación se circunscriba a una relación que presente las notas de ajenidad y dependencia². De ahí la denominación de salario que adquieren las retribuciones de las personas trabajadoras a las que se aplica el Derecho del trabajo, y, por consiguiente, la denominación de personas o relaciones asalariadas.

Pues bien, la verdad es que en la relación de naturaleza social que vincula a las personas socias cooperativistas y a su sociedad cooperativa no se dan las notas de ajenidad y dependencia que caracterizan a las relaciones estrictamente laborales o asalariadas. Por ello, como se verá (*infra* II), es preciso tener en cuenta otros conceptos cuando se analiza la retribución de las personas socias cooperativistas.

Para comprender este hecho diferencial es preciso atender a la propia definición de la cooperativa. Así, una definición completa puede ser la ofrecida por la LCEusk, cuando dispone que «La cooperativa es aquella sociedad que desarrolla una empresa que tiene por objeto prioritario la promoción de las actividades económicas y sociales de sus miembros y la satisfacción de sus necesidades con la participación activa de los mismos, observando los principios del cooperativismo y atendiendo a la comunidad de su entorno» (artículo 1.1).

² Por todas, STS 4.ª, de 8 de febrero de 2008 (rec. 3614/2007).

Con otras palabras, el desarrollo de esa empresa, consistente en la actividad cooperativizada, dentro de cada una de las modalidades de cooperativas existentes, se caracteriza por un objeto y unos principios que evidencian la inexistencia de las notas de laboralidad consistentes tanto en el trabajo por cuenta ajena o en régimen ajenidad, como en el trabajo dependiente o en régimen de dependencia jurídica, en los términos que se señalarán a continuación ³.

Así, en lo que se refiere a la ajenidad, de la definición de cooperativa ofrecida se deduce la inexistencia de una de sus clásicas manifestaciones, que no viene a ser otra que la denominada «ajenidad en el mercado», pues no existe persona intermediaria entre la última persona consumidora y usuaria y los sujetos que producen u ofrecen los bienes y servicios, sino que las personas socias adquieren la condición de empresarios de sí mismos.

Por idénticos motivos tampoco cabría hablar de «ajenidad en los frutos», pues los resultados de la prestación de servicios de las personas socias pertenecen *ab initio* a la sociedad cooperativa de la que son titulares; titularidad de la que deriva un título preexistente a la ejecución del trabajo por parte de las personas socias ⁴. Y otro tanto cabe señalar sobre la «ajenidad en los riesgos», ya que la persona socia, por el mero hecho de prestar sus servicios, no tendrá derecho a ser retribuida, independientemente de las pérdidas o ganancias que tenga la cooperativa. Muy al contrario, los «riesgos de la cooperativa» afectan

³ Con acierto se ha señalado que el concepto de cooperativa permite diferenciar entre el fin para el que se crea la cooperativa (satisfacer las necesidades o aspiraciones comúnmente sentidas por las personas socias), el objeto del contrato de cooperativa (las obligaciones asumidas por las personas socias) y el objeto social de la cooperativa (actividades empresariales que van a desarrollar las personas socias para conseguir dicho fin) (FAJARDO GARCÍA, Gemma: «Naturaleza jurídica de la relación entre la cooperativa de trabajo asociado y el socio trabajador. Consecuencias», ob. cit., pp. 229 y 230).

⁴ ARRIETA IDIAKEZ, Francisco Javier: «Naturaleza de la relación del socio trabajador y del socio de trabajo en las cooperativas: especial referencia a su régimen de Seguridad Social», en GADEA SOLER, Enrique (coord.), ATXABAL RADA, Alberto (coord.) e IZQUIERDO MUCIÑO, Martha Elba (coord.), *Las cooperativas como alternativa económica: Una visión de México y España*, Dykinson, Madrid, 2014, p. 177. Especialmente acertadas resultan las conclusiones de DE NIEVES NIETO, cuando señala que «el valor que añade el trabajo realizado por (...) [las personas socias trabajadoras] a la producción les beneficia directamente por ostentar (...) [ellas] la doble condición de (...) [prestadoras] de servicios y titulares de la sociedad. En fin (...) [las personas socias trabajadoras] no ceden los frutos de su trabajo a un extraño, sino a la comunidad en la cual se encuentran integrados» [DE NIEVES NIETO, Nuria: *Cooperativas de Trabajo Asociado: Aspectos Jurídico-Laborales*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2005, p. 95. En parecidos términos, se pronunciaron hace ya tiempo VALDÉS DAL-RÉ y BAYÓN CHACÓN, al señalar que «la obligación de trabajar que pesa sobre (...) [la persona socia] nace del vínculo asociativo, se asume en el momento constitutivo de la relación social, quedando integrada en ella» [VALDÉS DAL RÉ, Fernando y BAYÓN CHACÓN, Gaspar: *Las cooperativas de producción: un estudio sobre el trabajo asociado* (Un estudio sobre el trabajo asociado), Montecorvo, Madrid, 1975, p. 267].

de lleno a las personas socias de la misma, por el régimen de responsabilidad social e imputación de pérdidas que se les aplica⁵.

Si se centra la atención en la nota de laboralidad de «trabajo dependiente o en régimen de dependencia jurídica» también puede apreciarse su no concurrencia en la prestación de servicios de las personas socias, a pesar de que, por ejemplo, la STS 4.^a, de 8 de mayo de 2019 (rec. ud. 42/2018) manifestara que las personas socias trabajadoras prestan sus servicios para la cooperativa en régimen de «trabajo subordinado», sin atender a que, como se expondrá, puede tratarse de una subordinación distinta a la existente en una relación estrictamente laboral.

En efecto, no existe «dependencia jurídica» en la prestación de servicios de las personas socias porque en el trabajo asociado, si bien también existe dependencia, la legitimación de la sujeción a la cooperativa deriva del contrato de sociedad. Con otras palabras, en el caso de las cooperativas, la subordinación de las personas socias para con la misma se da en un contrato asociativo que conlleva la incorporación de la persona socia a una organización propia, organizada de manera colectiva. En ese sentido, son el contrato de sociedad y los estatutos sociales los que constituyen y dan vida a la cooperativa, sin que ella sea ajena a las propias personas socias, sin que tenga un espacio propio, libre, no contractualizable, pese al origen asociativo de la aportación de trabajo y la funcionalización del mismo a las exigencias de la cooperativa⁶.

2. LOS CONCEPTOS A TENER EN CUENTA EN LA RETRIBUCIÓN DE LAS PERSONAS SOCIAS COOPERATIVISTAS

Los dos conceptos a considerar en la retribución de las personas socias son el anticipo societario, antiguamente también llamado anticipo laboral⁷, y

⁵ ARRIETA IDIAKEZ, Francisco Javier: «Naturaleza de la relación del socio trabajador y del socio de trabajo en las cooperativas: especial referencia a su régimen de Seguridad Social», ob. cit., p. 178.

⁶ LÓPEZ GANDÍA, Juan: *Las cooperativas de trabajo asociado y la aplicación del Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 218-219.

⁷ Aunque todavía alguna norma de Derecho cooperativo se refiera a los anticipos laborales, debe considerarse que el calificativo «laborales» se ha ido sustituyendo por el de «societarios» con la intención del legislador de alejarse de la tendencia de laboralización de la relación que debe caracterizar a las personas socias con la sociedad cooperativa (en este sentido, *vid.* RODRÍGUEZ SANTOS, Estefanía: «El régimen retributivo de las personas socias en las sociedades cooperativas de trabajo: una revisión crítica de los modelos normativos», *Temas Laborales*, núm. 144, 2018, p. 66.

el retorno cooperativo⁸. Por ello, a continuación, se analizará el significado y alcance de los mismos⁹.

2.1 El anticipo societario

2.1.1 CONCEPTO Y REGULACIÓN

Conforme a la jurisprudencia, el anticipo societario es la cantidad que la persona socia cooperativista debe percibir en plazos mensuales o inferiores, en cuantía similar a determinados módulos salariales, para subvenir a sus necesidades ordinarias¹⁰.

En lo que se refiere a la normativa cooperativa, la LCCat define el anticipo laboral como el importe que reciben las personas socias que trabajan en la cooperativa en concepto de retribución por su trabajo, a cuenta del resultado anual del ejercicio económico de la cooperativa (cfr. artículo 2.b). Igual definición se contiene también en la LCIBal (cfr. artículo 3.d).

En la normativa cooperativa de ámbito estatal y, por tanto, general, se establece el derecho de las personas socias a percibir periódicamente, en plazo no superior a un mes, percepciones a cuenta de los excedentes de la cooperativa denominados anticipos societarios que no tienen la consideración de salario, según su participación en la actividad cooperativizada (cfr. artículo 80.4 de la LC).

No obstante, como los anticipos societarios deben percibirse periódicamente y en plazo no superior a un mes, en cuantía, muchas veces, conforme a la normativa autonómica, no inferior al salario mínimo interprofesional en cómputo anual, no derivan de excedentes disponibles, sino que constituyen partidas deducibles para la determinación de los excedentes netos¹¹.

⁸ STS 4.ª, de 15 de junio de 1992 (ECLI: ES: TS: 1992:4805), F. D. 3 y STS 4.ª, de 15 de junio de 1992 (ECLI: ES: TS:1992:20577), F. D. 3.

⁹ En la doctrina científica también se asume esa jurisprudencia como punto de partida para el análisis de las retribuciones de las personas socias cooperativistas. Al respecto, *vid.* GAY HERRERO, Sylbia y BENGOTXEA ALKORTA, Aitor: «Aspectos laborales y de Seguridad Social en las cooperativas de trabajo asociado», en MERINO HERNÁNDEZ, Santiago (dir. y coord.), *Manual de Derecho de Sociedades Cooperativas*, Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi e Instituto de Derecho Cooperativo y Economía Social de la UPV/EHE, Vitoria-Gasteiz, 2008, p. 492.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ BADIOLA LÓPEZ, Jaione y ARRIETA IDIAKEZ, Francisco Javier: «De las personas socias», en MERINO HERNÁNDEZ, SANTIAGO (dir.), *Glosa a la Ley de Cooperativas de Euskadi. Comentarios al texto articulado de la Ley 11/2019, de 20 de diciembre, de Cooperativas de Euskadi (B. O. P. V. n.º 247, de 30 de diciembre de 2019)*, Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi, Vitoria-Gasteiz, 2021, p. 79.

Además, las vacaciones anuales y las fiestas, que se determinan en las propias normas sobre cooperativas, se retribuyen a efectos de anticipo societario (cfr. artículo 83.1.d de la LC).

Respecto a los permisos o licencias, se establece que serán los Estatutos sociales, los reglamentos de régimen interno o, en su caso, los acuerdos adoptados por la Asamblea General quienes determinen si son retribuidos o no y la proporción en que son retribuidos, a los efectos de la percepción de los anticipos societarios (cfr. artículo 83. 2 de la LC). Ahora bien, es la propia LC la que, al regular el régimen especial de permisos por la situación derivada de la DANA, regula el carácter retribuido del permiso por ausentarse del trabajo por las causas enumeradas en el artículo 42.1 del Real Decreto-ley 7/2024, de 11 de noviembre, por el que se adoptan medidas urgentes para el impulso del Plan de respuesta inmediata, reconstrucción y relanzamiento frente a los daños causados por la Depresión Aislada en Niveles Altos (DANA) en diferentes municipios entre el 28 de octubre y el 4 de noviembre de 2024, en los términos previstos por el mismo y únicamente mientras se mantenga su vigencia (cfr. Disposición adicional decimocuarta de la LC).

Igualmente se matiza que las personas socias en situación de excedencia forzosa, por designación o elección para un cargo público o en el movimiento cooperativo, que imposibilite la asistencia al trabajo, no tienen derecho a percibir el anticipo societario (cfr. artículo 84.4 de la LC).

Especial consideración merece, por lo delicado de la situación, que al regular el régimen disciplinario, y más concretamente, la expulsión de las personas socias, se contemple la posibilidad de que el Consejo Rector pueda suspender a la persona socia trabajadora en su empleo, conservando esta provisionalmente todos sus derechos económicos, entre los que se encuentra el derecho al anticipo societario, pues no cabe olvidar que aunque el Consejo Rector sea el órgano competente para acordar la expulsión, el acuerdo de expulsión solo será ejecutivo desde que sea ratificado por la Asamblea General o por el órgano competente creado a tal efecto o desde que haya transcurrido el plazo para recurrir ante el mismo (cfr. artículo 82.3).

A partir de dicha caracterización del anticipo societario en la LC, las normas autonómicas incorporan una serie de concreciones.

Así, la LCGal establece que la cuantía del anticipo societario debe ser similar a las retribuciones de la zona y sector de actividad, según su categoría profesional, y que en ningún caso podrá ser inferior al salario mínimo interprofesional en cómputo anual, teniendo en cuenta la jornada laboral realizada dentro de la legalidad vigente (cfr. artículo 105.1).

La LCLRio señala que el anticipo societario no podrá ser inferior al salario mínimo interprofesional en cómputo anual, teniendo en cuenta la jornada laboral realizada dentro de la legalidad vigente, pero permite que, atendiendo a dificultades económicas, la Asamblea General acuerde, con carácter transitorio, la reducción de este anticipo por debajo de dicho límite (cfr. artículo 104). Otra particularidad de la LCLRio radica en que, en el supuesto de las cooperativas de trabajo asociado calificadas como de iniciativa social, se establece que los anticipos sociales no podrán superar el 150 por 100 de las retribuciones que, en función de la actividad y categoría profesional, establezca el convenio colectivo aplicable al personal asalariado del sector (cfr. artículo 112.3.d). Esta particularidad también se prevé en la LCIBal (cfr. artículo 149.3.d).

En la misma línea, la LCExtr se limita a señalar que la cuantía de los anticipos societarios a percibir no será inferior al salario mínimo interprofesional en cómputo anual (cfr. artículo 146.4). Otro tanto realizan el DL-TRLCArag (cfr. artículo 72.7) y la LCEusk (cfr. artículo 103.6). En cambio, la LCCMad matiza que la cuantía diaria de los anticipos societarios se calculará como la media del salario percibido en los últimos 6 meses, no pudiendo ser inferior al salario mínimo interprofesional o la correspondiente parte proporcional en caso de jornadas parciales (cfr. artículo 102.4.c). En este último caso, la referencia al salario percibido en los últimos 6 meses parece inapropiada, pues, en su lugar, debiera hacerse referencia a los anticipos societarios.

La LCAs establece la matización según la cual en el caso de que una cooperativa de trabajo asociado –lo que es extensible a toda cooperativa que cuente con personas socias de trabajo– mantenga más del 80 por ciento de su facturación anual con un único cliente o con un único grupo de empresas, el anticipo societario garantizado a la persona socia en cómputo anual deberá ser equivalente al salario medio de la zona, sector y categoría profesional correspondientes (cfr. artículo 143). Otro tanto se establece en la LCCMan (cfr. artículo 124.4) y en el DLTRLCCVal (cfr. artículo 89.3.g). En la misma línea se pronuncia también la LCCMad pero introduciendo algunos cambios y matizaciones, al señalar que en el supuesto de que la cooperativa tuviera concentrada más del setenta y cinco por ciento de su facturación con un único cliente o con un único grupo de empresas o Administración, el anticipo societario deberá ser equivalente a los salarios medios de la zona, sector y categoría profesional correspondientes a la entidad de la que sea considerada dependiente, salvo que exista regulación aplicable por convenio colectivo en cuyo caso esta última será la referencia (cfr. artículo 102.4.c). En último término,

se trata de una medida para evitar el uso abusivo de esta fórmula cooperativa que impulsa una empresa o persona con relación comercial que pretende mantener el control sobre esta ¹².

Por su parte, el DLCAAnd establece solo para las personas socias cooperativistas temporales el derecho a percibir los anticipos laborales en cuantía no inferior a la establecida en el convenio vigente en la zona para los trabajadores por cuenta ajena de la misma actividad y categoría (cfr. artículo 79.1.c).

Resulta original la regulación que contempla la LFCNav, cuando recoge que las personas socias cooperativistas podrán percibir periódicamente anticipos laborales en la cuantía que determine la Asamblea General, los cuales gozarán de idénticas garantías de protección que las percepciones salariales (cfr. artículo 67.4). La originalidad reside, por una parte, en que se resalta el principio de autogestión, propio del modelo cooperativo, al dejar en manos de la Asamblea General, en la que reside la verdadera soberanía de las personas socias, la facultad de determinar la cuantía de los anticipos ¹³, y, por otra parte, en que se hace referencia a idénticas garantías de protección que las percepciones salariales respecto a los anticipos, pues, como se verá, es preciso analizar si es posible realizar esa extensión sin que se sobrepase el marco competencial correspondiente a las comunidades autónomas en esta materia.

El DLTRCCVal prevé para las cooperativas no lucrativas que las personas socias no podrán percibir, en concepto de anticipos societarios más de un ciento setenta y cinco por cien de los salarios medios del sector (cfr. artículo 114.2.d) ¹⁴.

Toda esta normativa de mínimos se entiende sin perjuicio de la regulación más detallada que sobre los anticipos societarios puede realizarse en los Estatutos sociales, en los reglamentos de régimen interno o en los acuerdos adoptados por la Asamblea General ¹⁵.

¹² RODRÍGUEZ SANTOS, Estefanía: «El régimen retributivo de las personas socias en las sociedades cooperativas de trabajo: una revisión crítica de los modelos normativos», ob. cit., p. 71.

¹³ Así se resalta también en la LCCMan (cfr. artículo 124.4) en la LCAst (cfr. artículo 142.2.g), en la LSCAnd (cfr. artículo 87.1) y en la LCCMad (cfr. artículo 102.3).

¹⁴ Se califican como entidades de carácter no lucrativo a las cooperativas que, por su objeto, actividad y criterios económicos de funcionamiento, acrediten su función social. En concreto, se entenderá que acreditan esta función social las cooperativas cuyo objeto consista en la mejora de la calidad y condiciones de vida de la persona, considerada de forma individual o colectiva (cfr. artículo 114.1).

¹⁵ Expresamente, así se recuerda, por ejemplo, en el artículo 106.2 de la LSCRMur, en el artículo 103.2 de la LCCant y en el artículo 132.2 de la LCCat.

2.1.2 CUESTIONES ACLARATORIAS SOBRE LAS POSIBLES GARANTÍAS PARA CON LOS ANTICIPOS SOCIETARIOS

Algunas normas sobre cooperativas contemplan, expresamente, ciertas garantías para con los anticipos societarios.

Así, el DLCAAnd, en materia de cooperativas de impulso empresarial¹⁶, establece la obligación de actualizar, anualmente, la garantía financiera inicial, que debe ser de al menos sesenta mil euros, hasta alcanzar, al menos, el diez por ciento del importe correspondiente a la totalidad de los anticipos societarios percibidos por las personas socias usuarias en el ejercicio económico inmediato anterior, sin que, en ningún caso, pueda ser inferior a la cuantía de aquella garantía inicial.

Esta garantía es de gran importancia, pues responderá con carácter subsidiario al fondo específico destinado a asegurar a las personas socias usuarias el cobro de los anticipos societarios y la satisfacción de las obligaciones que exige la legislación reguladora de su prestación de trabajo, frente a las personas socias usuarias de las deudas vinculadas a anticipos societarios, con la Seguridad Social así como de las indemnizaciones derivadas de obligaciones relativas a la prestación de trabajo en la sociedad cooperativa. Además, solo cabe cancelar la garantía cuando la cooperativa cese en su actividad y no tenga obligaciones pendientes relativas a dichos conceptos (cfr. artículo 84.1).

En cambio, como recuerdan la LC y, entre otras normas autonómicas sobre cooperativas, por ejemplo, la LCCMad, los acreedores personales de las personas socias, si bien no tienen derecho alguno sobre los bienes de las cooperativas ni sobre las aportaciones de las personas socias al capital social, que son inembargable, sí podrán ejercer sus derechos sobre los reembolsos, intereses, anticipos y retornos que le correspondan a la persona socia deudora (cfr., respectivamente, la Disposición Adicional tercera y el artículo 52.6).

Al margen de la normativa estrictamente sobre cooperativas, debe indicarse que la garantía externa de la remuneración de las personas socias cooperativas es menor que la reconocida a las personas trabajadoras asalariadas, ya que no están protegidas por el FOGASA (cfr. artículo 14.3 del TRLGSS, en

¹⁶ Conforme al artículo 81.2 del DLCAAnd su actividad debe consistir en la orientación, formación, tutoría o prestación de servicios a sus socios y socias, pudiendo ser acompañadas estas actividades de posibles tareas de intermediación entre estos y las terceras personas a las que prestan sus servicios, estando dichas tareas siempre vinculadas a un proyecto empresarial de emprendimiento, bien de forma temporal o con carácter estable, siempre que dicha actividad esté autorizada expresamente en los Estatutos de la entidad y sin que puedan constituir parte del objeto de la actividad de la sociedad cooperativa.

relación con el artículo 11 del Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial)¹⁷.

El régimen de preferencia o privilegios crediticios es también más débil que el establecido para el salario de las personas trabajadoras, al limitarse al tercer lugar de los créditos con privilegio general los derivados del «trabajo personal no dependiente..., devengados durante los seis meses anteriores a la declaración del concurso», tras los créditos salariales y laborales (salarios, indemnizaciones por extinción del contrato de trabajo, e indemnizaciones y recargos por daños profesionales), y las retenciones tributarias y de Seguridad Social, y, en su caso, al privilegio especial de los créditos refaccionarios, sobre los bienes producidos, mientras estén en propiedad o posesión del concursado (cfr. artículos 270 y 280 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal)¹⁸.

Sin embargo, las personas socias cooperativistas disfrutan del mismo régimen de inembargabilidad en materia retributiva que las personas trabajadoras asalariadas, toda vez que la regulación de la LEC, en relación con la protección de las rentas derivadas del trabajo y los límites a su posible embargo, se refiere expresamente al «salario, sueldo, pensión, retribución o equivalente», y, por asimilación, a «los ingresos procedentes de actividades profesionales y mercantiles autónomas», lo que debe alcanzar a los anticipos societarios (cfr. artículo 607, apartados 1 y 6)¹⁹.

2.1.3 CUESTIONES ACLARATORIAS RESPECTO A LA POSIBLE REPERCUSIÓN EN LOS ANTICIPOS SOCIETARIOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y DE LA IMPUTACIÓN DE PÉRDIDAS

En materia de Seguridad Social, resulta aclaratoria la LCEXtr, cuando dispone que las sociedades cooperativas de trabajo asociado que, de acuerdo con lo establecido en la legislación sobre Seguridad Social, hubieran optado en sus estatutos por asimilar a sus personas socias trabajadoras a personas trabajadoras autónomas del régimen especial correspondiente, asumirán, en el caso

¹⁷ En ese sentido *vid.* STSJ (Cataluña) 19 octubre 2004 (rec. 6547/2003) y STSJ (Murcia) 26 mayo 2014 (rec. 1106/2013)). En la doctrina científica o de autores véase GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, IGNACIO y RODRÍGUEZ CARDO, IVÁN: «Socios de cooperativas», en SEMPERE NAVARRO, ANTONIO VICENTE (dir.) y CARDENAL CARRO, MIGUEL (dir.), *El contrato de trabajo. volumen III. Relaciones laborales especiales y contratos con particularidades*, Aranzadi - Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, p. 1575.

¹⁸ GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, IGNACIO y RODRÍGUEZ CARDO, IVÁN: «Socios de cooperativas», *ob. cit.*, p. 1575.

¹⁹ *Ibidem*.

de que así se hubiera establecido en sus estatutos, la obligación del pago de las cuotas y obligaciones de las personas socias trabajadoras durante su período activo en las sociedades cooperativas, sin perjuicio del sometimiento a la normativa rectora del régimen correspondiente de la Seguridad Social. Matiza, además, que las cuantías abonadas no formarán parte del anticipo (cfr. artículo 146.7). Otro tanto establecen el DLTRLC Arag (cfr. artículo 72.8) y la LCEusk (cfr. artículo 103.8).

Al margen de que tales cuantías abonadas no formen parte del anticipo, hay que tener en cuenta que a efectos del cálculo de las cotizaciones sí hay que computar la cuantía real de los anticipos²⁰. Pero cuando las personas socias cooperativistas estén encuadradas en el Régimen General, habrá que estar a las correspondientes bases mínimas y máximas. Sin embargo, cuando estén encuadrados en el RETA será de aplicación lo previsto en el artículo 308 del TRLGSS, con la particularidad prevista en la Disposición Adicional cuarta del Real Decreto-ley 13/2022, de 26 de julio, por el que se establece un nuevo sistema de cotización para los trabajadores por cuenta propia o autónomos, para las personas socias de cooperativas incluidas en el RETA que dispongan de un sistema intercooperativo de prestaciones sociales, complementario al sistema público.

Por su parte, en materia de imputación de pérdidas es aclaratorio el DL-TRLCCVal, cuando señala que, si los estatutos sociales lo establecen, las pérdidas derivadas de la actividad cooperativizada con las personas socias que se imputen a estas, alcanzarán como máximo el importe total de los anticipos asignados a las personas socias en el ejercicio económico, más sus aportaciones a capital social y su participación en las reservas repartibles (cfr. artículo 69.3).

2.2 El retorno cooperativo

De acuerdo con la jurisprudencia, el retorno cooperativo es el excedente a repartir entre las personas socias cooperativistas al cabo del ejercicio económico²¹.

En lo que se refiere a la normativa cooperativa, la LCCat define el retorno como el importe que pueden percibir las personas socias de las cooperativas, en el supuesto de tener resultados positivos, una vez satisfechos los impuestos exigibles y dotados los fondos. Además, se matiza que el retorno se determina

²⁰ LÓPEZ GANDÍA, Juan: *Cooperativas y Seguridad Social*, Bomarzo, Albacete, 2017, p. 47.

²¹ STS 4.ª, de 15 de junio de 1992 (ECLI: ES: TS: 1992:4805), F. D. 3 y STS 4.ª, de 15 de junio de 1992 (ECLI: ES: TS:1992:20577), F. D. 3.

en proporción a la actividad cooperativizada que lleva a cabo la persona socia, con independencia de su participación en el capital social (cfr. artículo 2.d). Igual definición se contiene también en la LCIBal (cfr. artículo 3.d).

Se trata de una definición acorde con el derecho de las personas socias que reconoce la LC, en la medida en que se matiza que se reconocerá este derecho, «en su caso» (cfr. artículo 16.d), es decir, no se está ante un derecho absoluto e inmediato. En efecto, las personas socias podrán percibir retornos conforme a lo establecido en los Estatutos sociales o a lo que se acuerde por la Asamblea General.

En cualquier caso, para que pueda surgir el derecho al retorno, previamente deben realizarse una serie de operaciones (cfr. artículo 58 de la LC)²².

En primer lugar, de los excedentes contabilizados para la determinación del resultado cooperativo, una vez deducidas las pérdidas de cualquier naturaleza de ejercicios anteriores y antes de la consideración del Impuesto de Sociedades, se debe destinar, al menos, el 20 por ciento al fondo de reserva obligatorio y el 5 por ciento al fondo de educación y promoción.

En segundo lugar, de los beneficios extracooperativos y extraordinarios, una vez deducidas las pérdidas de cualquier naturaleza de ejercicios anteriores y antes de la consideración del Impuesto de Sociedades, se debe destinar al menos un 50 por ciento al fondo de reserva obligatorio.

En tercer lugar, una vez satisfechos los impuestos exigibles, serán los excedentes y beneficios extracooperativos y extraordinarios disponibles los que podrán aplicarse al retorno cooperativo, sin perjuicio de que también puedan aplicarse a dotación a fondos de reserva voluntarios con carácter irrepartible o repartible, o a incrementar los fondos obligatorios.

Si se apuesta por el retorno cooperativo este se debe acreditar a las personas socias en proporción a las actividades cooperativizadas realizadas por cada persona socia con la cooperativa. En concreto, la forma de hacer efectivo el retorno cooperativo acreditado a cada persona socia se debe fijar en los Estatutos sociales o, en su defecto, por la Asamblea General, por más de la mitad de los votos válidamente expresados. Ahora bien, en el caso de las cooperativas de explotación comunitaria de la tierra se regula un régimen económico propio (cfr. artículo 97, apartados 4 y 5).

²² En algunas normas autonómicas sobre cooperativas pueden variar los porcentajes. Es el caso, por ejemplo, de la LCLRio (cfr. artículo 72), de la LSCRMur (cfr. artículo 81), de la LFCNav (cfr. artículo 52), de la LCCMan (cfr. artículo 88), de la LSCAnd (cfr. artículo 68), de la LCCant (cfr. artículo 71), de la LCCat (cfr. artículo 81), de la LCExtr (cfr. artículo 81), del DLTRLArag (cfr. artículo 58), del DL-TRLCCVal (cfr. artículo 68), de la LCEusk (cfr. artículo 70) y de la LCIBal (cfr. artículo 93).

En último término no cabe olvidar que el derecho al retorno responde al tercer principio cooperativo formulado por la Alianza Cooperativa Internacional, en 1995, a saber, el relativo a la participación económica de las personas socias en los resultados positivos de la cooperativa²³.

También hay que tener en cuenta que las personas socias pueden ver reducido el retorno aun reconocido, en los supuestos en que deban compensarse las pérdidas que pueda llegar a tener la cooperativa. Así ocurrirá cuando los Estatutos sociales no imputen dichas pérdidas a una cuenta especial para su amortización con cargo a futuros resultados positivos, dentro del plazo máximo de 7 años (cfr. artículo 59.1 de la LC) o cuando, no estableciéndose dicha cuenta especial, las pérdidas no se compensen con los fondos obligatorios y voluntarios y acaben imputándose estas a las personas socias y la persona socia decida hacer frente a las deudas con cargo a los retornos que puedan corresponderle en los 7 años siguientes, si así lo acuerda la Asamblea General. Además, si aun así quedasen pérdidas sin compensar, transcurrido dicho período, estas se deben satisfacer por la persona socia en el plazo máximo de un mes a partir del requerimiento expreso formulado por el Consejo Rector (cfr. artículo 59.3 de la LC). En todo caso, cabe recordar que la responsabilidad de la persona socia por las deudas sociales se limita a las aportaciones al capital social que hubiera suscrito, estén o no desembolsadas en su totalidad (cfr. artículo 15.3 de la LC), sin perjuicio de que el Consejo Rector pueda solicitarle el reintegro de su aportación al capital si este, como consecuencia de la imputación de pérdidas, hubiera quedado por debajo de la aportación obligatoria mínima fijada en los Estatutos sociales (cfr. artículo 46.4 de la LC).

Asimismo, las personas socias en situación de excedencia forzosa por designación o elección para un cargo público o en el movimiento cooperativo, que imposibilite la asistencia al trabajo, no tendrán derecho al retorno (cfr. artículo 84.4 de la LC).

Por su parte, las personas socias a prueba no perciben retorno cooperativo (cfr. artículo 81.3.e).

A partir de esta regulación que contempla la LC, las distintas normas autonómicas de Derecho cooperativo contemplan algunas particularidades dignas de mención.

²³ GÓMEZ VILLA, Juan Ignacio: «Artículos 57 a 59. Sección 3.ª Ejercicio económico», en *Cooperativas. Comentarios a la Ley 27/1999, de 16 de julio*, vol. 1, Consejo General del Notariado, Madrid, 2001, p. 321.

Así, la LCGal matiza que las personas socias colaboradoras que aporten exclusivamente capital en ningún caso tienen derecho a percibir el retorno cooperativo (cfr. artículo 29.1). También se recoge dicha matización en la LCLRio (cfr. artículo 31.3), en la LCCMan (cfr. artículo 25.3.b) y en la LCCan (cfr. artículo 22.2.2.2.c).

En la misma línea, la LCLRio matiza que las personas socias excedentes tampoco tienen derecho al retorno cooperativo (cfr. artículo 32.1.d), la LFC-Nav establece que las personas asociadas no tienen derecho a retornos, aunque podrán utilizar los servicios de la cooperativa (cfr. artículo 29.3.b)²⁴, la LCAst recuerda que las personas socias inactivas no tienen derecho al retorno cooperativo (cfr. artículo 26.2.b). Por su parte, la LCCat prevé que las personas socias que no efectúen su respectiva aportación en el plazo establecido incurren automáticamente en mora y no tienen derecho a percibir el correspondiente retorno (cfr. artículo 71.4). La LCExtr establece, en el ámbito de las cooperativas calificadas como cooperativas sin ánimo de lucro, que las personas voluntarias que puedan integrarse, de forma y manera que su aportación consista en la prestación de su actividad, de carácter altruista y solidario, para coadyuvar a los fines de interés general que persiga el objeto social de la cooperativa, no están obligadas a efectuar aportación de capital ni tendrán derecho a obtener retorno cooperativo y no responderán personalmente de las deudas sociales (cfr. artículo 170)²⁵.

La LCCMad contempla una regulación particular relativa al número mínimo de personas socias que puede llegar a afectar al derecho a percibir, en su caso, el retorno cooperativo. En concreto, si bien la regla general de la que se parte es que las cooperativas de primer grado deberán estar integradas por, al menos, tres personas socias, se permite que las cooperativas de trabajo, de iniciativa social y de comercio ambulante puedan constituirse inicialmente con dos personas socias trabajadoras, debiendo en todo caso ajustar su composición a la regulación general en el plazo máximo de veinticuatro meses desde su inscripción en el Registro de Cooperativas de la Comunidad de Madrid. Tal es así que la cooperativa deberá acreditar en dicho plazo, ante el citado Registro, la incorporación efectiva de la tercera persona socia. Pues

²⁴ En cambio, la LCExtr establece que las personas asociadas ni tendrán derecho al retorno cooperativo ni se les imputarán pérdidas (cfr. artículo 38.1).

²⁵ En parecidos términos se regula esta cuestión respecto a las cooperativas de iniciativa social en el DLTRLCArag (cfr. artículo 77.3). Asimismo, esta última norma establece que podrán ser calificadas como entidades sin ánimo de lucro las sociedades cooperativas que gestionen servicios de interés colectivo o de titularidad pública, cuando renuncien expresamente en sus estatutos a acreditar a sus personas socias retornos cooperativos y dediquen los eventuales saldos positivos a su reinversión en la cooperativa (cfr. Disposición adicional segunda).

bien, en tanto no se produzca la incorporación de la tercera persona socia, no podrá efectuarse retorno cooperativo entre las personas socias (cfr. artículo 8, apartados 1 y 2).

Centrando la atención en la forma en la que las personas socias deben percibir, en su caso, el retorno cooperativo, La LCGal concreta que, como regla general, este se percibirá en función del anticipo societario, salvo que los estatutos contemplasen otro criterio en razón a la actividad cooperativizada (cfr. artículo 105.2).

No obstante, también prevé particularidades para con las cooperativas de explotación comunitaria de la tierra, respecto a las cuales dispone que los retornos se acreditarán a las personas socias, según la actividad desarrollada por cada una de ellas con la cooperativa, en proporción a los anticipos laborales y/o a las rentas que haya de abonar aquella por la cesión del uso de los bienes (cfr. artículo 113.3). Igualmente, respecto a esta modalidad cooperativa, en materia de imputación de pérdidas a las personas socias, se señala que la imputación se realizará con arreglo a los criterios señalados para los retornos, si bien los Estatutos o la Asamblea General determinarán lo necesario para garantizar a las personas socias cooperativistas una compensación mínima igual al 70 por 100 de las retribuciones satisfechas en la zona por igual trabajo, y nunca inferior al salario mínimo interprofesional (cfr. artículo 113.4).

En parecidos términos, se refiere también respecto a las cooperativas de explotación de los recursos acuícolas (cfr. artículo 119.3).

La LCAst establece, como norma general, que la distribución de los retornos podrá hacerse, según se acuerde en la Asamblea General, mediante su pago efectivo, mediante su incorporación a capital, o mediante la creación de un fondo de retornos (cfr. artículo 98.3). Al respecto, se precisa que el acuerdo de constitución de este fondo determinará el destino del mismo, el plazo para su restitución a la persona socia y la retribución que devengará para esta, que en ningún caso podrá ser superior a la máxima prevista para el capital social (cfr. artículo 95.3)²⁶. No obstante, también se prevé que las

²⁶ En parecidos términos se pronuncia el DLTRCCVal (cfr. artículo 62.2). La LSCAnd establece que los retornos cooperativos se podrán hacer efectivos en las formas que reglamentariamente se establezcan, que podrán incluir un Fondo de Retornos de carácter repartible, debiendo la Asamblea General concretar las que se hayan de adoptar en cada ejercicio en función de las necesidades económico-financieras de la cooperativa (cfr. artículo 68.5). Además, al regular la disolución y liquidación de la sociedad cooperativa se prevé respecto a la adjudicación del haber social que se respetará íntegramente el Fondo de Formación y Sostenibilidad, y las personas liquidadoras ajustarán sus actuaciones a un determinado orden dentro del cual, en segundo lugar, y tras saldar la deudas sociales que pudieran existir, se encuentra el deber de reintegrar a las personas socias el importe de los fondos sociales voluntarios, de existir estos y estar dotados, comenzando por el Fondo de Retornos (cfr. artículo 82.1.b).

pérdidas imputadas a cada persona socia se puedan satisfacer a cuenta de dicho fondo de retornos conforme al porcentaje que fije la Asamblea General (cfr. artículo 99.3d).

Pero introduce una serie de particularidades en el ámbito de las cooperativas de enseñanza. Así, tras señalar que los estatutos sociales deberán establecer los módulos de participación en el excedente de las personas socias que hayan aportado el derecho de uso de inmuebles, instalaciones u otros bienes y los de las personas socias que aporten también o exclusivamente, su trabajo, los cuales tendrán la condición de personas socias de trabajo, matiza que los retornos se acreditarán a las personas socias, dentro de los módulos referidos, en proporción a los anticipos societarios y a las rentas que abonará la cooperativa por la cesión del uso de los bienes. Además, se establece que, en todo caso, la imputación de pérdidas garantizará a la persona socia de trabajo una compensación equivalente al salario mínimo interprofesional (cfr. artículo 180.c.3). Estas particularidades también se prevén en el DLTRLCCVal para las cooperativas de enseñanza mixtas (cfr. artículo 96.2.c).

El DLCAAnd dispone que los retornos cooperativos se podrán hacer efectivos en las siguientes formas (cfr. artículo 54):

- a) Mediante su abono a las personas socias, en el plazo de 3 meses desde la aprobación de las cuentas anuales.
- b) Mediante su incorporación al capital social, incrementando las aportaciones obligatorias de las personas socias.
- c) Mediante su incorporación a un Fondo de Retornos, de carácter repartible, que tendrá como finalidad contribuir a la autofinanciación de la sociedad cooperativa, cuyo régimen de disponibilidad se fijará por la Asamblea General en el acuerdo de constitución de dicho fondo. Hasta tanto no se produzca su distribución entre los socios y socias podrá devengar un interés que, en ningún caso, será superior al tipo de interés legal incrementado en 6 puntos, todo ello sin perjuicio de lo dispuesto respecto a la imputación de pérdidas en el artículo 55.1.d).

Dicho esto, se faculta a los estatutos sociales para prever todas o alguna de las modalidades de distribución de retornos, correspondiendo a la Asamblea General la determinación de las que se hayan de adoptar en cada ejercicio, en función de las necesidades económico-financieras de la sociedad cooperativa.

La LCExtr establece que los retornos cooperativos se podrán hacer efectivos en las formas establecidas en los estatutos sociales o, en su defecto, por la Asamblea General, debiendo esta última concretar las que se hayan de adoptar en cada ejercicio en función de las necesidades económico-financieras de la sociedad cooperativa, de conformidad con las siguientes modalidades (cfr. artículo 81.3):

(a) Incorporándolo al capital social con el incremento correspondiente a la parte de cada persona socia.

(b) Constituyendo un fondo, regulado por la Asamblea General, de manera que se limite la disponibilidad del dinero por un período máximo de 5 años, y se garantice su posterior distribución a favor de la persona socia titular, con un interés que no excederá del interés básico del Banco de España incrementado en 3 puntos.

(c) Satisfaciéndolo a las personas socias después de la aprobación del balance del ejercicio, en los plazos que fije la Asamblea General.

(d) Constituyendo un Fondo Especial de Retornos de carácter repartible, cuyo régimen de funcionamiento será fijado por la Asamblea General.

En la línea de lo ya previsto por la LCAst, el DLCAnd y la LCExtr, la LCCMad dispone que la distribución del retorno cooperativo podrá hacerse, según acuerde la Asamblea General de las siguientes formas (cfr. artículo 58.5):

(a) Mediante su pago en efectivo en el plazo de 3 meses desde la aprobación de las cuentas anuales.

(b) Mediante aportaciones voluntarias o, en su caso, obligatorias al capital social.

(c) Con la creación de un fondo de retornos acreditados. El acuerdo que decida su creación deberá determinar su duración, retribución y sistema de restitución a la persona socia.

Además, en el caso de las cooperativas de explotación comunitaria, la LCCMad contempla algunas particularidades, tal y como sucede con la LC, a la que imitan otras normas autonómicas de cooperativas, pero introduciendo una serie de matizaciones, que resultan de interés, por ser la LCCMad una norma de reciente creación. De este modo, se establece que en estas cooperativas los retornos se abonarán a las personas socias según las previsiones estatutarias, pero de forma que se armonicen los derechos de las personas socias

trabajadoras, sin afectar las garantías de sus anticipos societarios, y los de las personas socias cedentes de bienes. Para ello se deben tomar como módulos valorativos los siguientes (cfr. artículo 107.5):

- (a) Para los bienes cedidos, su renta usual en la zona.
- (b) Para el trabajo cooperativo, el salario del convenio vigente en el ámbito respectivo para personal laboral de categoría igual o análoga.

Asimismo, la LCCMad prevé que las cooperativas de transporte podrán establecer en sus estatutos fórmulas para calcular el retorno cooperativo que sean proporcionales a lo obtenido por el servicio que presten las personas socias a la clientela (cfr. artículo 129.3).

2.3 Una visión práctica sobre la retribución del trabajo en las cooperativas con personas socias trabajadoras o socias de trabajo

Como puede deducirse de los dos apartados expuestos *supra*, las distintas normas sobre cooperativas existentes en España constituyen una serie de normas de derecho mínimo que es necesario desarrollar a través de los correspondientes Estatutos sociales y reglamentos de régimen interno de cada sociedad cooperativa.

Por ello, a continuación, se ofrecerá una visión práctica sobre la retribución en las cooperativas con personas socias trabajadoras o socias de trabajo, con el objetivo de «aterrizar» lo contemplado en las normas sobre cooperativas y concretar algunas de las cuestiones que se consideran de interés.

De entrada, es conveniente que en los Estatutos sociales se establezca, como criterio general, que la retribución del trabajo se compondrá de dos conceptos básicos, a saber, el anticipo societario o laboral y el retorno cooperativo.

A partir de dicha estructura, se recomienda que el anticipo societario comprenda siempre una parte fija relacionada directamente con la estructuralidad de cada puesto de trabajo, sin perjuicio de que pueda incluir también otros conceptos, como pueden ser:

- (a) Una parte variable no contingente, relacionada con el rendimiento profesional de cada persona socia en su trabajo.
- (b) Una parte variable contingente en la medida en que ello sea conveniente para un eficaz estímulo en el trabajo. Ahora bien, se considera que esta

debe tener el carácter de asignación determinada en función de la eficacia en el puesto de trabajo y el cumplimiento de objetivos.

Así, la retribución variable contingente puede considerarse como la remuneración variable percibida por la persona socia con carácter esporádico –no necesariamente periódico– en función del cumplimiento de los objetivos asignados a la propia persona socia o su equipo del trabajo o a un núcleo mayor, que podrá abarcar a toda la cooperativa y que tenga en cuenta los criterios operativos que al respecto sean habituales en el mercado.

En todo caso, es importante definir los anticipos societarios como percepciones periódicas abonadas a cuenta de los resultados económicos de la cooperativa, dejando claro que no tienen por tanto naturaleza salarial. En consecuencia, su determinación será en función, en última instancia, de dichos resultados ²⁷.

También es importante dejar claro que no se considerarán anticipos societarios las cantidades pagadas en concepto de indemnizaciones o suplidos por gastos realizados como consecuencia de la actividad laboral, de prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social y las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones de contratos o bajas en la cooperativa.

Por el contrario, las pagas extraordinarias sí deben tener la consideración de anticipo societario. De hecho, es habitual que el abono de las pagas extraordinarias se efectúe en términos de «anticipo de consumo bruto» (descontado del «anticipo societario» el «anticipo de provisión» o aportaciones a la Seguridad Social y, en su caso, a sistemas de previsión social complementaria) correspondientes a la media de la retribución mensual en razón al índice laboral que detente cada persona socia el mismo día de su devengo.

Por ello debe concretarse cómo se abonarán las pagas extraordinarias. Por ejemplo, podrían abonarse con un complemento retributivo de un porcentaje determinado sobre el anticipo societario (por ejemplo, un 10%).

También es habitual que las horas que, excepcionalmente y fuera de la jornada normal de la persona socia, sean realizadas en un período nocturno o festivo, sean acreedoras de un plus equivalente a un porcentaje determinado del anticipo societario (por ejemplo, el 50%). Además, si concurrieran ambas circunstancias se añadiría al mencionado plus, otro (por ejemplo, equivalente al 25% del anticipo bruto), correspondiente a la nocturnidad.

²⁷ Por ello se dice que los anticipos societarios son percepciones a cuenta de los resultados, que son precisos abonar para que las personas socias puedan hacer frente a las necesidades vitales de su familia, sin perjuicio de una regularización final una vez conocidos los resultados (SANZ SANTAOLALLA, FRANCISCO JAVIER: *Aspectos laborales de las cooperativas de trabajo asociado*, Federación de Cooperativas de Trabajo Asociado de Euskadi, Vitoria-Gasteiz, 1996, p. 47).

Otro tanto sucede con las horas trabajadas por las personas socias en la modalidad de turnos, pues estas se suelen abonar con un incremento porcentual (por ejemplo, del 5%) sobre el «anticipo societario» correspondiente a su «índice laboral» en jornada ordinaria.

En la misma línea es habitual que, a efectos de compensación, todo el personal que, por necesidades de la cooperativa, tome las vacaciones en meses distintos a los de julio, agosto o septiembre, perciba un abono (por ejemplo, del 10%) de su anticipo societario, si estas se disfrutan en los meses de junio y octubre y de un porcentaje superior (por ejemplo, del 20%) del citado anticipo si se ve obligado a tomarlas en los restantes meses del año. Igualmente, en el caso de las horas de vacaciones de diciembre, si las hubiera, en caso de ser necesario tomarlas en distinta época el año, se suele generar un suplemento del anticipo.

En materia de vacaciones, debe quedar claro que la retribución recibida durante las mismas tiene la consideración de anticipo laboral societario a todos los efectos y constituye un sumando más de la retribución anual. Así, el abono de las vacaciones se hará en razón al índice laboral de cada persona socia en las fechas de disfrute y por el anticipo total. Las personas socias que ingresaran o cesaran en el transcurso del año, debieran percibir el importe proporcional al tiempo trabajado, computándose a estos efectos el año desde el día 1 de enero hasta el 31 de diciembre.

Es importante determinar que en caso de que la persona socia se vea obligada a trabajar en horas o días de vacaciones por necesidades de la cooperativa, esta procurará que la persona socia tome las vacaciones no disfrutadas correspondientes a dicho año; no obstante, en el caso excepcional de que tuviera que renunciar a ellas por petición de la cooperativa, dichas horas debieran ser abonadas con un plus relevante (por ejemplo, del 100%) del anticipo de consumo bruto, al final del año natural en que se produzca tal circunstancia.

En lo que se refiere a las reducciones de jornada y a los permisos, debieran concretarse sus consecuencias en cuanto al percibo de los anticipos de manera similar lo regulado por el Derecho del trabajo.

Como principio básico de remuneración, solamente deberían ser abonadas las horas trabajadas y aquellas que expresamente tengan carácter de remuneradas según lo previsto en la normativa interna de la propia cooperativa.

Partiendo de todo ello, es necesario concretar cómo se debe calcular el anticipo societario de cada persona socia. A tal efecto es esencial realizar el cálculo sobre la base de referentes como pueden ser el módulo hora, el índice laboral y el número de horas trabajadas, así como los pluses correspondientes, en su caso.

A los efectos de la actualización anual, es conveniente partir de un módulo base, como el que viene aplicando, por ejemplo, Mondragón Corporación Cooperativa.

Como garantía para las personas socias también podría regularse que, si una persona socia no pudiera prestar su trabajo y permaneciera inactiva en las instalaciones, por retraso de la cooperativa en darle trabajo, por causas o impedimentos imputables a la misma y ajenos a la voluntad de la persona socia, esta tendrá derecho a su anticipo, considerando cumplimentada su jornada de trabajo a todos los efectos.

Pero para evitar que se produzca esa situación, es posible también establecer que si durante el proceso de trabajo se produjeran circunstancias que imposibilitaran su normal ejercicio por un tiempo superior a un número determinado de horas (por ejemplo, dos o tres), la dirección podrá asignar a las personas socias otros trabajos o modificar oportunamente horarios y calendarios para recuperar la totalidad del tiempo de trabajo perdido.

Igualmente, es necesario actuar con precaución y, en consecuencia, establecer mecanismos de disciplina retributiva necesarios para adecuar la evolución de la retribución del trabajo a la evolución de la cooperativa y, en concreto, para disciplinar dicha retribución en los ejercicios con pérdidas. Del mismo modo, se deben establecer criterios de extrema prudencia –en especial, de adecuación a la evolución patrimonial y de rentabilidad de la cooperativa– en la determinación de las retribuciones del capital o trabajo percibidas por las personas socias y sobre todo de los intereses a las aportaciones al capital, el incremento anual de los anticipos y el deslizamiento de índices.

Así, por ejemplo, en el supuesto de que proceda el reembolso de las aportaciones, cuando el Consejo Rector acuerde rehusar el reembolso solicitado, mientras se mantenga alguna aportación cuyo reembolso hubiera sido rehusado, es normal que los órganos sociales de la cooperativa no estén facultados para acordar la distribución de retornos. Incluso sería normal reducir el nivel de anticipos.

También debe aclararse que, salvo que la norma sobre cooperativas que resulte de aplicación así lo determine²⁸, los anticipos no tienen por qué ser fi-

²⁸ Así sucede, por ejemplo, en el artículo 132 de la LCCat, cuando, primero, en su apartado 5, establece que en el caso de cooperativas de trabajo asociado con más de veinticinco personas socias trabajadoras que tengan por actividad principal la realización, mediante subcontratación mercantil de obras, suministros o servicios de toda o parte de la propia actividad o de la actividad principal de otra empresa o empresas o grupos empresariales contratistas, o que realicen una actividad económica de mercado para un cliente con una dependencia de un 75% o más de la facturación anual de la cooperativa, los estatutos o el reglamento de régimen interno deben garantizar y recoger obligatoriamente, como mínimo, las siguientes condiciones: a) las condiciones de trabajo, especialmente en cuanto a la jornada laboral y las retribuciones;

jados en atención a los convenios colectivos del sector o de la zona, pues si bien estos pueden servir de referencia para las cooperativas, es posible que, en situaciones críticas, se decida abonar cantidades inferiores, o, por el contrario, en épocas de bonanza, superiores.

En cualquier caso, el pago de los anticipos societarios se debiera realizar por meses vencidos, documentalmente y mediante transferencia a una entidad bancaria, con el fin de que las personas socias puedan hacer frente a los costes que les genere la vida, tal y como sucede con los salarios de las personas asalariadas.

Pero también debiera contemplarse la posibilidad de que se produzcan retrasos en el pago de los anticipos. Se trata de situaciones en que, por dificultades de tesorería debidamente fundadas, no pudieran ser satisfechos a las personas socias, en todo o en parte, los anticipos que hubieran devengado por su trabajo en un período determinado de tiempo. Pues bien, en ese supuesto debiera indicarse que tales retrasos no devienen interés alguno, sin perjuicio de que se declare que las cantidades de las que se trate serán satisfechas tan pronto como la situación de tesorería lo permita. Además, el abono de los anticipos devengados debe ser prioritario a la monetización de los intereses devengados por las aportaciones al capital social.

Respecto al retorno cooperativo, es necesario que se establezca que se acreditará a las personas socias en proporción a la actividad realizada por cada una en la cooperativa, medida por la retribución percibida cada año en concepto de anticipo societario, así como que en ningún caso podrá ser adjudicado sobre la base de su participación en el capital social. A partir de ahí, la Asamblea General debe ser competente para poder prever alguna de las siguientes modalidades de cara a la aplicación efectiva de dicho retorno:

(a) Que se satisfaga inmediatamente después de la aprobación de las cuentas anuales del ejercicio, salvo que la Asamblea estime procedente fijar un plazo distinto para el pago.

(b) Que se incorpore al capital social, incrementando la participación de cada persona socia.

b) la protección social de las personas socias trabajadoras. Y, después, en su apartado 8, establece que las condiciones de trabajo a las que se refiere el apartado 5 deben ser, como mínimo, efectivamente equivalentes a las que reconozcan los convenios colectivos laborales aplicables a las personas trabajadoras por cuenta ajena del sector o centro de trabajo de la empresa principal para la que presten servicios. En cuanto a la protección social, debe ser equivalente a la de las personas trabajadoras incluidas en el régimen general de la Seguridad Social. En ese sentido resulta de gran interés, la STSJ (Cataluña), de 14 diciembre 2023 (rec. 4768/2023).

3. BIBLIOGRAFÍA

- ARRIETA IDIAKEZ, Francisco Javier: «Naturaleza de la relación del socio trabajador y del socio de trabajo en las cooperativas: especial referencia a su régimen de Seguridad Social», en GADEA SOLER, Enrique (coord.), ATXABAL RADA, Alberto (coord.) e IZQUIERDO MUCIÑO, Martha Elba (coord.), *Las cooperativas como alternativa económica: Una visión de México y España*, Dykinson, Madrid, 2014.
- BADIOLA LÓPEZ, Jaione y ARRIETA IDIAKEZ, Francisco Javier: «De las personas socias», en MERINO HERNÁNDEZ, Santiago (dir.), *Glosa a la Ley de Cooperativas de Euskadi. Comentarios al texto articulado de la Ley 11/2019, de 20 de diciembre, de Cooperativas de Euskadi (B. O. P. V. n.º 247, de 30 de diciembre de 2019)*, Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi, Vitoria-Gasteiz, 2021.
- DE NIEVES NIETO, Nuria: *Cooperativas de Trabajo Asociado: Aspectos Jurídico-Laborales*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2005.
- FAJARDO GARCÍA, Gemma: «Naturaleza jurídica de la relación entre la cooperativa de trabajo asociado y el socio trabajador. Consecuencias», en FAJARDO GARCÍA, Gemma (dir.), SENET VIDAL, María José (coord.), *Cooperativas de trabajo asociado y estatuto jurídico de sus socios trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- GAY HERRERO, Sylbia y BENGOTXEA ALKORTA, Aitor: «Aspectos laborales y de Seguridad Social en las cooperativas de trabajo asociado», en MERINO HERNÁNDEZ, Santiago (dir. y coord.), *Manual de Derecho de Sociedades Cooperativas*, Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi e Instituto de Derecho Cooperativo y Economía Social de la UPV/EHE, Vitoria-Gasteiz, 2008.
- GÓMEZ VILLA, Juan Ignacio: «Artículos 57 a 59. Sección 3.ª Ejercicio económico», en *Cooperativas. Comentarios a la Ley 27/1999, de 16 de julio*, vol. 1, Consejo General del Notariado, Madrid, 2001.
- GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, Ignacio y RODRÍGUEZ CARDO, Iván: «Socios de cooperativas», en SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente (dir.) y CARDENAL CARRO, Miguel (dir.), *El contrato de trabajo. volumen III. Relaciones laborales especiales y contratos con particularidades*, Aranzadi - Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.
- LÓPEZ GANDÍA, JUAN: *Las cooperativas de trabajo asociado y la aplicación del Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- *Cooperativas y Seguridad Social*, Bomarzo, Albacete, 2017.
- RODRÍGUEZ SANTOS, ESTEFANÍA: «El régimen retributivo de las personas socias en las sociedades cooperativas de trabajo: una revisión crítica de los modelos normativos», *Temas Laborales*, núm. 144, 2018.
- SANZ SANTAOLALLA, Francisco Javier: *Aspectos laborales de las cooperativas de trabajo asociado*, Federación de Cooperativas de Trabajo Asociado de Euskadi, Vitoria-Gasteiz, 1996.
- VALDÉS DAL RÉ, Fernando y BAYÓN CHACÓN, Gaspar: *Las cooperativas de producción: un estudio sobre el trabajo asociado (Un estudio sobre el trabajo asociado)*, Montecorvo, Madrid, 1975.

CAPÍTULO XXXVI

LA RETRIBUCIÓN DE LOS TRABAJADORES DESPLAZADOS EN EL MARCO DE UNA PRESTACIÓN TRANSNACIONAL DE SERVICIOS: DE LA GARANTÍA DEL SALARIO MÍNIMO A LA MISMA REMUNERACIÓN

JUAN PABLO PARRA GUTIÉRREZ

Doctor en Derecho

Inspector de Trabajo y Seguridad Social

1. OBJETO DEL CAPÍTULO

El desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios, regulado por la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996¹, ha sido uno de los ámbitos más polémicos del Derecho social europeo. La posibilidad de que en un mismo centro de trabajo concurren trabajadores de empresas locales junto con trabajadores de empresas provenientes de otros Estados, unos y otros con regímenes laborales diferentes y desiguales, ha constituido durante décadas un elemento de disputa entre empresarios, trabajadores y autoridades de los países emisores y receptores de desplazados².

¹ DO L 18, de 21.1.1997, pp. 1-6.

² En 1961 cuatro sindicatos alemanes miembros del Consejo Económico y Social Europeo propusieron eliminar las restricciones de seguridad social a los desplazados, de manera que estos trabajadores

Entre las distintas condiciones de trabajo destaca la retribución, en tanto constituye un elemento de productividad que puede resultar definitorio a la hora de que un prestador de servicios fije un precio por ellos. La competencia entre empresas, especialmente en sectores intensivos en mano de obra, puede verse sustancialmente alterada si entran en el mercado operadores con una escala salarial inferior a la empleada por los empresarios locales.

El legislador europeo respondió a esta situación estableciendo un régimen en virtud del que, durante el desplazamiento, se mantiene la legislación aplicable al contrato de trabajo de los desplazados –normalmente la del Estado de origen–, pero se imponen determinadas condiciones de trabajo en los términos fijados por las normas del Estado de destino. Consecuencia de ello, a lo largo de más de veinte años la Directiva 96/71 exigió que los empresarios garantizaran a su personal desplazado el salario mínimo vigente en el lugar de la prestación del servicio.

La incorporación a la Unión Europea de los Estados de Europa central y del este, unida a la cuestionada interpretación que de la norma hizo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, antes de las Comunidades Europeas (TJUE en ambos casos), como en el caso del llamado Cuarteto Laval³, llevó en último término a una reforma realizada por la Directiva (UE) 2018/957 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de junio de 2018, que modifica la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios⁴. En lo que afecta al objeto de esta obra, la Directiva 2018/957 reemplazó el término salario mínimo por remuneración.

Sobre esta base, el presente capítulo pretende facilitar las claves del marco general del desplazamiento de trabajadores y los principales aspectos a tener en cuenta a la hora de determinar la retribución de los desplazados, toda vez que la mencionada sustitución del salario mínimo por la remuneración en vigor en el Estado de destino lleva a realizar ciertos ajustes interpretativos.

Este análisis se realizará desde una perspectiva bidireccional: tanto para la prestación de servicios por empresas españolas en el Espacio Económico

permanecieran vinculados al sistema de Seguridad Social del Estado de origen sin limitación de tiempo. Francia se opuso a la propuesta. COMTE, Emmanuel: «Promising more to give less: international disputes between core and periphery around European posted labor, 1955-2018», *Labor History*, volumen 60, número 6, 2019, p. 751.

³ Las críticas se concentraron en un grupo de sentencias del TJUE conocido como el Cuarteto Laval, de las que tres trataban cuestiones sobre desplazamiento de trabajadores: STJUE de 18 de diciembre de 2007, Laval, C-341/05; STJUE de 3 de abril de 2008, Rüffert, C-346/06 y STJUE de 19 de junio de 2008, Comisión contra Luxemburgo, C-319/06.

⁴ DO L 173, de 9.7.2018, pp. 16-24.

Europeo (EEE) como para la llegada de desplazados a España. A tal fin, las normas analizadas serán principalmente las de ámbito europeo, las ya mencionadas Directivas 96/71 y 2018/957 y, ya en las referencias finales al Derecho español, la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, de desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios.

2. EL DESPLAZAMIENTO DE TRABAJADORES

La exposición de la retribución debida en el desplazamiento de trabajadores exige en primer lugar recordar en qué consiste esta institución y diferenciarla de figuras que se le asemejan, pero se rigen por normas diferentes.

Uno de los fundamentos de la Comunidad Económica Europea y posteriormente de la Unión Europea, es, de acuerdo con el artículo 56 TFUE, la prohibición de «las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Unión para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un Estado miembro que no sea el del destinatario de la prestación». Este principio debe completarse con la interpretación del TJUE, en virtud de la que el «Tratado no sólo exige eliminar toda discriminación en perjuicio del prestador de servicios establecido en otro Estado miembro por razón de su nacionalidad, sino suprimir también cualquier restricción, aunque se aplique indistintamente a los prestadores de servicios nacionales y a los de los demás Estados miembros, cuando pueda prohibir, obstaculizar o hacer menos interesantes las actividades del prestador establecido en otro Estado miembro, en el que presta legalmente servicios análogos»⁵.

Según el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios⁶, uno de los cuatro modos de exportar servicios consiste en la presencia física de personal del prestador en el Estado de quien los va a recibir. Es éste, por ejemplo, el caso de una empresa de construcción española que asume la construcción de la estructura de un polideportivo en Francia, para lo que necesita enviar a parte de su personal a la obra durante cuatro meses. Este desplazamiento de trabajadores da lugar a que en un mismo centro de trabajo coincida personal al

⁵ STJUE de 23 de noviembre de 1999, Arblade, C-369/96 y 376/96, apartado 33.

⁶ Artículo 1.2 del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios de la Organización Mundial del Comercio, aprobado en la Ronda de Uruguay, que entró en vigor el 1 de enero de 1995. Disponible en https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/26-gats_01_s.htm. Última consulta en mayo de 2025.

servicio de empresarios locales y extranjeros, regidos por diferentes normas laborales. En este caso, el TJUE manifestó ya en 1982 que⁷:

«el Derecho comunitario no se opone a que los Estados miembros hagan extensiva la aplicación de sus legislaciones o de los convenios colectivos laborales celebrados por los interlocutores sociales en materia de salarios mínimos a toda persona que realice un trabajo por cuenta ajena, aunque sea de carácter temporal, en su territorio, con independencia de cuál sea el país de establecimiento del empresario, al igual que el Derecho comunitario tampoco prohíbe a los Estados miembros hacer cumplir dichas normas por todos los medios adecuados al efecto».

Esta doctrina fue reiterada en la conocida sentencia *Rush Portuguesa*⁸, que provocó la negociación de la Directiva 96/71. El artículo 1.3 de esta norma extiende su ámbito de aplicación a los movimientos de mano de obra realizados por empresas, consistentes en:

«a) Desplazar a un trabajador por su cuenta y bajo su dirección, en el marco de un contrato celebrado entre la empresa de procedencia y el destinatario de la prestación de servicios que opera en dicho Estado miembro, al territorio de un Estado miembro, siempre que exista una relación laboral entre la empresa de procedencia y el trabajador durante el período de desplazamiento; o

b) desplazar a un trabajador al territorio de un Estado miembro, en un establecimiento o en una empresa que pertenezca al grupo, siempre que exista una relación laboral entre la empresa de origen y el trabajador durante el período de desplazamiento; o

c) en su calidad de empresa de trabajo temporal o en su calidad de agencia de colocación, desplazar un trabajador a una empresa usuaria que esté establecida o ejerza su actividad en el territorio de un Estado miembro, siempre que exista una relación laboral entre la empresa de trabajo temporal o la agencia de colocación y el trabajador durante el período de desplazamiento.»

Nos encontramos, pues, ante operaciones de movilidad transnacional vinculadas a un servicio, bien porque es necesario enviar trabajadores a otro Estado para ejecutar lo comprometido por el empresario, bien porque la movilidad de los trabajadores gestionada por una empresa de trabajo temporal cons-

⁷ STJUE de 3 de diciembre de 1982, *Seco Desquenne*, C-62 y 63/81, apartado 14.

⁸ STJUE de 27 de marzo de 1990, *Rush Portuguesa*, C-113/89.

tituye el servicio en sí⁹. El segundo de los casos contemplados en el artículo 1.3, la movilidad de trabajadores dentro del grupo de empresas, se incluye para evitar elusiones de la norma, ya que, de no preverse expresamente tal situación, los trabajadores desplazados se registrarían por las normas laborales del Estado de origen por aplicación de las reglas de Derecho Internacional Privado y evitarían la aplicación de las reglas del Estado de destino¹⁰.

Por estar vinculado a la prestación de un servicio, el desplazamiento es temporal (art. 2.1 de la Directiva 96/71); el servicio es causa y límite de esta movilidad laboral¹¹. Los desplazados no se van a quedar indefinidamente en el Estado de destino; cuando el servicio termine –aunque el servicio puede ser indeterminado en su duración, incluso indeterminable¹², pero en todo caso finito– volverán al Estado de origen.

Desde una perspectiva jurídica, la temporalidad del desplazamiento implica que la relación laboral constituida en el Estado de origen se va a mantener durante el desplazamiento en el país de prestación de los servicios, en tanto, como dispone el artículo 8.2 del Reglamento Roma I¹³, la realización temporal del trabajo en otro país no altera la legislación aplicable al contrato de trabajo.

El mantenimiento de la legislación de origen se asume en el comienzo del artículo 3.1 de la Directiva 96/71, cuando declara que «Los Estados miembros velarán por que cualquiera que sea la legislación aplicable a la relación laboral, las empresas mencionadas [...]»; es decir, la Directiva 96/71 no entra en cuestiones de ley aplicable al contrato de trabajo, sino que se limita a exigir la aplicación imperativa de determinadas condiciones de trabajo conforme a las normas de destino mientras dure el desplazamiento.

La suma de temporalidad y vinculación a una prestación de servicios comprometida por el empresario diferencia al desplazamiento de otras figuras de movilidad internacional.

⁹ BARNARD, Catherine: *EU Employment law*, Oxford University Press, 4.ª ed., Oxford (Reino Unido), 2012, p. 219.

¹⁰ COMISIÓN EUROPEA: Propuesta de Directiva del Consejo relativa al desplazamiento de trabajadores en el marco de la prestación de servicios, COM(91) 230 – final SYN 346, 1.8.1991, p. 14.

¹¹ CASAS BAAMONDE, María Emilia: «Libre prestación de servicios y desplazamientos de trabajadores temporales en Europa en la era global: objetivos y significación de la ley» en CASAS BAAMONDE, M. E. (dir.) y DEL REY GUANTER, S. (dir.), *Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales*, 1.ª ed., Consejo Económico y Social, Madrid, 2002, p. 6.

¹² QUINTERO LIMA, María Gema: «Desplazamientos de trabajadores fuera del ámbito de la Unión Europea. Aspectos laborales sensibles», en MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, M. A. (coord.), PÉREZ GUERRERO, M. L. (dir.) y QUINTERO LIMA, M. G. (dir.), *La lucha contra la precariedad y las reformas en materia de desplazamientos de los trabajadores*, Laborum, Murcia, 2020, p. 229.

¹³ Reglamento (CE) n.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). DO L 177, de 4.7.2008, pp. 6-16

En primer lugar, queda fuera del desplazamiento la migración clásica, a iniciativa del propio trabajador para buscar un empleo, en tanto en el desplazamiento el trabajador es el objeto de una movilidad dirigida por el empresario¹⁴; tampoco hay desplazamiento en la expatriación, en la que el trabajador se integra en el mercado de trabajo del Estado de destino¹⁵.

En cuanto a los movimientos a corto plazo, no constituyen desplazamiento de trabajadores los viajes a otro Estado para asistir a reuniones de negocios¹⁶, a ferias o para recibir acciones formativas y¹⁷, en términos generales, los movimientos de trabajadores en los que no se presten servicios a un tercero por cuenta de su empresario¹⁸.

En último lugar, las situaciones de teletrabajo no constituyen por sí mismas desplazamiento de trabajadores, ni desde la perspectiva de la seguridad social¹⁹, ni en materia de condiciones de trabajo, si no se da uno de los casos de movilidad contemplados en el artículo 1.3 de la Directiva 96/71.

Debe recordarse que el ámbito territorial de la regulación europea sobre desplazamiento de trabajadores abarca el Espacio Económico Europeo, salvo Suiza, a la que es de aplicación el Acuerdo sobre la libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y, de otra parte, la Confederación Suiza de 4 de abril de 2002²⁰. Las empresas establecidas en un Estado no miembro no podrán tener un trato más favorable que las establecidas en un Estado miembro (art. 1.4 de la Directiva 96/71).

¹⁴ RIBES MORENO, María Isabel: «El concepto de trabajador temporalmente desplazado», en FOTINOPOULOU BASURKO, O. (coord.), *El desplazamiento de trabajadores en el marco de la Unión Europea: presente y futuro*, Atelier, Barcelona, 2017, p. 101.

¹⁵ GÓMEZ ABELLEIRA, Francisco Javier: «La seguridad social de los trabajadores desplazados al extranjero por sus empresas», en CORREA CARRASCO, M. (coord.), *Protección social en las relaciones laborales extraterritoriales*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2008, p. 444.

¹⁶ COMISIÓN EUROPEA: *Guía práctica sobre el desplazamiento de trabajadores*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2019, p. 7.

¹⁷ Las acciones formativas están expresamente excluidas por el artículo 1.3 de la Ley 45/1999 española, exclusión que puede calificarse de declarativa. GÁRATE CASTRO, Javier: *Los desplazamientos de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pos. 793/3668.

¹⁸ GARCÍA COCA, Olga: «El salario de los trabajadores desplazados en la Unión Europea», en GÓMEZ-MILLÁN HERENCIA, M. J. y GARCÍA COCA, O., *El salario en el contexto de la globalización, las nuevas formas de organización empresarial y la economía digital*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2025, p. 162.

¹⁹ GÓMEZ ABELLEIRA, Francisco Javier, 2020: «El lugar de trabajo en el teletrabajo transnacional» en *elforodelabos.es* [en línea], disponible en <https://www.elforodelabos.es/2020/11/el-lugar-de-trabajo-en-el-teletrabajo-transnacional/>. Última consulta en mayo de 2025.

²⁰ DO L 114, de 30.04.2002, p. 6-72.

3. FUNDAMENTO DEL DESPLAZAMIENTO DE TRABAJADORES EN LOS TRATADOS CONSTITUTIVOS. EL PASO DEL SALARIO MÍNIMO A LA MISMA REMUNERACIÓN

3.1 **La retribución del trabajador desplazado como factor de competitividad. La vinculación de la base jurídica de la Directiva 96/71 a la libre prestación de servicios**

Alonso Olea define el salario como el «contenido u objeto de la prestación del empresario en cumplimiento de su obligación básica de remunerar el trabajo y se recibe por el trabajador como remuneración de su trabajo»²¹.

Esta definición es plena cuando se aborda la retribución desde la perspectiva de las relaciones laborales, pero, para comprender la legislación europea sobre desplazamiento y lo que busca el legislador con ella, debe superarse el marco del contrato de trabajo y considerar la retribución del trabajador como un factor de competitividad entre prestadores de servicios locales y foráneos. Esta perspectiva, con más peso que la estrictamente laboral, llevó a que la Directiva 96/71 tuviera por objeto «erradicar prácticas que puedan perjudicar la competencia leal entre empresas nacionales y extranjeras y obstaculizar a la larga la realización de las libertades económicas»²².

En este contexto, la Directiva 96/71 es una norma que podemos calificar de mercado, con una base jurídica fijada en los artículos 57.2 y 66 del Tratado de la CEE, actualmente 53.1 y 62 TFUE. Estos artículos no forman parte del bloque social de los Tratados constitutivos sino de los reguladores de las actividades no asalariadas y la libre prestación de servicios, en tanto el enfoque original de la regulación de las condiciones de trabajo de los desplazados no se basa en principios de política social europea, sino en reglas de mercado interior.

La base jurídica de una norma de Derecho derivado, el artículo de los Tratados a que se refiere en su primera línea con el «Visto», es el fundamento constitucional que condiciona el procedimiento legislativo al que se somete y que igualmente define el medioambiente en el que se va a desenvolver su interpretación. Como se ha señalado, la Directiva sobre desplazamiento de trabajadores tiene una base jurídica (*legal basis* en inglés) arraigada en la libre prestación de servicios y no en los principios laborales, marco que hace que la

²¹ ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia: *Derecho del Trabajo*, 15.ª ed., Civitas, Madrid, 1997, pp. 311-312.

²² COMISIÓN EUROPEA: «Propuesta de directiva...», p. 13.

retribución del desplazado se viera durante décadas más como un coste a comparar entre empresas locales y foráneas que como un derecho del trabajador.

Por esta razón y de acuerdo con la documentación preparatoria de la norma²³, los cuatro objetivos de la Directiva, en este orden, son: suprimir los obstáculos y eliminar las incertidumbres, coordinar las legislaciones nacionales respecto a las normas imperativas a exigir a los prestadores de servicios que envíen trabajadores, erradicar las prácticas perjudiciales de la competencia y, en último lugar, proteger a los trabajadores afectados de las prácticas derivadas de la subcontratación internacional.

Confirma el carácter de la retribución más como coste que como pago de un trabajo la discusión mantenida en la negociación de la Directiva 2018/957 entre varias delegaciones y la Comisión Europea, sobre la posibilidad de tener en cuenta como elemento perjudicial para los empresarios que desplazan trabajadores el hecho de tener que asumir costes que los empresarios locales no tienen, como el alojamiento o los viajes desde el Estado de origen. Pues bien, la Comisión contestó que la propuesta de reforma de la Directiva 96/71 que se estaba negociando sólo contemplaba los costes salariales (*wage costs*) y no los costes laborales (*labor costs*). Este ejercicio de sinceridad no hace sino confirmar la preeminencia del enfoque económico de la retribución²⁴.

Así, la norma europea que regula las condiciones de trabajo de los trabajadores desplazados vio las condiciones de trabajo aplicables a éstos sobre todo como un hándicap colocado a las empresas que exportan sus servicios, para que no alteraran significativamente los mercados en los que vayan a operar²⁵. Este propósito tiene especial sentido si se tiene en cuenta que los sectores en los que más desplazamientos se producen son sectores intensivos en mano de obra, en los que una alteración del coste laboral puede sacar a una empresa del mercado²⁶.

Cuando el artículo 3.1 de la Directiva encarga a los Estados velar por que los empresarios garanticen a sus desplazados, entre otras condiciones, la remuneración vigente en el Estado de destino, más que en el cobro de una retribución, está poniendo el énfasis en que el empresario tenga un determinado coste. La norma

²³ *Ibidem*, «Propuesta de directiva...», pp. 12-13.

²⁴ CONSEJO: Documento de trabajo 7399/16, de 5.4.16.

²⁵ El considerando 5 de la Directiva 96/71 manifiesta que el fomento de la prestación transnacional de servicios requiere un clima de competencia leal y medidas que garanticen el respeto de los derechos de los trabajadores.

²⁶ Los sectores de la construcción, el transporte por carretera, la agricultura o los cuidados personales son sectores en los que especialmente se producen desplazamientos de trabajadores. DE WISPELAERE, Frederic, *et al.*: *Posted workers in the European Union. Facts and figures*, Leuven: POSTING. STAT Project VS/2020/0499, 2022, p. 43.

no reconoce directamente al trabajador un derecho subjetivo a la retribución de destino, sino que obliga al Estado a vigilar que el empresario asume ese coste.

3.2 El paso del salario mínimo a la misma remuneración como respuesta a las debilidades de la Directiva 96/71

De acuerdo con lo expresado, cabe afirmar que la retribución de los trabajadores desplazados es el apartado más sensible de una de las normas más sensibles sobre condiciones de trabajo en la Unión Europea.

No resulta sorprendente que, mucho antes de la elaboración de la Directiva 96/71, ya existiera tensión entre los Estados que enviaban trabajadores desplazados y aquellos que los recibían, debido a los efectos que una entrada masiva de mano de obra podía provocar en sus mercados laborales²⁷. La incorporación de España y Portugal a la Comunidad Económica Europea no hizo sino agravar la situación, ya que las empresas ibéricas podían trasladar trabajadores al centro de Europa a un costo relativamente bajo y dar lugar a conflictos como el que originó la sentencia *Rush Portuguesa*²⁸, que supuso el encendido de la mecha para la negociación de la Directiva 96/71.

La redacción contenida en el artículo 3.1 c) del texto de 1996 sobre el salario mínimo de los desplazados, vigente durante más de veinte años, fue la siguiente:

«Los Estados miembros velarán por que, cualquiera que sea la legislación aplicable a la relación laboral, las empresas mencionadas en el apartado 1 del artículo 1 garanticen a los trabajadores desplazados en su territorio las condiciones de trabajo y empleo relativas a las materias siguientes que, en el Estado miembro donde se efectúe el trabajo, estén establecidas:

- Por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, y/o
- por convenios colectivos o laudos arbitrales declarados de aplicación general con arreglo al apartado 8 en la medida en que se refieran a las actividades contempladas en el Anexo: [...]

²⁷ A finales de 1960 la cuestión de salario de los desplazados fue discutida por la Asamblea Parlamentaria de la Comunidad Económica Europea. COMTE, Emmanuel: «Promising more to give less...», p. 751. En 1972 la Comisión Europea publicó una propuesta de reglamento sobre las disposiciones aplicables a los conflictos de leyes en materia de relaciones laborales en el interior de la Comunidad, que contemplaba el desplazamiento de trabajadores. DO C 49, de 18.5.1972, pp. 26-28.

²⁸ El hecho que dio lugar al asunto *Rush Portuguesa* fue la imposición por las autoridades francesas de varias sanciones a una empresa portuguesa, por considerar que sus trabajadores desplazados necesitaban de un permiso de trabajo para prestar sus servicios en Francia.

c) las cuantías de salario mínimo, incluidas las incrementadas por las horas extraordinarias; la presente letra no se aplicará a los regímenes complementarios de jubilación profesional;»

Esta redacción fue útil mientras los márgenes máximos y mínimos de los salarios de la Unión Europea fueron asumibles, pero la «ósmosis explosiva» provocada por el ingreso en los años 2004 y 2007 de diez Estados de Europa central y del este²⁹, puso de manifiesto las insuficiencias de esta norma.

El desembarco en Europa occidental de una mano de obra austera y bien formada, con el lícito propósito de ganar la mayor cantidad de dinero posible, unida a que el desplazamiento de trabajadores, amparado en la libre prestación de servicios, permitía eludir las restricciones impuestas a la movilidad de los trabajadores Estados de Europa central y del este, convirtieron a esta figura en el vehículo ideal para emigrar sin emigrar a los territorios más prósperos de la Unión. Dado que esta categoría especial de emigrantes se desenvolvía al amparo de la libre prestación de servicios, éstos no se integraban en el mercado laboral del Estado de destino y, en consecuencia, no tenían derecho a las condiciones laborales de los trabajadores locales. La situación creaba una presión a la baja en salarios y, en consecuencia, en los precios de los servicios, con el consiguiente riesgo de competencia desleal³⁰.

Este flujo de mano de obra era canalizado por empresas que, conocedoras de las debilidades de los sistemas de relaciones laborales de los Estados receptores, llevaban al límite el desplazamiento de trabajadores. Estos operadores intentaban aprovechar las insuficiencias de algunos Estados, como el carácter privado de los convenios colectivos³¹, que hacían aplicables únicamente la ley o los reglamentos y no las normas paccionadas³², o directamente la inexistencia de salario mínimo³³.

La oleada de desplazamientos no fue contestada por el Tribunal de Justicia como algunos operadores jurídicos esperaban. El resultado favorable al prestador de servicios de sentencias como las del Cuarteto Laval tiene su ex-

²⁹ OJEDA AVILÉS, Antonio: «Una Autoridad Laboral medio europea. El Reglamento 2019/1149, de 20 de junio, sobre Autoridad Laboral Europea», *Trabajo y Derecho*, número 62, 2020, pp. 3/13.

³⁰ GARCÍA COCA, Olga: «El salario de los trabajadores...», p. 170.

³¹ Caso de Gran Bretaña, Italia y los países nórdicos. BODIROGA-VUKOBRAT, Nara y NORAK, Hana: «A more liberal and economic, and a less social, approach: the impact of recent ECJ rulings», *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, volumen 4, 2009, p. 57.

³² COMISIÓN EUROPEA: *Report from the Commission services on the implementation of Directive 96/71/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 1996 concerning the posting of workers in the framework of the provision of services*, 2003, p. 7.

³³ En Dinamarca y Suecia no existía un salario mínimo con carácter general. COMISIÓN EUROPEA: *Report from the Commission services...*, p. 11.

plicación en que el Tribunal era prisionero del literal y del espíritu de libre prestación de servicios que inspiraba la Directiva 96/71, de manera que la interpretación de la norma olvidaba en gran medida tanto a los trabajadores como a los mercados laborales de destino.

La actitud de esta clase de empresas, unida al alarmismo creado respecto a la mano de obra de los países de nuevo ingreso³⁴, así como la, para amplios sectores, inadecuada respuesta del Tribunal de Justicia, terminó por hacer que los ministros de varios Estados receptores de mano de obra remitieran una carta a la Comisaria de Empleo Thyssen en la que manifestaban su firme creencia en el principio «igual remuneración para igual trabajo en el mismo lugar». Los países emisores de desplazados replicaron a esta carta³⁵, pero el mensaje había hecho mella y fue adoptado por el Presidente de la Comisión Europea, que en el discurso del Estado de la Unión de 2017 afirmó que «En una Unión de iguales, no puede haber trabajadores de segunda clase. Los trabajadores deben percibir la misma retribución por el mismo trabajo en el mismo lugar»³⁶.

La propuesta de directiva de revisión de la Directiva 96/71, así como el texto finalmente publicado en el Diario Oficial sustituyó la referencia a las cuantías de salario mínimo por remuneración.

El salario mínimo fue sustituido por la remuneración, posiblemente más por una motivación política que como resultado de un análisis profundo de los problemas existentes en el desplazamiento³⁷, pues algunos de ellos eran de los Estados receptores y no de ámbito comunitario³⁸.

³⁴ En esta época se crea el llamado *fontanero polaco* como expresión del riesgo de precarización y pérdida de empleos de trabajadores de los Estados occidentales de la Unión Europea. VAN PELPE, Taco: «Collective Labour Law after Viking, Laval, Rüffert, and Commission v. Luxembourg», *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, volumen 25, número 2, 2008, p. 83.

³⁵ Ambas cartas son mencionadas en el apartado 46 de las Conclusiones del Abogado General, Sr. Campos Sánchez-Bordona presentadas el 28 de mayo de 2020, en el asunto C-620/18 Hungría contra Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea.

³⁶ JUNCKER, Jean Claude (2017): «Discurso sobre el estado de la Unión 2017», *ec.europa.eu* [en línea], disponible en http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-17-3165_es.htm. Última consulta, mayo de 2025.

³⁷ La Directiva 2018/957 se empezó a negociar sin esperar a que finalizara el período de la transposición de la Directiva 2014/67/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, y por la que se modifica el Reglamento (UE) n° 1024/2012 relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior («Reglamento IMI»). Esta Directiva había sido aprobada para controlar los abusos en los desplazamientos de trabajadores y preveía una evaluación sobre sus resultados en el año 2019.

³⁸ Dinamarca, Alemania, Luxemburgo y Suecia realizaron modificaciones en su legislación a raíz de los problemas aflorados y la jurisprudencia comunitaria en la materia. COMISIÓN EUROPEA: Propuesta de Reglamento del Consejo sobre el ejercicio del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo en el contexto de la libertad de establecimiento y la libre de prestación de servicios, COM(2012) 130 final, 21.3.2012, p. 6.

Sentado el fundamento del desplazamiento de trabajadores, en los siguientes apartados se abordarán las líneas para determinar la retribución que les corresponde. Como si se tratara de un juego de mesa, en primer lugar, se expondrá el tablero, esto es, la comparación entre condiciones de trabajo de origen y de destino, en tanto una de las dos será la definitivamente aplicable, para, en segundo lugar, exponer cómo se forman las fichas de este juego, es decir, la remuneración de los trabajadores desplazados.

4. LA COMPARACIÓN DE LAS RETRIBUCIONES

Tras la reforma realizada por la Directiva 2018/957, el artículo 3.1 de la Directiva 96/71 dispone que «Los Estados miembros velarán por que cualquiera que sea la legislación aplicable a la relación laboral, las empresas mencionadas en el artículo 1, apartado 1, garanticen a los trabajadores desplazados en su territorio, sobre la base de la igualdad de trato, las condiciones de trabajo que en el Estado miembro donde se efectúe el trabajo estén establecidas, relativas a las materias siguientes:

- Por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, o
- por convenios colectivos o laudos arbitrales declarados de aplicación universal o de cualquier otro modo de aplicación, de conformidad con el apartado 8: [...]

c) la remuneración, incluido el incremento por horas extraordinarias; la presente letra no se aplicará a los regímenes complementarios de jubilación»;

Este mandato, que parece que busca más un resultado (que el Estado vele por que el empresario garantice una condición de trabajo) que sentar un derecho del trabajador, exige el desarrollo de serie de operaciones analizadas en el presente epígrafe.

4.1 La comparación de remuneraciones

Si se destilan los fundamentos, principios y obligaciones contenidos en la Directiva 96/71, la esencia de esta regulación se puede reducir a una tarea principal: comparar la condición de trabajo disfrutada en origen y la condición de trabajo en destino; comparar la remuneración en origen y comparar la remuneración en destino, para determinar cuál de las dos debe aplicarse.

La Directiva 96/71 no contiene una obligación expresa de comparar, sino sólo de que se vele por la garantía de la condición de trabajo. Probablemente, como resultado de los más de veinte años de experiencia adquirida, la Directiva 2018/957 sí declara en su considerando 18 que «Para comparar la remuneración abonada a un trabajador desplazado con la remuneración adeudada de conformidad con la legislación o las prácticas nacionales del Estado miembro de acogida, se debe tener en cuenta el importe bruto de la remuneración. Deben compararse los importes totales brutos de la remuneración, más que los elementos individuales constitutivos de la remuneración que se hayan convertido en obligatorios según lo dispuesto en la presente Directiva». Es decir, la Directiva 2018/957 da por hecho que las remuneraciones deben compararse y explicita que la comparación se realizará utilizando los importes brutos, criterio ya señalado por el Tribunal de Justicia en la sentencia *Comisión contra Alemania* (2005)³⁹.

La misma sentencia *Comisión contra Alemania* (2005) analiza la comparación de salarios mínimos. La Comisión Europea demandó a Alemania porque este país elaboró un vademécum para el control de las condiciones de los desplazados de la construcción que, a efectos de salario mínimo, sólo tenía en cuenta algunos conceptos. En consecuencia, las autoridades alemanas, cuando comparaban las retribuciones, ignoraban varios complementos abonados conforme a la legislación de origen⁴⁰. Esta omisión suponía una desventaja para los prestadores de servicios extranjeros puesto que, al no tenerse en cuenta ciertos importes que ya pagaban conforme a las normas de su país, tenían que añadir otros conceptos retributivos para poder llegar al salario mínimo germano.

Lamentablemente, el análisis que elabora el Tribunal es sólo parcial, por cuanto no entró al fondo de todas las cuestiones⁴¹, pero de las alegaciones presentadas por la Comisión se puede extraer la muy lógica idea de que la comparación del salario mínimo –ahora remuneración– que deben hacer los Estados de destino no puede omitir importes pagados conforme a las normas

³⁹ STJUE de 14 de abril de 2005, *Comisión contra Alemania* (2005), C-341/02, apartado 29.

⁴⁰ *Ibidem*, apartados 17 y 18.

⁴¹ Sentencia *Comisión contra Alemania* (2005), apartado 29. El Tribunal no entra en el fondo, pero toma nota del consenso de las partes en cuanto a que en la comparación no deben tenerse en cuenta como «conceptos que forman parte del salario mínimo, el salario por las horas extraordinarias, las cotizaciones a los regímenes complementarios de jubilación profesional, las cantidades abonadas en concepto de reembolso de los gastos efectivamente realizados a causa del desplazamiento y, finalmente, las cantidades a tanto alzado calculadas sobre la base de un criterio distinto del horario». Reprocha el Tribunal (apartado 36) a la Comisión una deficiente exposición de sus pretensiones sobre el fondo de vacaciones, que impide entrar al fondo del asunto.

de origen, de manera que no se puede forzar al prestador de servicios a incrementar sus costes salariales para poder llegar al salario mínimo en destino ⁴².

La Comisión Europea expuso en este procedimiento, con toda lógica, que «Si bien es cierto que el Estado miembro a cuyo territorio se haya desplazado el trabajador está autorizado para determinar la cuantía del salario mínimo, en virtud de la Directiva 96/71, no es menos cierto que el referido Estado no puede imponer su propia estructura retributiva, al comparar la citada cuantía y la retribución abonada por los empresarios establecidos en otros Estados miembros» ⁴³.

Es también interesante de la sentencia Comisión contra Alemania (2005) la negativa del Tribunal a admitir como salario mínimo a efectos de comparación aquellos complementos de calidad o de peligrosidad que modifican la relación entre la prestación del trabajador y la contrapartida que recibe ⁴⁴, los cuales pueden compensar al trabajador por un desempeño especial, pero que rompen el equilibrio entre un trabajo normal y la remuneración de ese trabajo, planteamiento que será recogido en la sentencia Isbir ⁴⁵. Como se concluirá al tratar la interpretación del artículo 3.1 c) tras la modificación operada por la Directiva 2018/957, los cambios tanto de redacción como de enfoque que esta norma ha provocado hacen prudente que el TJUE validara la aplicabilidad de la jurisprudencia dictada sobre la antigua comparación de salarios mínimos a la actual comparación de remuneraciones.

La sentencia Rapidsped trata de manera muy ilustrativa la comparación ⁴⁶. El origen de esta decisión del Tribunal de Justicia es una reclamación salarial planteada por conductores profesionales a su empresa húngara, quienes realizaban transportes por carretera en Francia. Según los cálculos de la empresa, la remuneración de estos trabajadores era superior al salario mínimo francés –tégase en cuenta que los hechos aún se rigen por la redacción original de la norma– si, además del salario base, se tenían en cuenta las dietas por desplazamiento y un complemento de ahorro de combustible. Por el contrario, los trabajadores sólo tenían en cuenta el salario base que les abonaba la empresa, 545 euros al mes, que, haciendo los oportunos cálculos, daba un resultado de unos seis euros por debajo del salario mínimo por hora vigente en Francia.

Esta resolución del TJUE, que no es la más conocida sobre desplazamiento de trabajadores, es de las más útiles y didácticas sobre la materia. El

⁴² *Ibidem*, apartado 18.

⁴³ *Ibidem*, apartado 18.

⁴⁴ *Ibidem*, apartado 38 y 39.

⁴⁵ STJUE de 7 de noviembre de 2013, Isbir, C-522/12.

⁴⁶ STJUE de 8 de julio de 2021, Rapidsped, C-428/19.

Tribunal húngaro de remisión tiene ante sí la comparación de retribuciones y, en el sentido del considerando 18 de la Directiva 2018/957, pregunta al Tribunal de Luxemburgo si los elementos individuales constitutivos de la retribución alegados por la empresa, esto es, las dietas por desplazamiento y el complemento de ahorro de combustible, se tienen que poner en la balanza o no.

El TJUE consideró en este asunto que tanto la dieta como el complemento de ahorro de combustible podían ser considerados salario⁴⁷. La frontera entre la dieta y el salario será analizada más adelante.

4.2 El resultado de la comparación

La comparación puede dar lugar a dos resultados: que la remuneración de origen sea menor que la de destino o, al revés, que la remuneración de destino sea menor que la de origen.

Si la remuneración en origen es inferior a la que se debe abonar en destino, se abonará la de destino, de acuerdo con el artículo 3.1 c) de la Directiva 96/71.

Por el contrario, si los trabajadores perciben una remuneración superior conforme a las normas del Estado de origen, en comparación con la que les correspondería según la normativa del Estado de destino, resultará aplicable el primer párrafo del artículo 3.7. Este establece que lo dispuesto en los apartados 1 a 6 –es decir, las reglas sobre la fijación de las condiciones de trabajo de destino– no impedirá la aplicación de condiciones más favorables para los trabajadores. En consecuencia, se mantendrá la remuneración del Estado de origen, al ser más beneficiosa que la calculada conforme a las normas del Estado de destino.

En este sentido, en la conocida sentencia *Laval*, el Tribunal señala que el nivel de protección de los trabajadores desplazados se limita a los términos fijados por la Directiva –las condiciones del Estado de destino conforme a su legislación y convenios colectivos– «salvo que dichos trabajadores ya disfrutaran, aplicables en virtud de la legislación o de convenios colectivos en el Estado miembro de origen, de condiciones de trabajo y empleo más favorables en relación con las materias previstas en dicha disposición»⁴⁸. Trasladado a la remuneración, se podrá exigir que se abone una remuneración superior a la fijada por las normas del Estado de destino si dichos trabajadores la disfruta-

⁴⁷ Sentencia *Rapidsped*, fallo. En lo referente al complemento de ahorro de combustible, es vácido si con su aplicación no compromete la seguridad en la conducción.

⁴⁸ Sentencia *Laval*, apartado 81.

ban en el Estado de origen o, en su caso, si así se acuerda entre empresario y trabajadores.

Este mandato debe interpretarse en el sentido de que la Directiva no impide la aplicación de normas más favorables a las del Estado de destino, en virtud del derecho objetivamente aplicable conforme a las reglas de Derecho Internacional Privado⁴⁹. En términos del artículo 3.1 de la Directiva 96/71, si la legislación aplicable a la relación laboral, cualquiera que sea, contempla condiciones de trabajo más favorables, esta legislación se aplicará con preferencia a las normas de destino.

5. LA REMUNERACIÓN DE LOS DESPLAZADOS

Expuesta la comparación que debe hacerse entre las retribuciones de origen y de destino y de los efectos de su resultado, procede atender a la propia retribución.

5.1 Normas sobre la remuneración

La empresa que desplaza trabajadores conoce perfectamente la norma reguladora de los salarios de su jurisdicción habitual, pero la determinación de la norma aplicable en el Estado de destino puede que no sea un proceso sencillo, en tanto el artículo 3.1 de la Directiva 96/71 actual fija varias fuentes de la relación laboral:

«— Las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, o
— los convenios colectivos o laudos arbitrales declarados de aplicación universal o de cualquier otro modo de aplicación, de conformidad con el apartado 8.»

En lo que se refiere a las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, ha de tenerse en cuenta que la fijación de las condiciones de trabajo a desplazados no tiene por qué limitarse a normas laborales o del orden social, pues nada impide que las retribuciones vengan fijadas por leyes o reglamentos propios de otras ramas del Derecho.

⁴⁹ PIIR, Ragne: «Safeguarding the posted worker. A private international law perspective», *European Labour Law Journal*, volumen 10(2), 2019, p. 113.

Así, en el asunto Regioplast (2015) el Tribunal de Justicia validó la fijación de un salario mínimo en la ley de contratos públicos de un *land* alemán. La ley de contratos públicos de Renania-Palatinado establecía en su artículo 3 que, en caso de que no existiera un salario fijado a través de un convenio colectivo, «sólo podrán adjudicarse contratos públicos a las empresas que al presentar su oferta se comprometan por escrito a pagar a sus trabajadores, por la ejecución de la prestación, un salario (bruto) de al menos 8,50 euros por hora»⁵⁰, disposición que no fue en absoluto puesta en duda por el TJUE. De esta manera, la referencia a las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas debe interpretarse en un sentido amplio y no limitada al Derecho del Trabajo.

El siguiente estrato de la regulación de las condiciones de trabajo lo forman los convenios colectivos *erga omnes*⁵¹, del sector que corresponda. La empresa que desplace trabajadores a otro Estado, además de realizar las comprobaciones oportunas sobre leyes que fijen condiciones de trabajo, y muy especialmente que fijen la retribución, deberá en segundo lugar determinar si existen (art. 3.1) «convenios colectivos o laudos arbitrales declarados de aplicación general». El apartado 8 del mismo artículo 3 especifica que estos convenios son aquellos que «deban respetar todas las empresas pertenecientes al sector o profesión de que se trate correspondientes al ámbito de aplicación territorial de éstos».

A las fuentes señaladas deben añadirse los convenios colectivos «*de facto*»⁵², esto es, aquel nivel negocial que carece de eficacia *erga omnes*, y que, de acuerdo con el artículo 3.8 de la Directiva, se compone de:

- «— Los convenios colectivos o laudos arbitrales que sean de aplicación universal en todas las empresas similares pertenecientes a la profesión o al sector de que se trate y correspondientes al ámbito de aplicación territorial de estos, o
- los convenios colectivos celebrados por las organizaciones de los interlocutores sociales más representativas a escala nacional y que sean ampliamente aplicados en el conjunto del territorio nacional,

siempre que su aplicación a las empresas mencionadas en el artículo 1, apartado 1, garantice la igualdad de trato por lo que respecta a las materias enumeradas en el párrafo primero del apartado 1 del presente artículo y, cuan-

⁵⁰ STJUE de 17 de noviembre de 2015, Regioplast, C-115/14, apartado 13.

⁵¹ Esta expresión fue utilizada en los primeros pasos de la negociación de la Directiva 96/71, pero fue perdiendo fuerza hasta desaparecer. CONSEJO: Documentos de trabajo 4165/92, de 21.1.1992, p. 13 y 7344/92, de 10.7.1992, p. 10.

⁵² CONTRERAS HERNÁNDEZ, Óscar: «Desplazamiento de trabajadores y la revisión del marco legal europeo: ¿el principio del fin del dumping social y la competencia desleal?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, número 69, 2021, p. 638.

do proceda, con respecto a las condiciones de trabajo que se deben garantizar a los trabajadores desplazados de conformidad con el apartado 1 bis del presente artículo, entre dichas empresas y las demás empresas mencionadas en el presente párrafo que se hallen en una situación similar⁵³.»

Hasta la reforma del año 2018 el artículo 3.8 de la Directiva 96/71 daba entrada a este tercer nivel normativo «A falta de un sistema de declaración de aplicación general de convenios colectivos o laudos arbitrales»; esto es, si no existía un nivel negocial de eficacia general, debía verificarse la existencia o no de un convenio *de facto* que, entre otras cuestiones, pudiera fijar un salario mínimo para las personas desplazadas.

Las carencias de los convenios de eficacia limitada fueron puestas en evidencia en la sentencia Laval⁵⁴, en la que se privaba de validez a efectos de desplazamiento al sistema sueco de negociación salarial centro por centro, así como en el asunto Rüffert⁵⁵, en el que no era posible aplicar un convenio colectivo de eficacia limitada porque en Alemania existía un sistema de declaración general de aplicación de los convenios colectivos, pero ese convenio colectivo concreto no había sido declarado de aplicación general. La existencia de un sistema de declaración de eficacia general excluía la posibilidad de aplicar además un convenio de efectos limitados.

Como efecto a las numerosas críticas vertidas a estas sentencias⁵⁶, la aplicación de este tercer nivel normativo fue reforzada por la Directiva 2018/957, de forma que los convenios colectivos *de facto* pueden ser aplicables incluso cuando exista un nivel negocial de convenios *erga omnes*.

En concreto, si el párrafo segundo del artículo 3.8 antes declaraba que «A falta de un sistema de declaración de aplicación general de convenios colectivos», desde el año 2018 el artículo añade «A falta, o además de, un sistema de declaración universal del convenios colectivos o laudos arbitrales en el sentido de lo dispuesto del párrafo primero, los Estados podrán basarse, si así lo deciden» en convenios colectivos de eficacia limitada, en los términos señalados por la Directiva.

Si antes de la reforma de 2018, la Comisión Europea consideraba necesario que las categorías de convenios que se fueran a aplicar a desplazados que-

⁵³ La igualdad de trato se define en los párrafos siguientes del artículo 3.8 de la Directiva 96/71.

⁵⁴ Sentencia Laval, apartado 7.

⁵⁵ Sentencia Rüffert, apartado 28-30.

⁵⁶ Respecto al muy criticado «Cuarteto Laval» de sentencias, BARNARD recuerda que «*It started as a folder, then a file, then a box*». BARNARD, Catherine: «The calm after the storm: Time to reflect on EU (labour) law scholarship following the decisions in Viking and Laval», *Legal Studies Paper series University of Cambridge Faculty of Law Legal Studies*, 55/2015, 2015, pp. 1/25.

daran explícitamente consignadas en las normas de transposición de la Directiva 96/71⁵⁷, la incertidumbre que crea la inclusión de la expresión además de en el artículo 3.8 no hace sino reclamar con más razón que la legislación nacional deje muy claro qué normas rigen y en qué condiciones.

De acuerdo con lo expuesto, el primer paso a dar en el caso de que una empresa española pretenda desplazar trabajadores a un Estado del EEE es analizar exhaustivamente las normas legales y reglamentarias –laborales o no laborales– y los convenios colectivos, sean éstos de eficacia general o no y determinar sin margen para la duda cuáles de ellos se aplican.

La Directiva 2018/957, con el ánimo de facilitar esta operación a los prestadores de servicios, exigió a los Estados fijar una web nacional con información sobre las condiciones de trabajo conforme a la legislación, páginas compiladas en la web de la Comisión Europea sobre desplazamiento⁵⁸.

5.2 Concepto de remuneración

Una vez identificada la norma o normas que regulan las condiciones de trabajo y, concretamente, las dedicadas a la remuneración debida en el Estado de destino, será necesario aplicar tales reglas para poder hacer la comparación entre la retribución a la que se tiene derecho conforme a las normas de origen y de destino.

El artículo 3.1 c) de la vigente Directiva 96/71 ordena garantizar al trabajador desplazado la remuneración, incluido el incremento por horas extraordinarias, mandato del que quedan excluidos los regímenes complementarios de jubilación.

Dada la importancia de la remuneración entre las condiciones de trabajo aplicables a los desplazados, el artículo 3.1 de la Directiva 96/71 la define, a la vez que reitera la vigencia de las normas legales, reglamentarias y paccionadas del Estado de destino:

«A los efectos de la presente Directiva, el concepto de remuneración vendrá determinado por la legislación o las prácticas nacionales del Estado miem-

⁵⁷ COMSIÓN EUROPEA: Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones. *La aplicación de la Directiva 96/71/CE en los Estados miembros*, COM(2003) 458 final, 25.7.2003, p. 13.

⁵⁸ La Comisión Europea compila una gran cantidad de información útil sobre desplazamiento de trabajadores en https://employment-social-affairs.ec.europa.eu/policies-and-activities/moving-working-europe/working-another-eu-country/posted-workers_en, así como enlaces a las webs nacionales en https://europa.eu/youreurope/citizens/work/work-abroad/posted-workers/index_en.htm#national-websites. Última consulta en mayo de 2025.

bro en cuyo territorio esté desplazado el trabajador y comprenderá todos los elementos constitutivos de la remuneración obligatorios en virtud de las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas nacionales o de los convenios colectivos o los laudos arbitrales que, en dicho Estado miembro, hayan sido declarados de aplicación universal o de cualquier otro modo de aplicación, de conformidad con el apartado 8.»

El empleo de la legislación de destino para definir la remuneración no puede suponer una obstaculización de la libre prestación de servicios⁵⁹. Asimismo, estas normas, para ser oponibles al empresario que desplaza trabajadores, deberán ser vinculantes, accesibles y claras⁶⁰. La accesibilidad se manifiesta en la posibilidad de que estas normas se conozcan con relativa facilidad, para lo que el cuarto párrafo del artículo 3.1 ordena a los Estados desarrollar un sitio web nacional en el que expresamente se recojan los elementos constitutivos de la remuneración, a los que se ha hecho referencia anteriormente.

5.2.1 GRUPOS PROFESIONALES

Como si de trabajadores locales se tratara, será necesario encuadrar a los desplazados en el sistema de clasificación profesional recogido por la norma del Estado de destino.

El lema del Presidente Juncker de mismo salario por el mismo trabajo exige que se establezca una equivalencia de grupos profesionales de origen y de destino para poder encuadrar debidamente a los desplazados en la tabla salarial del lugar donde temporalmente prestan sus servicios. En este sentido, la sentencia Sähköalojen ammattiliitto ry declaró la aplicabilidad de las reglas de clasificación profesional del Estado de destino a los desplazados teniendo en cuenta su calificación, formación, experiencia y trabajo realizado, salvo que, por aplicación del ya citado artículo 3.7 de la Directiva 96/71, el sistema de origen fuera más beneficioso para el trabajador⁶¹. En todo caso, el sistema de destino debe ser vinculante y transparente, esto es, contenido en normas accesibles y claras⁶².

La elaboración de un mínimo común entre las categorías o grupos profesionales de origen y de destino supone un ejercicio complejo, en tanto las tareas y responsabilidades previstas para unas y otras probablemente no coinci-

⁵⁹ STJUE de 12 de febrero de 2015, Sähköalojen ammattiliitto ry, C- 396/13, apartado 34.

⁶⁰ *Ibidem*, apartado 40.

⁶¹ Sentencia Sähköalojen ammattiliitto ry, apartado 43.

⁶² *Ibidem*, apartado 44.

dirán. Más allá de iniciativas aisladas, el establecimiento de cuadros sectoriales de equivalencias de los sistemas de clasificación profesional de varios Estados es un instrumento que facilitaría la movilidad, tarea que puede ser desarrollada por la Autoridad Laboral Europea, de acuerdo con el artículo 2 a) de su norma reguladora⁶³, en colaboración con los agentes sociales de los sectores en los que más se emplea el desplazamiento de trabajadores.

5.2.2 EL SALTO JURISPRUDENCIAL DEL SALARIO MÍNIMO A LA MISMA REMUNERACIÓN

Una vez identificada la categoría o grupo profesional aplicable conforme a las normas del Estado de destino, se determinará la remuneración que corresponda. Antes de la reforma de 2018, el concepto y las características del salario mínimo que debía garantizarse a las personas desplazadas temporalmente a otro Estado fue objeto de diversas sentencias Tribunal de Justicia⁶⁴. Por el contrario, en los seis años que han transcurrido desde la fecha límite de transposición de la Directiva 2018/957, no han existido resoluciones del TJUE sobre problemas concretos sobre la remuneración, con la incertidumbre que esta ausencia genera.

La interpretación del Tribunal de Justicia del concepto de salario mínimo se realizó con una Directiva 96/71 basada fundamentalmente en la libre prestación de servicios. Desde esta óptica, el concepto de salario mínimo para los prestadores transnacionales de servicios tenía que traducirse en la tarifa mínima que había que abonar en destino a un trabajador por el normal desempeño de su trabajo, y todo lo que se pretendiera añadir a esa tarifa debía pasar por un juicio de proporcionalidad que confirmara la compatibilidad del complemento salarial con la libre prestación de servicios⁶⁵.

⁶³ Reglamento (UE) 2019/1149 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, por el que se crea la Autoridad Laboral Europea, se modifican los Reglamentos (CE) n.º 883/2004, (UE) n.º 492/2011 y (UE) 2016/589 y se deroga la Decisión (UE) 2016/344. DO L 186, de 11.7.2019, pp. 21-56. El artículo 2 a) del Reglamento 2019/1149 encomienda a la Autoridad Laboral Europea facilitar el acceso sobre los derechos y obligaciones en materia de movilidad laboral en toda la Unión.

⁶⁴ De las sentencias que abordan en sentido estricto los componentes del salario mínimo destacan las ya citadas Comisión contra Alemania (2005) y Sähköalojen ammattiliitto ry (2015), a las que se debe añadir la sentencia Isbir, que, curiosamente, no trata sobre un supuesto de desplazamiento, pero el asunto requería de una interpretación de la Directiva 96/71 incluso en un caso estrictamente de Derecho interno.

⁶⁵ La sentencia Comisión contra Alemania (2005) es muy ilustrativa de esta situación, en tanto en ella se analizan diversos complementos salariales a efectos de incluirse en el concepto de salario mínimo.

La sustitución del salario mínimo por la remuneración es sin duda el estándar de la reforma operada en el año 2018, y esta sustitución la realizó el legislador europeo con la intención de que no existieran diferencias retributivas, esto es, que «el régimen de remuneración aplicable a los trabajadores locales en virtud de la ley o de los convenios colectivos de aplicación general en el sentido del artículo 3, apartado 8, también [sea] aplicable a los trabajadores desplazados»⁶⁶.

Debe insistirse en que el TJUE no ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre casos concretos de complementos de una remuneración, pero sí se ha pronunciado sobre la reforma llevada a cabo por la Directiva 2018/957 en las sentencias Hungría y Polonia⁶⁷, dictadas en sendos recursos de anulación de dicha Directiva, procedimientos en los que esos países alegaban la nulidad de la norma por contravenir diversos preceptos del TFUE. Las sentencias fueron desestimatorias, validaron la reforma y contienen ciertos pronunciamientos de interés para la interpretación del concepto de remuneración.

El alineamiento del Tribunal con el espíritu de la Directiva 2018/957 se pone de manifiesto en su interés por el concepto de libre prestación de servicios en condiciones equitativas contenido en su considerando 10⁶⁸, que dispone que «Es necesario garantizar una mayor protección de los trabajadores para salvaguardar la libre prestación de servicios en condiciones equitativas tanto a corto como a largo plazo, en particular evitando que se vulneren los derechos garantizados por los Tratados». Este concepto de libre prestación de servicios en condiciones equitativas está llamado a ser el puente que concilie la libre prestación de servicios y la protección de los trabajadores desplazados.

El TJUE es sensible a este nuevo enfoque y busca acompañarse con él, de manera que, en la sentencia Hungría, reconoce que el legislador europeo está legitimado para adaptar la norma a las circunstancias si con ello se salvaguardan los intereses de la Unión⁶⁹.

⁶⁶ COMISIÓN EUROPEA: Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, COM(2016) 128 final, 8.3.2016, p. 8. No se incluye la referencia a los convenios colectivos de eficacia limitada, en tanto la «enmienda Rüffert» se añadió al texto posteriormente.

⁶⁷ STJUE de 8 de diciembre de 2020, Hungría contra el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea, C-620/18 y STJUE de 8 de diciembre de 2020, Polonia contra el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea, C-618/626.

⁶⁸ LLOBERA VILA, Mireia: «La Directiva 96/71 reformada y su conexión con otros instrumentos reguladores del desplazamiento de trabajadores», en Llobera Vila, M. (dir.), *El nuevo régimen jurídico del desplazamiento transnacional de trabajadores*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, p. 31.

⁶⁹ Sentencia Hungría, apartado 41.

En este contexto de cambio, el Tribunal considera que el desarrollo de la Directiva 96/71 «había dado lugar a condiciones de competencia no equitativas entre empresas establecidas en un Estado miembro de acogida y empresas que desplazaban trabajadores a ese Estado miembro, y a una segmentación del mercado de trabajo debido a una diferenciación estructural de las normas salariales aplicables a sus respectivos trabajadores»⁷⁰. Omite el Tribunal en este aspecto que en gran medida su propia interpretación contribuyó a esta situación. Por esta razón, «el legislador de la Unión podía considerar necesario adaptar el equilibrio en el que se basaba la Directiva 96/71 reforzando los derechos de los trabajadores desplazados en el Estado miembro de acogida, de forma que la competencia entre las empresas que desplazan trabajadores a ese Estado miembro y las establecidas en el mismo tenga lugar en condiciones más equitativas»⁷¹.

Con esta nueva perspectiva, la sentencia Hungría declara en su apartado 57 que.

«La Directiva impugnada permite reforzar la libre prestación de servicios en condiciones equitativas, que es el objetivo principal que persigue, en la medida en que garantiza que las condiciones de trabajo y de empleo de los trabajadores desplazados se parecerán lo más posible a las de los trabajadores empleados por empresas establecidas en el Estado miembro de acogida, reconociendo al mismo tiempo que tales trabajadores desplazados disfrutarán en ese Estado miembro de condiciones de trabajo y de empleo más protectoras que las previstas por la Directiva 96/71.»

Y completa en el apartado 123:

«Para ello, el artículo 3, apartado 1, párrafo primero, letra c), de la Directiva 96/71 modificada se dirige, más concretamente, a garantizar una mayor protección a los trabajadores desplazados reconociéndoles, con fundamento en la igualdad de trato, todas las partidas que integran la remuneración y que son obligatorias en el Estado miembro de acogida para que esos trabajadores perciban una remuneración calculada con arreglo a las mismas normas imperativas que las aplicables a los trabajadores empleados por las empresas establecidas en el Estado miembro de acogida».

Este nuevo enfoque marca un cambio en la interpretación de la retribución en los desplazamientos. Si antes se partía de un importe mínimo al que se

⁷⁰ *Ibidem*, apartado 63.

⁷¹ *Ibidem*, apartado 64.

podían añadir complementos que se ajustaran al concepto de salario mínimo, la posición actual es que al desplazado se le deben todas las partidas que integran la remuneración y son obligatorias en el Estado de destino, de manera que, en su caso, deberá justificarse por qué no procede abonar algún complemento a los que temporalmente prestan sus servicios en el Estado de destino.

La prudencia lleva a tener cautela con la jurisprudencia sobre salario mínimo dictada en la época anterior; por un lado, salario mínimo y remuneración no son conceptos iguales y, por otro lado, la libre prestación de servicios en condiciones equitativas asentada en las sentencias Hungría o Polonia desborda el enfoque empleado por el Tribunal de Justicia cuando analizaba el salario mínimo. En este sentido, sería más que deseable una confirmación por el Tribunal de Justicia de su doctrina anterior a 2018 sobre retribuciones y comparación entre las de origen y destino⁷².

En el contexto actual y en términos generales, sólo podrían ser excluidos aquellos complementos que, por algún motivo, sean contrarios a la libre prestación de servicios –que sigue siendo la base jurídica de la norma–, puedan suponer un perjuicio para el trabajador o no sean compatibles con la naturaleza temporal del desplazamiento.

5.2.3 EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

Por la incidencia que puede tener en el cálculo de la retribución, debe señalarse una novedad introducida por la Directiva 2018/957 en materia de empresas de trabajo temporal. La redacción original de 1996 dejaba a la elección de los Estados exigir o no en su norma de transposición la igualdad de condiciones entre trabajadores cedidos y trabajadores de la empresa usuaria; con la reforma del año 2018 las condiciones a aplicar a los desplazados cedidos por una empresa de trabajo temporal se equiparan en todo caso a las de los trabajadores de la empresa usuaria, conforme al nuevo artículo 1 *ter* de la Directiva 96/71.

⁷² De especial interés sería una validación de la doctrina de la sentencia Comisión contra Alemania (2005), que trata la comparación de diversos conceptos salariales y de la sentencia Isbir, heredera de la anterior, que sienta que «sólo los conceptos de remuneración que no modifican la relación entre la prestación del trabajador, por una parte, y la contraprestación que éste percibe a cambio de aquélla, por otra parte, pueden ser tomados en consideración para determinar el importe del salario mínimo a efectos de lo dispuesto en la Directiva 96/71» (apartado 40).

5.2.4 OTRAS CUESTIONES

El artículo 3.1 c) recoge expresamente la garantía del pago de horas extraordinarias junto con la remuneración. Esta inclusión era altamente recomendable en la primera redacción de la Directiva 96/71, ya que la ausencia de dicho concepto en un contexto de tarifas mínimas podía dar a entender que las horas extraordinarias quedaban excluidas del salario mínimo. La actual mención a la remuneración, junto con la interpretación amplia que el TJUE le atribuye, hace que la referencia específica a las horas extraordinarias resulte, en cierta medida, innecesaria. No obstante, es probable que se haya mantenido dicha mención para evitar que su eliminación en el texto de la Directiva 2018/957 generara dudas o incertidumbre.

Los regímenes complementarios de jubilación quedan expresamente excluidos de la noción de remuneración. Dado que esta clase de esquemas de ahorro tiene un planteamiento a largo plazo, difícilmente compatible con la naturaleza temporal del desplazamiento⁷³.

Por otra parte, no puede omitirse una pequeña referencia a ciertas instituciones de aseguramiento vigentes en varios Estados de la Unión Europea. En virtud de estos sistemas, los empresarios deben cotizar por determinadas contingencias, como es la imposibilidad de trabajar cuando el clima invernal lo impide o contribuir a un fondo que pague las vacaciones. En términos generales, esta cotización es extensible a los empresarios que desplazan trabajadores al territorio donde funcionan esos esquemas si con ello se mejora la protección de los trabajadores, siempre que el empresario no esté cotizando ya por algún seguro similar en el Estado de origen⁷⁴.

5.3 Remuneración y dietas

Cortado el nudo gordiano del salario mínimo con su sustitución por el concepto de remuneración, compuesto por todas las partidas que integran la remuneración según la sentencia Hungría, el espacio de incertidumbre que en

⁷³ Uno de los criterios de selección de las condiciones de trabajo contenidas en el núcleo duro del artículo 3.1 fue su compatibilidad con la «naturaleza temporal del ejercicio de un trabajo en el país de acogida y coherente con los objetivos de la propuesta». COMISIÓN EUROPEA: Propuesta de Directiva del Consejo relativa a ..., p. 15. Téngase en cuenta los regímenes complementarios de jubilación también se excluye de los desplazamientos de más de doce meses (art. 3.1 *bis* de la Directiva 96/71).

⁷⁴ Sentencia *Seco&Desquenne*, apartado 15.

mayor medida puede afectar a la retribución del trabajador desplazado es su diferenciación de las dietas⁷⁵.

De acuerdo con el artículo 3.7, párrafos segundo y tercero, de la Directiva 96/71, los importes que los trabajadores perciban por razón de su desplazamiento pueden ser considerados dieta o remuneración, en función de que compensen gastos efectivamente realizados o no. Así:

«Los complementos específicos por desplazamiento serán considerados parte de la remuneración, en la medida en que no se abonen como reembolso de los gastos efectivamente realizados a causa del desplazamiento, tales como gastos de viaje, alojamiento o manutención. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1, párrafo primero, letra i), el empresario reembolsará a los trabajadores desplazados estos gastos de conformidad con la legislación o las prácticas nacionales aplicables a la relación laboral.

En caso de que las condiciones de trabajo aplicables a la relación laboral no indiquen si los elementos del complemento específico por desplazamiento se abonan en concepto de reembolso de gastos efectivamente realizados a causa del desplazamiento o como parte de la remuneración y, en su caso, cuáles son esos elementos, se considerará que la totalidad del complemento se abona en concepto de reembolso de gastos.»

Las cantidades abonadas como dietas no remuneran un trabajo, sino que compensan unos gastos, en este caso derivados de tener que viajar y residir temporalmente en otro país para ejecutar los trabajos comprometidos. La redacción de la Directiva 96/71 contempla un concepto expansivo de dieta, en tanto el tercer párrafo del artículo 3.7 establece una presunción a favor de la dieta frente a los complementos ligados al desplazamiento cuya naturaleza remuneratoria no quede clara. Esta opción perjudica a la empresa que desplaza y protege al mercado de trabajo de destino, en tanto impide al prestador, a efectos de comparación, tener en su haber conceptos que le pueden ser necesarios para llegar al importe exigido por la regulación del Estado donde va a prestar los servicios⁷⁶. Como señala el final del segundo párrafo del artículo 3.7, el reembolso se hará conforme a la ley rectora de la relación laboral, esto es, la legislación de origen.

⁷⁵ Las dietas devengadas por tener que hacer viajes una vez desplazado, en el Estado de destino, se regirán por las normas de ese país conforme al artículo 3.1. i) de la Directiva 96/71.

⁷⁶ Para el caso concreto de España, LLOBERA VILA, Mireia: «La reforma del régimen español de desplazamiento transnacional de trabajadores: ¿qué ha cambiado tras el Real Decreto-ley 7/2021?», *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, número 151, 2021, p. 135.

En la sentencia *Rapidsped* el TJUE analiza una dieta abonada a transportistas que estaba fijada a tanto alzado y se incrementaba progresivamente en función de la duración del destacamento⁷⁷. En opinión del Tribunal, esta clase de pago no es una dieta compensatoria sino un complemento salarial vinculado al desplazamiento, incluso puede decirse que un complemento que retribuye «el hecho mismo del desplazamiento»⁷⁸, en tanto no compensa un gasto efectivamente realizado. Es destacable en cuanto a las exigencias para considerar dieta un pago la posición del Abogado General en este asunto, quien exige que existan incluso pruebas de que el pretendido reembolso responde a gastos efectivamente realizados⁷⁹.

Esta posición contraria a la dieta diaria a tanto alzado, sostenida tanto por el Tribunal como por el Abogado General, parece rígida y poco realista con el día a día de la gestión de las empresas y de las Administraciones Públicas, incluida la comunitaria, en las que se abona una dieta diaria para manutención, sin tener que demostrar un gasto efectivo. Por otra parte, el Tribunal de Justicia confirma la naturaleza resarcitoria de los tickets restaurant⁸⁰.

De esta manera, la indemnización diaria, en tanto no afronta efectivamente un desembolso, se ve como una compensación de «los inconvenientes debidos al desplazamiento, que consisten en el alejamiento de los interesados de su entorno habitual»⁸¹, y por esa razón debe considerarse un complemento vinculado al desplazamiento.

6. ESPAÑA. LA LEY 45/1999

España transpuso la Directiva 96/71 mediante la Ley 45/1999, de desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios.

Desde su primera redacción, el artículo 3.1 *b)* de la Ley 45/1999 dejó claro que la cuantía del salario, y no el salario mínimo, se regulaba por las disposiciones legales o reglamentarias del Estado y en los convenios colectivos y laudos arbitrales aplicables en el lugar y en el sector o rama de actividad

⁷⁷ STJUE de 8 de julio de 2021, *Rapidsped*, Asunto C-428/19, apartados 27-32.

⁷⁸ GARCÍA NINET, José Ignacio y VICENTE PALACIO, Arantxa: «La Ley 45/1999, de 29 de noviembre, relativa al desplazamiento (temporal y no permanente) de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 27, 2000, p. 17.

⁷⁹ Conclusiones del Abogado General, Sr. Bobek, presentadas el 6 de mayo de 2021, en el asunto C-428/21, *Rapidsped*, apartado 54.

⁸⁰ Sentencia Sähköalojen ammattiliitto ry, apartado 63.

⁸¹ *Ibidem*, apartado 48.

de que se trate. Es cierto que la norma no hace una referencia expresa al convenio colectivo estatutario como rector de las condiciones aplicables a los desplazados⁸², pero la exigencia de que los convenios y laudos sean aplicables en el lugar y en el sector que corresponda, supone una referencia más que suficiente al artículo 82 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Es decir, se aplicará la remuneración contenida en el convenio colectivo que corresponda.

La opción del sistema de relaciones laborales español por el convenio colectivo de eficacia general mantuvo a nuestro país como una plaza difícil de conquistar para aquellos prestadores de servicios que en la primera etapa de la Directiva 96/71 buscaban fisuras legales. No debe dudarse de que, si España hubiera ofrecido alguna debilidad en este sentido, habría sido aprovechada por muchos.

Por su parte, el concepto de salario que se recoge en la Ley 45/1999 desde su redacción inicial ya se acomodaba a la noción de remuneración, como para no haber necesitado de una reforma tras la aprobación de la Directiva 2018/957⁸³. De acuerdo con el artículo 4.1 de la Ley 45/1999, la cuantía mínima del salario está constituida «en cómputo anual y sin el descuento de los tributos, de sus pagos a cuenta y de las cotizaciones de Seguridad Social a cargo del trabajador, por el salario base y los complementos salariales, las gratificaciones extraordinarias y, en su caso, la retribución correspondiente a horas extraordinarias y complementarias y trabajo nocturno». Como en la Directiva 96/71, las mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social quedan excluidas de este concepto.

6. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia: *Derecho del Trabajo*, 15.^a ed., Civitas, Madrid, 1997.

BARNARD, Catherine: *EU Employment law*, Oxford University Press, 4.^a ed., Oxford (Reino Unido), 2012.

— «The calm after the storm: Time to reflect on EU (labour) law scholarship following the decisions in Viking and Laval», *Legal Studies Paper series University of Cambridge Faculty of Law Legal Studies*, 55/2015, 2015.

⁸² GARCÍA NINET, José Ignacio y VICENTE PALACIO, Arantxa: «La Ley 45/1999...», p. 24

⁸³ GARATE CASTRO, Javier: «La protección de los trabajadores en los desplazamientos temporales transnacionales», en CASAS BAAMONDE, M. E. (dir.) *et al.*, *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, Fundación para la Investigación sobre el Derecho y la Empresa y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2023, p. 826.

- BODIROGA-VUKOBRAT, Nara y NORAK, Hana: «A more liberal and economic, and a less social, approach: the impact of recent ECJ rulings», *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, volumen 4, 2009, pp. 49-74.
- CASAS BAAMONDE, María Emilia: «Libre prestación de servicios y desplazamientos de trabajadores temporales en Europa en la era global: objetivos y significación de la ley» en CASAS BAAMONDE, M. E. (dir.) y DEL REY GUANTER, S. (dir.), *Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales*, 1.^a ed., Consejo Económico y Social, Madrid, 2002, pp. 1-40.
- COMISIÓN EUROPEA: *Guía práctica sobre el desplazamiento de trabajadores*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2019.
- COMTE, Emmanuel: «Promising more to give less: international disputes between core and periphery around European posted labor, 1955-2018», *Labor History*, volumen 60, número 6, 2019, pp. 749-764.
- CONTRERAS HERNÁNDEZ, Óscar: «Desplazamiento de trabajadores y la revisión del marco legal europeo: ¿el principio del fin del dumping social y la competencia desleal?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, número 69, 2021, pp. 601-650.
- DE WISPELAERE, Frederic, et al.: *Posted workers in the European Union. Facts and figures*, Leuven: POSTING. STAT Project VS/2020/0499, 2022.
- GÁRATE CASTRO, Javier: *Los desplazamientos de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- «La protección de los trabajadores en los desplazamientos temporales transnacionales», en CASAS BAAMONDE, M. E. (dir.) et al., *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, Fundación para la Investigación sobre el Derecho y la Empresa y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2023, pp. 803-884.
- GARCÍA COCA, Olga: «El salario de los trabajadores desplazados en la Unión Europea», en GÓMEZ-MILLÁN HERENCIA, M. J. y GARCÍA COCA, O., *El salario en el contexto de la globalización, las nuevas formas de organización empresarial y la economía digital*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2025, pp. 119-180.
- GARCÍA NINET, José Ignacio y VICENTE PALACIO, Arantxa: «La Ley 45/1999, de 29 de noviembre, relativa al desplazamiento (temporal y no permanente) de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 27, 2000, pp. 13-42.
- GÓMEZ ABELLEIRA, Francisco Javier: «La seguridad social de los trabajadores desplazados al extranjero por sus empresas», en CORREA CARRASCO, M. (coord.), *Protección social en las relaciones laborales extraterritoriales*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2008, pp. 441-474.
- 2020: «El lugar de trabajo en el teletrabajo transnacional» en *elforodelabos.es* [en línea], disponible en <https://www.elforodelabos.es/2020/11/el-lugar-de-trabajo-en-el-teletrabajo-transnacional/>. Última consulta en mayo de 2025.

- LLOBERA VILA, Mireia: «La reforma del régimen español de desplazamiento transnacional de trabajadores: ¿qué ha cambiado tras el Real Decreto-ley 7/2021?», *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, número 151, 2021, pp. 111-151.
- «La Directiva 96/71 reformada y su conexión con otros instrumentos reguladores del desplazamiento de trabajadores», en LLOBERA VILA, M. (dir.), *El nuevo régimen jurídico del desplazamiento transnacional de trabajadores*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, pp. 27-128.
- OJEDA AVILÉS, Antonio: «Una Autoridad Laboral medio europea. El Reglamento 2019/1149, de 20 de junio, sobre Autoridad Laboral Europea», *Trabajo y Derecho*, número 62, 2020.
- PIIR, Ragne: «Safeguarding the posted worker. A private international law perspective», *European Labour Law Journal*, volumen 10(2), 2019, pp. 101-115.
- QUINTERO LIMA, María Gema: «Desplazamientos de trabajadores fuera del ámbito de la Unión Europea. Aspectos laborales sensibles», en MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, M. A. (coord.), PÉREZ GUERRERO, M. L. (dir.) y QUINTERO LIMA, M. G. (dir.), *La lucha contra la precariedad y las reformas en materia de desplazamientos de los trabajadores*, Laborum, Murcia, 2020, pp. 209-250.
- RIBES MORENO, María Isabel: «El concepto de trabajador temporalmente desplazado», en FOTINOPOULOU BASURKO, O. (coord.), *El desplazamiento de trabajadores en el marco de la Unión Europea: presente y futuro*, Atelier, Barcelona, 2017, pp. 97-120.
- VAN PELJPE, Taco: «Collective Labour Law after Viking, Laval, Rüffert, and Commission v. Luxembourg», *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, volumen 25, número 2, 2008, pp. 81-107.

CAPÍTULO XXXVII

RETRIBUCIÓN DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS

JUAN IGNACIO DEL VALLE DE JOZ

Doctor en Derecho

Letrado de la Administración de la Seguridad Social

Profesor Asociado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
de la Universidad Complutense de Madrid

1. INTRODUCCIÓN

Una circunstancia de la que ha de partirse, cuando se trata de examinar algún aspecto relativo a los empleados públicos, es la de que la mayor parte del personal que trabaja al servicio de las instituciones y las Administraciones públicas lo hace en ejercicio de su profesión u oficio, es decir, como trabajadores por cuenta ajena mediante la correspondiente retribución¹. A este respecto, debe recordarse que quienes trabajan para dichas Administraciones públicas son trabajadores por cuenta ajena, al margen de que circunstancias históricas haya configurado para parte de sus servidores un régimen jurídico especial, el propio del funcionario², teniendo en cuenta que la distinción entre trabajadores por

¹ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho de la Función Pública*, 15.ª ed., Tecnos, Madrid, 2022, p. 18.

² ALONSO OLEA, Manuel., *Introducción al Derecho del Trabajo*, 5.ª ed., 1994, Civitas, Madrid, p. 81.

cuenta ajena privados y funcionarios públicos es puramente convencional, sin fundamento en la naturaleza material de la relación de servicio³.

Sin perjuicio de lo anterior, lo cierto es que, en materia retributiva, existen diferencias entre el empleo público y el sector privado, puesto que, en este último (con la excepción de los salarios mínimos), la determinación de las retribuciones obedece al mercado, fijándose las mismas mediante acuerdo de las partes, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, individual o colectiva, mientras que, en el marco de la función pública, no obstante los elementos de negociación colectiva que existen, el sistema retributivo se establece unilateralmente por ley y con estrecha vinculación al principio de legalidad presupuestaria⁴. De lo cual se deriva que la cuantificación de las retribuciones de los empleados públicos, como la doctrina del Tribunal Constitucional ha puesto de relieve, no se fundamenta únicamente en la competencia estatal sobre bases del régimen estatutario de los funcionarios (art. 149.1.18.^a CE), sino que se integra en la competencia sobre bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13.^a CE).

La materia de la retribución de los empleados públicos, por otro lado, presenta una extraordinaria complejidad que se deriva de la multiplicidad de regímenes jurídicos que resultan de aplicación. Si bien, como se verá, determinados aspectos de su régimen jurídico tienen carácter básico para todas las Administraciones públicas, otros, por el contrario, pueden ser objeto de regulación por cada Administración pública, a lo que se suma que existen diversos regímenes particulares para determinados colectivos que cuentan con normas específicas.

Teniendo ello en cuenta, en este trabajo van a tratarse algunas cuestiones que, por presentar carácter general, pueden ser orientativas para comprender los aspectos principales del régimen jurídico de las retribuciones de los empleados públicos.

2. MARCO NORMATIVO

2.1 Marco constitucional

Como ya se ha señalado, el Tribunal Constitucional ha afirmado, en diversas sentencias, que la cuantificación de las retribuciones de los empleados públicos no se fundamenta únicamente en la competencia estatal sobre bases

³ BORRAJO DACRUZ, Efrén., *Introducción al Derecho del Trabajo*, 21.^a ed., 2012, Tecnos, Madrid, p. 56.

⁴ SÁNCHEZ MORÓN, MIGUEL, *Derecho de ...*, *op. cit.*, p. 251.

del régimen estatutario de los funcionarios (art. 149.1.18.^a CE), sino que se integra en la competencia sobre bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13.^a CE). Afirmando el Tribunal Constitucional, asimismo, su conexión con el principio de coordinación con la Hacienda estatal a que está sometida la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas conforme al artículo 156.1 CE (STC 148/2006). Estas competencias amparan que se fijen topes máximos globales al incremento de las retribuciones de los empleados públicos como medida dirigida a contener la expansión relativa de uno de los componentes esenciales del gasto público (STC 63/1986), límites obligatorios para las Comunidades Autónomas y las Corporaciones locales. En todo caso, ello no significa que el Estado pueda predeterminar los incrementos máximos de las cuantías de las retribuciones de cada funcionario dependiente de las Comunidades Autónomas y Corporaciones locales, por cuanto dichos límites máximos se refieren al volumen total de las retribuciones correspondientes a cada grupo y no a la retribución de cada una de las personas afectadas (STC 96/1990).

La competencia del Estado en cuanto al establecimiento de límites al incremento retributivo de los empleados públicos determina que resulten inconstitucionales medidas adoptadas por las Comunidades Autónomas que soslayan lo fijado por la ley presupuestaria estatal, como la creación, por la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma, de fondos destinados a financiar mejoras adicionales de las retribuciones de tales empleados (STC 171/1996). No obstante a ello el que los incrementos retributivos fueran fijados por vía de pacto o convenio en el seno de la Administración autonómica, puesto que el principio de jerarquía normativa reconocido en el art. 9.3 CE impide que los incrementos retributivos alcanzados mediante pacto o convenio prevalezcan sobre las concretas determinaciones contenidas en normas con rango de ley (STC 62/2001).

La disciplina presupuestaria a que están sujetas las Comunidades Autónomas se proyecta, asimismo, sobre otras condiciones de trabajo, como la acción social, que tampoco pueden ser empleadas por dichas Comunidades Autónomas como instrumento para compensar las restricciones retributivas derivadas de la legislación estatal (cuestión analizada por la STC 25/2020).

Las competencias estatales fundamentan no solo la imposición de límites, sino también que resulte constitucional que el Estado establezca, en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales, que las retribuciones íntegras del personal al servicio de todo el sector público no experimentarán variación respecto de las del ejercicio anterior, lo cual impide a las Comunidades Autónomas actualizar los complementos retributivos de dicho personal

(STC 222/2006). Ello, en el bien entendido de que, como afirma el Tribunal Constitucional, dicha previsión no predetermina unilateralmente las cuantías retributivas de cada funcionario dependiente de las Comunidades Autónomas, individualmente considerado, sino que se refiere, de forma genérica y abstracta al volumen total de las retribuciones de todo el personal al servicio de las Administraciones públicas, y no de un grupo de ellos individualmente considerado. El que el mandato de congelación salarial repercuta necesaria y directamente sobre todo el personal al servicio de las Administraciones autonómicas no implica, en efecto, que el Estado determine la retribución de cada funcionario en concreto, sino que deriva de la propia naturaleza de la medida adoptada (STC 222/2006, FJ 3).

Además de los aspectos competenciales, del texto constitucional se desprenden determinadas exigencias para las Administraciones públicas a la hora de fijar las retribuciones de los empleados públicos. A este respecto, la doctrina del Tribunal Constitucional ha puesto de manifiesto las diferencias que existen en materia retributiva, desde la perspectiva del principio de igualdad, cuando se trata de las relaciones entre particulares y cuando el empleador es la Administración Pública. Afirma el Tribunal Constitucional que el art. 14 CE no impone en el ámbito de las relaciones laborales una igualdad de trato en sentido absoluto, pues la eficacia en este ámbito del principio de la autonomía de la voluntad deja un margen en el que el acuerdo privado o la decisión unilateral del empresario, en ejercicio de sus poderes de organización de la empresa, puede libremente disponer la retribución del trabajador, respetando los mínimos legales o convencionales (siempre que la diferencia salarial no tenga un significado discriminatorio, por incidir en alguna de las causas prohibidas por la Constitución o el Estatuto de los Trabajadores). Sin embargo, cuando el empresario es la Administración Pública, ésta no se rige en sus relaciones jurídicas por el principio de la autonomía de la voluntad, sino que debe actuar con sometimiento pleno a la ley y al Derecho (art. 103.1 CE), con interdicción expresa de la arbitrariedad (art. 9.3 CE) y, como poder público que es, está sujeta al principio de igualdad ante la ley que concede a las personas el derecho subjetivo de alcanzar de los poderes públicos un trato igual para supuestos iguales. Por lo que deben considerarse discriminatorias las situaciones en las que determinados empleados públicos perciben retribuciones diferentes a otros, habiéndose acreditado la identidad de servicios, funciones y cometidos entre ellos (STC 161/1991). En los supuestos en los que se produzca una desigualdad retributiva es necesario determinar si esa diferenciación resulta discriminatoria y, en consecuencia, inconstitucional, lo cual, a su vez, depende de que se dé realmente la identidad de situaciones entre unos y otros funcionarios

y, una vez afirmada dicha identidad, de que no exista justificación suficiente para el trato desigual (STC 131/2024).

2.2 Normas legales y reglamentarias

La regulación de las retribuciones de los funcionarios públicos se contiene, en primer lugar, en la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre (EBEP), el cual derogó la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP/2007), que fue la norma original; dicho EBEP/2007 derogó la norma que, con anterioridad, contenía el régimen jurídico básico de la función pública, que era la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública, si bien la misma todavía resulta aplicable en los términos que más adelante se expondrán.

El EBEP, con base en el art. 149.1.18.^a CE, establece las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos incluidos en su ámbito de aplicación⁵ y determina las normas aplicables al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas (art. 1 EBEP).

Ha de tenerse en cuenta que existen determinados empleados públicos que cuentan con legislación propia, a quienes únicamente les será de aplicación el EBEP cuando lo disponga su legislación específica⁶.

⁵ Que es, según su art. 2, el personal funcionario y, en lo que proceda, el personal laboral al servicio de las siguientes Administraciones Públicas:

- a) La Administración General del Estado.
- b) Las Administraciones de las comunidades autónomas y de las ciudades de Ceuta y Melilla.
- c) Las Administraciones de las entidades locales.
- d) Los organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas.
- e) Las Universidades Públicas.

⁶ Las disposiciones del EBEP, según su art. 4, sólo se aplicarán directamente cuando así lo disponga su legislación específica al siguiente personal:

- a) Personal funcionario de las Cortes Generales y de las asambleas legislativas de las comunidades autónomas.
- b) Personal funcionario de los demás Órganos Constitucionales del Estado y de los órganos estatutarios de las comunidades autónomas.
- c) Jueces, Magistrados, Fiscales y demás personal funcionario al servicio de la Administración de Justicia.
- d) Personal militar de las Fuerzas Armadas.
- e) Personal de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.
- f) Personal retribuido por arancel.
- g) Personal del Centro Nacional de Inteligencia.
- h) Personal del Banco de España y del Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito.

Asimismo, el art. 2.3 EBEP dispone que el personal docente y el personal estatutario de los Servicios de Salud se regirán por la legislación específica dictada por el Estado y por las comunidades autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias y por lo previsto en el EBEP, con excepción de, entre otros, los arts. 22.3 y 24, referidos a las retribuciones complementarias (que, por tanto, se regirán por la legislación específica).

En desarrollo del EBEP, las Cortes Generales y las asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas debe aprobar, en el ámbito de sus competencias, las leyes reguladoras de la Función Pública de la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas (art. 6 EBEP).

En relación con la materia retributiva, el art. 14.d) EBEP establece el derecho individual de los funcionarios «A percibir las retribuciones y las indemnizaciones por razón del servicio», derecho que se desarrolla en el capítulo III del título III (arts. 21 a 30) de la misma norma.

El EBEP se ajusta a la doctrina constitucional anteriormente expuesta sobre las competencias del Estado respecto de la cuantía de las retribuciones, de manera que, tras establecer el art. 21.1 que «Las cuantías de las retribuciones básicas y el incremento de las cuantías globales de las retribuciones complementarias de los funcionarios, así como el incremento de la masa salarial del personal laboral, deberán reflejarse para cada ejercicio presupuestario en la correspondiente ley de presupuestos», dispone que «No podrán acordarse incrementos retributivos que globalmente supongan un incremento de la masa salarial superior a los límites fijados anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el personal» (art. 21.2).

El art. 23 EBEP atribuye al Estado, mediante la correspondiente Ley de Presupuestos Generales, la fijación de la cuantía de las retribuciones básicas que el propio precepto prevé (sueldo y trienios), mientras que la cuantía y estructura de las retribuciones complementarias de los funcionarios se establecerán por las correspondientes leyes de cada Administración Pública (art. 24 EBEP). Por consiguiente, han de ser las respectivas leyes del Estado y de las Comunidades Autónomas las que regulen dichas retribuciones complementarias, quedando prevista en el EBEP la posibilidad para que las distintas Administraciones dentro su autonomía, puedan, siempre dentro del marco previsto en el EBEP, introducir variaciones retributivas⁷.

Conforme a la disp. final cuarta del EBEP (apartado 1), la regulación del mismo sobre los derechos retributivos (capítulo III del título III) producirá

⁷ CEA AYALA, Ángel, *Sobre las retribuciones de los empleados públicos*, Actualidad Administrativa, n.º 11, 2011, pag. 2 del documento digital.

efectos a partir de la entrada en vigor de las leyes de Función Pública que se dicten en su desarrollo (con la excepción del art. 25.2 EBEP, sobre efectos retributivos de reconocimiento de trienios correspondientes a servicios prestados antes de la entrada en vigor del EBEP/2007⁸). Hasta que se dicten las leyes de Función Pública y las normas reglamentarias de desarrollo, el apartado 2 de la citada disp. adic. cuarta del EBEP prevé que se mantendrán en vigor en cada Administración Pública las normas vigentes sobre ordenación, planificación y gestión de recursos humanos en tanto no se opongan a lo establecido en el EBEP.

A tenor de lo indicado, por tanto, seguirá siendo de aplicación la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública, así como la normativa reglamentaria existente, en lo que no se oponga al EBEP, en tanto no sea sustituida por la normativa de desarrollo del mismo.

3. RETRIBUCIONES DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

3.1 Clases

Las retribuciones de los funcionarios de carrera, conforme al art. 22.1 EBEP se clasifican en básicas y complementarias. Las retribuciones básicas son «las que retribuyen al funcionario según la adscripción de su cuerpo o escala a un determinado Subgrupo o Grupo de clasificación profesional, en el supuesto de que éste no tenga Subgrupo, y por su antigüedad en el mismo» (art. 22.2 EBEP). Dentro de ellas están comprendidas los componentes de sueldo y trienios de las pagas extraordinarias. Las retribuciones complementarias son «las que retribuyen las características de los puestos de trabajo, la carrera profesional o el desempeño, rendimiento o resultados alcanzados por el funcionario» (art. 22.3 EBEP).

Como expone la doctrina, las retribuciones básicas retribuyen lo que el funcionario «es» para la organización mientras que las retribuciones complementarias retribuyen lo que el funcionario «hace» dentro de la citada organización⁹.

Junto a ellas, el art. 22.4 EBEP incluye las pagas extraordinarias, que serán dos al año, cada una por el importe de una mensualidad de retribuciones

⁸ Dicho precepto entró en vigor el 13 de mayo de 2007, fecha de entrada en vigor del EBEP/2007.

⁹ PALOMAR OLMEDA, Alberto, *Derecho de la Función Pública. Régimen jurídico de los funcionarios públicos*, 13.ª ed., Dykinson, Madrid, 2021, p. 416.

básicas y de la totalidad de las retribuciones complementarias, salvo aquéllas a las que se refieren los apartados c) y d) del art. 24 (las relacionadas con el grado de interés, iniciativa o esfuerzo con que el funcionario desempeña su trabajo y el rendimiento o resultados obtenidos y las abonadas por servicios extraordinarios prestados fuera de la jornada normal de trabajo).

3.2 Retribuciones básicas

El art. 23 EBEP especifica que las retribuciones básicas, que se fijan en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, estarán integradas única y exclusivamente por:

- a) El sueldo asignado a cada Subgrupo o Grupo de clasificación profesional, en el supuesto de que éste no tenga Subgrupo.
- b) Los trienios, que consisten en una cantidad, que será igual para cada Subgrupo o Grupo de clasificación profesional, en el supuesto de que éste no tenga Subgrupo, por cada tres años de servicio.

Estas retribuciones básicas, por tanto, son comunes para todas las Administraciones públicas, teniendo la cuantía que fije la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado.

Los Grupos y Subgrupos a que hace referencia el precepto son los establecidos en el art. 76 EBEP, en cuya virtud los cuerpos y escalas se clasifican, de acuerdo con la titulación exigida para el acceso a los mismos, en los siguientes grupos:

- Grupo A: Dividido en dos Subgrupos, A1 y A2. Para el acceso a los cuerpos o escalas de este Grupo se exigirá estar en posesión del título universitario de Grado. En aquellos supuestos en los que la ley exija otro título universitario será éste el que se tenga en cuenta. La clasificación de los cuerpos y escalas en cada Subgrupo estará en función del nivel de responsabilidad de las funciones a desempeñar y de las características de las pruebas de acceso.
- Grupo B. Para el acceso a los cuerpos o escalas del Grupo B se exigirá estar en posesión del título de Técnico Superior.
- Grupo C. Dividido en dos Subgrupos, C1 y C2, según la titulación exigida para el ingreso. Para el Subgrupo C1 se requiere título de Bachiller o Técnico y para el C2 título de Graduado en Educación Secundaria Obligatoria.

Además, la disp. adic. sexta.1 EBEP prevé que, además de los Grupos clasificatorios señalados, las Administraciones Públicas podrán establecer otras agrupaciones diferentes de las enunciadas anteriormente, para cuyo acceso no se exija estar en posesión de ninguna de las titulaciones previstas en el sistema educativo.

La clasificación del EBEP sustituye la que establecía la Ley 30/1984, que era, conforme a su art. 25, la siguiente:

Grupo A. Título de Doctor, Licenciado, Ingeniero, Arquitecto o equivalente.

Grupo B. Título de Ingeniero Técnico, Diplomado Universitario, Arquitecto Técnico, Formación Profesional de tercer grado o equivalente.

Grupo C. Título de Bachiller, Formación Profesional de segundo grado o equivalente.

Grupo D. Título de Graduado Escolar, Formación Profesional de primer grado o equivalente.

Grupo E. Certificado de escolaridad.

La disp. transit. tercera EBEP prevé, en su apartado 2, que, transitoriamente, los Grupos de clasificación existentes a la entrada en vigor del EBEP/2007, se integrarán en los Grupos de clasificación profesional de funcionarios previstos en el artículo 76, de acuerdo con las siguientes equivalencias:

Grupo A: Subgrupo A1.

Grupo B: Subgrupo A2.

Grupo C: Subgrupo C1.

Grupo D: Subgrupo C2.

Grupo E: Agrupaciones Profesionales a que hace referencia la disposición adicional sexta.

Dentro de esa clasificación, cada subgrupo percibe unas retribuciones básicas según su clasificación personal y según las cuantías que se reflejan en la Ley de Presupuestos, y por tanto en virtud del principio de legalidad las retribuciones de los funcionarios públicos se fijan por la Ley en atención al grupo o subgrupo al que pertenezcan y en función a su nivel de responsabilidad, por lo que no puede atenderse la reclamación de un funcionario perteneciente al grupo A2 de que su sueldo se unifique al del grupo A1 (SAN 17 julio 2017, rec. 47/2017).

3.2.1 SUELDO

Como se ha dicho, su cuantía se fija en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado. En todo caso, el art. 24.1 de la Ley 30/1984 establece que el sueldo de los funcionarios del grupo A no podrá exceder en más de tres veces al sueldo de los funcionarios del grupo E¹⁰.

3.2.2 TRIENIOS

Los trienios consisten, según el art. 23.b) EBF, en una cantidad, que será igual para cada Subgrupo o Grupo de clasificación profesional, en el supuesto de que éste no tenga Subgrupo, por cada tres años de servicio. Trátándose de una retribución básica, su cuantía será, para todas las Administraciones públicas, la establecida en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado.

Siendo un concepto retributivo vinculado a la antigüedad, la legislación es muy generosa porque computa, a efectos de trienios, cualesquiera servicios prestados a las Administraciones públicas, con independencia de la naturaleza –pública o laboral–, clase –eventual, interino, contrato administrativo– o temporalidad de la relación, según se regula en la Ley 70/1978, de 26 de diciembre, de reconocimiento de servicios previos en la Administración Pública¹¹.

La Ley 30/1984 establece en el art. 23.2.b) que, en el caso de que un funcionario preste sus servicios sucesivamente en diferentes Cuerpos, Escalas, Clases o Categorías de distinto grupo de clasificación, tendrá derecho a seguir percibiendo los trienios devengados en los grupos anteriores, así como que cuando un funcionario cambie de adscripción a grupo antes de completar un trienio, la fracción de tiempo transcurrido se considerará como tiempo de servicios prestados en el nuevo grupo.

En relación con la naturaleza de este concepto retributivo, las sentencias de la AN 9 marzo 1999 (rec. 291/1997) y 26 junio 2000 (rec. 157/1999) declaran que, cuando se habla de trienios, debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con la normativa que los ha venido contemplando (entre ella el art. 23.2.b) de la Ley 30/1984), constituyen un concepto retributivo integrado en el contenido de una relación de prestación de servicios sinalagmática, que se identifica con

¹⁰ Téngase en cuenta la equivalencia de grupos que anteriormente se indicó.

¹¹ FUENTETAJA, JESÚS, *Derecho de la Función Pública*, 1.ª ed., Aranzadi La Ley, Madrid, 2024, p. 448.

la efectiva prestación del servicio durante un concreto período de tiempo (tres años). Ello hace que no pueda prosperar la pretensión de abono de todos los trienios valorados de acuerdo con el Cuerpo (Grupo) al que en el momento actual pertenece el funcionario dado que los trienios, por su propia naturaleza ya señalada, se devengan en el momento que se cumple el tiempo de servicios necesario para ello, de acuerdo con las circunstancias del Cuerpo o Grupo al que pertenece el funcionario en dicho momento y, a partir de entonces, se incorpora a los derechos retribuidos del interesado reflejándose en la nómina con carácter permanente, de tal manera que su percepción en lo sucesivo se produce con independencia de las vicisitudes de la carrera funcionaria, ya se permanezca en el mismo Cuerpo o Grupo o se cambie, integrándose entre los demás conceptos retributivos del funcionario pero manteniendo su individualidad y alcance en cuanto, como retribución que responde a unos servicios ya prestados con anterioridad, no constituye un concepto que se realiza en razón a la pertenencia actual a un determinado Cuerpo o Grupo, desempeño de un puesto u otras circunstancias, sino en razón de haberse cumplido determinado tiempo de servicios en concreto Cuerpo o Grupo, por lo que su valoración ha de referirse en todo caso a tales condiciones determinantes de su nacimiento, es decir, al Cuerpo o Grupo al que pertenecía el funcionario cuando se devengó el trienio. Reitera esta argumentación la STS 21 mayo 2019, rec. 247/2016.

La Ley 70/1978, de 26 de diciembre, de reconocimiento de servicios previos en la Administración Pública regula, en su art. segundo, los efectos para el reconocimiento de los trienios de dichos servicios previos, disponiendo que el devengo de los trienios se efectuará aplicando a los mismos el valor que corresponda a los del Cuerpo, Escala, plantilla o plaza con funciones análogas a las desempeñadas durante el tiempo de servicios prestados que se reconozcan. También dispone ¹² que los servicios prestados en condición distinta a la de funcionario de carrera se valorarán en todo caso y a efectos retributivos, en la misma cuantía que corresponda a los del Cuerpo, Escala, plantilla o plaza con funciones análogas a las prestadas. En relación con esta última previsión, el TS ha afirmado (sentencia 19 febrero 2024, rec. 4532/2022) que, dado que la reforma de este precepto por la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2021 ¹³ no fue acompañada de regla de Derecho transitorio alguna, por lo que sus efectos se desplegaron *ad futurum*, los funcionarios que antes de dicha reforma solicitaron y se les reconocieron los servicios prestados como contra-

¹² Conforme a la redacción dada por la disp. final 2 de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021.

¹³ Con entrada en vigor el 1 de enero de 2021.

tados laborales, al estar consolidados, podrán solicitar y percibir los trienios en la cuantía que tuvieran al tiempo de perfeccionarse como contratado laboral.

Asimismo, la jurisprudencia afirma que los servicios prestados en virtud de cesión ilegal de trabajadores pueden reconocerse como servicios previos, siempre que medie sentencia judicial del orden social que declare la existencia de dicha cesión ilegal (STS de 7 de octubre de 2024, rec. 5564/2022).

3.3 Retribuciones complementarias

Conforme al art. 24 EBEP, la cuantía y estructura de las retribuciones complementarias de los funcionarios se establecerán por las correspondientes leyes de cada Administración Pública, de manera que se admite que cada organización opte por sistemas retributivos en los que predominen unos u otros complementos, lo cual enfrenta a cada Administración con su propia concepción del proceso de organización¹⁴. Si la creación de los puestos de trabajo, la definición, el perfil de los mismos y su clasificación son elementos que deben ser definidos por cada Administración pública, parece lógico y coherente establecer que sea cada Administración la habilitada para desarrollar esta parte del sistema retributivo a la vista de la realidad organizativa contemplada y las misiones atribuidas a cada puesto de trabajo¹⁵.

Dichas retribuciones deben fijarse atendiendo, entre otros, a los factores que recoge el art. 24 EBEP, y que son los siguientes:

- a) La progresión alcanzada por el funcionario dentro del sistema de carrera administrativa.
- b) La especial dificultad técnica, responsabilidad, dedicación, incompatibilidad exigible para el desempeño de determinados puestos de trabajo o las condiciones en que se desarrolla el trabajo.
- c) El grado de interés, iniciativa o esfuerzo con que el funcionario desempeña su trabajo y el rendimiento o resultados obtenidos.
- d) Los servicios extraordinarios prestados fuera de la jornada normal de trabajo.

El catálogo de retribuciones complementarias que se recogen en el EBEP comprende los elementos de las estructuras retributivas tipo de cualquier orga-

¹⁴ PALOMAR OLMEDA, Alberto, *Derecho de ...*, op. cit., p. 426.

¹⁵ CASTILLO BLANCO, Federico A., «Derechos económicos» en CASTILLO BLANCO, Federico A. (dir.) y QUESADA LUMBRERAS, Javier E. (coord.), *Manual de Empleo Público*, 1.ª ed., Iustel, Madrid, p. 470.

nización, a excepción de los relativos a la situación o resultados de la empresa, que no tienen cabida en el ámbito público¹⁶. A este respecto, el art. 22.5 EBEP establece que «No podrá percibirse participación en tributos o en cualquier otro ingreso de las Administraciones Públicas como contraprestación de cualquier servicio, participación o premio en multas impuestas, aun cuando estuviesen normativamente atribuidas a los servicios».

La determinación de las retribuciones complementarias constituye uno de los elementos que, al menos, deben comprender las relaciones de puestos de trabajo o los instrumentos organizativos similares que deben aprobar las Administraciones públicas para estructurar su organización, como establece el art. 74 EBEP. Tales relaciones de puestos de trabajo comprenderán, además, la denominación de los puestos, los grupos de clasificación profesional, los cuerpos o escalas, en su caso, a que estén adscritos y los sistemas de provisión.

Tratándose de la Administración del Estado, el RD-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo, afirma que las relaciones de puestos de trabajo son instrumentos técnicos de planificación a través de los cuales la Administración del Estado organiza, racionaliza y ordena su personal para una eficaz prestación del servicio público (art. 109.1), señalándose que los puestos de trabajo incluidos en la relación de puestos de trabajo se ordenarán atendiendo a denominaciones tipo y a características análogas (art. 109.2).

Las relaciones de puestos de trabajo constituyen, de este modo, el elemento en el que se deben establecer las características de las retribuciones complementarias, lo que se llevará a cabo mediante la asignación del nivel que corresponda a los puestos de trabajo (que determinará las retribuciones relacionadas con la progresión en la carrera profesional) y con la fijación de las retribuciones relacionadas con las características del puesto de trabajo o las condiciones de desarrollo del trabajo.

En relación con la posibilidad de que puestos de trabajo con la misma denominación puedan tener asignada una cuantía distinta de los denominados en la Ley 30/1984 complemento de destino y complemento específico, el TS ha declarado que es posible que la relación de puestos de trabajo consigne para determinados puestos de trabajo con igual denominación diferente nivel de complemento de destino y distinto importe de complemento específico y, a pesar de ello, no precise de manera detallada cuales son los datos y condicio-

¹⁶ ROQUETA BUJ, Remedios. *Derecho del Empleo Público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 308.

nes particulares que determinan esas diferencias, sin que esta omisión determine que haya de calificar como injustificadamente discriminatoria esa distinción establecida sobre esos complementos, en cuanto que ello no descarta que efectivamente puedan existir elementos o aspectos adicionales, no indicados en la relación de puestos de trabajo que justifiquen esa diferencia de complementos (STS 26 febrero 2002, rec. 4883/1999).

Sin perjuicio de ello, cuando se asignan niveles distintos a funcionarios pertenecientes al mismo cuerpo o escala, debe examinarse si la asignación de niveles diferentes a unos y otros se corresponde con el desempeño de trabajos distintos o si, por el contrario, hacen lo mismo con independencia del nivel que tienen reconocido y, si se concluye la existencia de identidad de cometidos al margen del nivel funcional, ello supone que el catálogo de puestos de trabajo no ha sido correctamente aplicado y, en consecuencia, se ha infringido el principio de igualdad (STS 8 marzo 2005, rec. 1066/2001).

Debe tenerse en cuenta, asimismo, que, de acuerdo con el art. 37.1.b) EBEP, la determinación y aplicación de las retribuciones complementarias de los funcionarios es una de las materias que debe ser objeto de negociación, en su ámbito respectivo y en relación con las competencias de cada Administración Pública y con el alcance que legalmente proceda en cada caso.

A este respecto, las previsiones contenidas en las leyes de Presupuestos Generales del Estado que determinan que los acuerdos, convenios o pactos que impliquen crecimientos retributivos superiores a los límites en ellas contemplados deberán experimentar la oportuna adecuación, son directamente aplicables y determinan la inaplicación de las cláusulas que contravengan aquellas previsiones legales, que deberán experimentar la oportuna adecuación en las anualidades correspondientes (STS 19 marzo 2024, rec. n.º 898/2022).

3.3.1 RETRIBUCIONES RELACIONADAS CON LA PROGRESIÓN EN LA CARRERA PROFESIONAL

La determinación de las retribuciones vinculadas a la carrera profesional de los funcionarios estará en función del modelo de carrera profesional que exista en cada Administración o grupo de funcionarios, pudiendo tratarse de un modelo de carrera horizontal, que consiste en la progresión de grado, categoría, escalón u otros conceptos análogos, sin necesidad de cambiar de puesto de trabajo (art. 16.3.a) EBEP) o de carrera vertical, que consiste en el ascenso en la estructura de puestos de trabajo por los procedimientos de provisión legalmente establecidos (art. 16.3.b) EBEP). Serán las leyes de Función Pública

que se dicten en desarrollo del EBEP las que regulen la carrera profesional aplicable en cada ámbito (art. 16.3 EBEP).

Si se trata de un modelo de carrera horizontal lo lógico será establecer un complemento que retribuya cada categoría, grado o escalón que el funcionario alcance, mientras que si se trata de un modelo de carrera vertical, lo lógico es que se reconozca lo que la Ley 30/1984 denomina complemento de destino¹⁷ o concepto equivalente¹⁸, si bien los funcionarios de carrera podrán progresar simultáneamente en las modalidades de carrera horizontal y vertical cuando la Administración correspondiente las haya implantado en un mismo ámbito (art. 16.4 EBEP).

Por lo que se refiere a la Administración del Estado y sus organismos dependientes, el RD-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo, regula en su art. 122 la carrera profesional, estableciendo su apartado 7 que la progresión alcanzada en el sistema de carrera profesional «se retribuirá mediante un complemento de carrera». Este sistema, cuya aplicación ha de ser objeto de desarrollo reglamentario (apartado 3), se configura, según afirma el preámbulo del citado RD-ley 6/2023, con carácter complementario a la estructura por niveles de los puestos de trabajo. Por tanto, dicho complemento habrá de ser complementario al complemento de destino.

El complemento de destino se regula en el art. 23.3.a) de la Ley 30/1984, que prevé que el mismo corresponde al nivel del puesto que se desempeñe. Este complemento articula retributivamente la carrera vertical del funcionario en la medida que éste, al ascender en la escala de puestos clasificados en niveles (30 niveles, según el art. 21 de la Ley 30/1984), percibe el complemento correspondiente a la escala jerárquica del puesto¹⁹.

Para el ámbito de la Administración del Estado, las Leyes de Presupuestos Generales del Estado han venido recogiendo de manera sistemática una previsión (la última vez en el art. 23. Uno. D) de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023) en cuya virtud «Las retribuciones que, en concepto de complemento de destino y complemento específico, perciban los funcionarios públicos serán, en todo caso, las correspondientes al puesto de trabajo que ocupen en virtud de los procedimientos de provisión previstos en la normativa vigente, sin que las tareas concretas que se realicen

¹⁷ «El complemento de destino correspondiente al nivel del puesto que se desempeñe» (art. 23.3.a) Ley 30/1984).

¹⁸ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho de ...*, op. cit., p. 251.

¹⁹ FUENTETAJA, Jesús, *Derecho de ...*, op. cit., p. 456.

puedan amparar que se incumpla lo anterior [...]». No obstante, el Tribunal Supremo, en diversas sentencias ha declarado que hay supuestos en que la Administración consiente situaciones en que los funcionarios tienen que realizar todas o la parte esencial de las tareas de un puesto distinto, reservado a funcionarios de grupos de titulación superior y de superior nivel de complemento de destino, afirmando que «mientras que ningún reproche parece suscitar que un ejercicio puntual de funciones de otro puesto no comporte el derecho a percibir las retribuciones complementarias de este último [...] solución diferente ha de darse cuando del ejercicio continuado de las funciones esenciales de ese ulterior puesto se trata. Mientras que el primero no suscita dudas de que cae bajo las previsiones de los preceptos presupuestarios, el segundo caso, contemplado desde el prisma de la igualdad, conduce al reconocimiento del derecho del funcionario en cuestión a las retribuciones complementarias del puesto que ejerce verdaderamente con el consentimiento de la Administración». (STS 10 febrero 2020, rec. 4167/2017, entre otras). En cualquier caso, la aplicación del principio de igualdad para la equiparación de la remuneración del complemento de destino (y, en su caso, del específico) para alcanzar la igualdad retributiva entre puestos de trabajos que tienen las mismas funciones y responsabilidades no puede ser extendida, sin embargo, a la adquisición y reconocimiento del grado personal, toda vez que éste se obtiene por el cumplimiento de los requisitos que se prevén legal y reglamentariamente (STS 19 febrero 2025, rec. 5105/2022).

La normativa regula una garantía de mantenimiento del complemento de destino con independencia de que se produzca un cambio de puesto de trabajo. El art. 21.1.d) de la Ley 30/1984 establece que todos los funcionarios de carrera adquirirán un grado personal por el desempeño de uno o más puestos del nivel correspondiente durante dos años continuados o tres con interrupción; tratándose de un puesto de trabajo superior en más de dos niveles al correspondiente a su grado personal, consolidarán cada dos años de servicios continuados el grado superior en dos niveles al que poseyesen. El apartado 2 del mismo precepto dispone que el grado personal comporta el derecho a la percepción como mínimo del complemento de destino de los puestos del nivel correspondiente al mismo, de manera que, una vez consolidado un grado personal, se mantiene el derecho al complemento de destino correspondiente al mismo, con independencia de que se ocupe un puesto de trabajo de nivel inferior.

El art. 87.3 EBEP contiene otra garantía para los funcionarios que hayan sido nombrados altos cargos, miembros del Poder Judicial o de otros órganos constitucionales o estatutarios o que hayan sido elegidos alcaldes, retribuidos y con dedicación exclusiva, presidentes de diputaciones o de cabildos o consejos insulares, Diputados o Senadores de las Cortes Generales y miembros de

las asambleas legislativas de las comunidades autónomas. Como mínimo, estos funcionarios recibirán el mismo tratamiento en la consolidación del grado y conjunto de complementos que el que se establezca para quienes hayan sido directores generales y otros cargos superiores de la correspondiente Administración Pública.

A la hora de fijar las retribuciones complementarias de los funcionarios, según declara el Tribunal Constitucional, el legislador dispone de un notable margen de configuración, sin que ello suponga una quiebra del principio de igualdad, siempre que exista una causa objetiva razonable que justifique esa diferencia de trato a la luz de los principios de mérito y capacidad (STC 131/2024). Como recuerda dicha sentencia, el Tribunal Constitucional ha precisado, en diversas sentencias, que la simple constatación de la diferencia retributiva entre dos cuerpos no puede servir de fundamento suficiente para sustentar una queja de vulneración del principio de igualdad, así como que la titulación exigida para el ingreso en un cuerpo no es el único criterio objetivo que el legislador o la Administración puede ponderar a efectos retributivos de los distintos cuerpos de funcionarios, pues cabe contemplar también otros factores de diferenciación como son las distintas exigencias de preparación, responsabilidad, intensidad de la dedicación, heterogeneidad de los asuntos a resolver, etc. Tampoco basta con que las tareas asignadas a dos cuerpos distintos sean reglamentariamente definidas en términos análogos o casi idénticos, ya que es obvio que esa definición se hará siempre por referencia a las estructuras administrativas en que dichos funcionarios se inserten, y estas pueden ser muy diversas en su complejidad. Por otro lado, sí resulta discriminatorio que la cuantía del complemento de destino asignado a un puesto de trabajo sea distinta en función del cuerpo de procedencia de las personas que ocupan dicho puesto (STC 131/2024).

3.3.2 RETRIBUCIONES RELACIONADAS CON LAS CARACTERÍSTICAS DEL PUESTO DE TRABAJO O LAS CONDICIONES DE DESARROLLO DEL TRABAJO

Otro factor para el establecimiento de retribuciones complementarias, según el art. 24.b) EBEP, es la especial dificultad técnica, responsabilidad, dedicación, incompatibilidad exigible para el desempeño de determinados puestos de trabajo o las condiciones en que se desarrolla el trabajo.

A estas circunstancias responde el complemento específico regulado en el art. 23.3.b) de la Ley 30/1984, destinado a retribuir las condiciones particu-

lares de algunos puestos de trabajo en atención a su especial dificultad técnica, dedicación, responsabilidad, incompatibilidad, peligrosidad o penosidad; este precepto también dispone que en ningún caso podrá asignarse más de un complemento específico a cada puesto de trabajo.

El complemento específico (o concepto análogo) es una retribución complementaria cuya cuantía, por sus características, es singular para cada puesto de trabajo en el que concurren los factores citados u otros que la Ley de Función Pública correspondiente haya previsto. La Administración, por tanto, goza de una gran discrecionalidad a la hora de fijar los montantes concretos en los correspondientes instrumentos de ordenación de los puestos de trabajo, lo que ha dado lugar a una gran conflictividad²⁰.

La fijación del complemento específico implica la valoración, por cada Administración pública, de las circunstancias legalmente contempladas para su determinación, las cuales, como señala la jurisprudencia, si bien constituyen conceptos jurídicos indeterminados, no equivalen a aplicación arbitraria por dicha Administración. Así, los datos a tener en cuenta para la fijación del complemento específico –especial dificultad técnica, dedicación, responsabilidad, incompatibilidad, peligrosidad o penosidad– integran conceptos jurídicos indeterminados que, en cuanto tales, tienen naturaleza reglada: o hay penosidad o no la hay, o hay peligrosidad o no, etc. No aparece pues en la determinación del complemento específico la discrecionalidad administrativa –no resulta indiferente para el Derecho, es decir, no es igualmente justo que se aprecie o no la peligrosidad, la penosidad, etc.–, sino que se trata de actuación reglada, bien que con un, en este caso, amplio margen de apreciación para la Administración. Por lo que la cuantificación del complemento específico la Administración ha de atender exclusivamente a las circunstancias legalmente contempladas, referidas a cada puesto de trabajo, sin tener que fijar su cuantía atendiendo a criterios comparativos con el asignado a otros puestos de trabajo del mismo centro o dependencia (STS 1 julio 1994, n.º sentencia 10968/1994).

Para la fijación de la cuantía individualizada del complemento específico en una relación de puestos de trabajo, en todo caso, debe procederse necesariamente a una valoración de las condiciones particulares de los puestos de trabajo previa o, al menos, paralela a la aprobación de dicha relación de puestos de trabajo, ya que la determinación o asignación de complementos específicos vinculados al puesto de trabajo responden al contenido del puesto de trabajo singularizado, lo que si bien puede exigir un estudio complejo y laborioso por

²⁰ GUILLÉN-CARAMÉS, Javier, y FUENTETAJA PASTOR, Jesús. *El principio de objetividad en la Función Pública (un análisis desde la jurisprudencia)*. Documentación Administrativa, n.º 289, 2011, p. 166.

parte de la Administración que corresponda no puede ser eludido (STS 21 mayo 2019, rec. 331/2017).

La fijación del complemento específico, de este modo, tiene que basarse en las características objetivas propias del puesto de trabajo y no en las condiciones subjetivas del funcionario. Estando el complemento específico conformado en atención exclusiva a los datos objetivos que, por razón de su cometido funcional o sus circunstancias, configuran el puesto de trabajo, las condiciones personales del funcionario no son un factor que pueda ser ponderado a los efectos del complemento específico, por ser ajenas a esos únicos elementos objetivos que la ley tiene en cuenta para configurar y reconocer esta específica modalidad de retribución complementaria; elementos que están constituidos por las notas objetivas de dificultad técnica, dedicación, responsabilidad, incompatibilidad, peligrosidad o penosidad que concurren en determinados puestos de trabajo, con independencia de la persona que los ocupe, en razón de las circunstancias objetivas que necesariamente han acompañar al desempeño de sus cometidos funcionales. Siendo la consecuencia de ello que, teniéndose que ponderar a los efectos del complemento específico únicamente esos elementos objetivos del desempeño del puesto, no es constitucionalmente aceptable, desde la perspectiva del principio de igualdad del artículo 14 CE, establecer diferencias entre puestos de trabajo cuando todos ellos presenten una sustancial identidad en cuanto a las circunstancias objetivas de su desempeño (STS 10 junio 2009, rec. n.º 3152/2006).

La percepción del complemento específico plantea una problemática particular relacionada con la regulación del régimen de incompatibilidades aplicable a los funcionarios públicos. El art. 16 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, prevé que, sin perjuicio de las limitaciones que para el ejercicio de actividades privadas se establecen en dicha norma, podrá reconocerse compatibilidad para el ejercicio de actividades privadas al personal que desempeñe puestos de trabajo que comporten la percepción de complementos específicos, o concepto equiparable, cuya cuantía no supere el 30 por 100 de su retribución básica, excluidos los conceptos que tengan su origen en la antigüedad.

No obstante, para los funcionarios de la Administración del Estado, el RD-ley 20/2012 (disp. adic. quinta) estableció la posibilidad de que los pertenecientes a los Subgrupos A1 y A2 soliciten la reducción, a petición propia, del complemento específico al objeto de adecuarlo al porcentaje al que se refiere el artículo 16.4 de la Ley 53/1984, excluyéndose a los funcionarios que ocupen puestos en Gabinetes de miembros del Gobierno y altos cargos de la Adminis-

tración General del Estado y a los que desempeñen puestos que tengan asignado complemento de destino de nivel 30 y 29.

Para el ámbito del personal sanitario, el art. 77.2 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, establece que, en el ámbito de cada servicio de salud se establecerán las disposiciones oportunas para posibilitar la renuncia al complemento específico por parte del personal licenciado sanitario, debiendo regularse los supuestos, requisitos, efectos y procedimientos para dicha solicitud. La STC 197/2012 declara inconstitucionalidad que una Comunidad Autónoma establezca el carácter absolutamente irrenunciable del complemento específico por el personal sanitario facultativo.

3.3.3 RETRIBUCIONES RELACIONADAS CON EL DESEMPEÑO DEL TRABAJO Y EL RENDIMIENTO OBTENIDO

El factor relacionado con el grado de interés, iniciativa o esfuerzo con que el funcionario desempeña su trabajo y el rendimiento o resultados obtenidos configura el complemento que en la Ley 30/1984 se denomina complemento de productividad²¹. No obstante, la caracterización en el EBEP de este concepto retributivo se hace girar en torno al elemento del desempeño por los funcionarios de sus cometidos y la consecución de determinados objetivos y resultados y, consecuentemente, a la evaluación de ese desempeño, cuya regulación constituye una de las principales novedades introducidas por el EBEP²² en relación con la legislación anterior. El art. 20 del EBEP dispone que las Administraciones Públicas establecerán sistemas que permitan la evaluación del desempeño de sus empleados, la cual consiste en «el procedimiento mediante el cual se mide y valora la conducta profesional y el rendimiento o el logro de resultados» (apartado 1), y determinarán los efectos de la evaluación en, entre otros aspectos, las retribuciones complementarias previstas en el art. 24 del EBEP. A este respecto, el art. 20.5 EBEP condiciona la aplicación de las retribuciones complementarias vinculadas al grado de interés, iniciativa o esfuerzo con que el funcionario desempeña su trabajo y al rendimiento o resultados obtenidos (art. 24.c) EBEP) a la aprobación previa, en cada caso, de sistemas objetivos que permitan evaluar el desempeño.

²¹ En la Ley 30/1984 el complemento de productividad está «destinado a retribuir el especial rendimiento, la actividad extraordinaria y el interés o iniciativa con que el funcionario desempeña su trabajo» (art. 23.3).

²² Y, en su momento, por el EBEP/2007.

Debe ser, por tanto, cada Administración pública la que regule el sistema de evaluación y los efectos de la misma. Tratándose de la Administración del Estado, el RD-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo, dedica el capítulo I del título III (arts. 116 a 121) a la evaluación del desempeño, debiendo determinarse reglamentariamente el modelo general y el procedimiento para la misma (art. 118.1). En cuanto a los efectos retributivos, en su art. 119.4 define el denominado «complemento de desempeño» como aquel que retribuye el rendimiento o resultados obtenidos por el personal funcionario. Conforme a la disp. transit. séptima del citado RD-ley, hasta tanto se implemente la evaluación del desempeño, el complemento de desempeño se regirá con arreglo a los mismos modelos, criterios o baremos que se encuentren autorizados y en vigor para la asignación del complemento de productividad; una vez se implemente la evaluación del desempeño, el complemento de desempeño sustituirá a todos los efectos al complemento de productividad.

El complemento de productividad no responde al grupo de titulación ni al nivel de puesto de trabajo sino a la actividad realizada por el empleado público en cuestión y su fijación, a partir de su labor y de los criterios que establecen los preceptos que definen este concepto retributivo, corresponde efectuarla de manera discrecional pero motivada a la Administración correspondiente. Además, circunscrita a un período determinado, la asignación del complemento y su importe para el mismo no significa que deba asignarse en el siguiente ni que deba, caso de que se considere justificada esta retribución, tener la misma cuantía que en el anterior. No hay, pues, una cuantía predeterminada, sino que su fijación ha de responder a la dedicación, iniciativa e interés de cada empleado público en valoración discrecional de la Administración, debidamente justificada (STS 205/2022, rec. 376/2020).

El devengo de este complemento se encuentra en relación con el tiempo de servicios efectivamente prestados, no estando conectado al desempeño del puesto en el momento del cálculo del complemento, ni aún cuando tal cálculo tenga carácter anual (STS 3 julio 2006, rec. 2710/2001).

Para los funcionarios del Estado incluidos en el ámbito de la aplicación de la Ley 30/1984, las correspondientes Leyes de Presupuestos Generales vienen regulando el complemento de productividad²³, estableciendo que la valoración de la productividad deberá realizarse en función de circunstancias obje-

²³ La más reciente, la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023, en su art. 23.

tivas relacionadas con el tipo de puesto de trabajo y el desempeño del mismo y, en su caso, con el grado de participación en la consecución de los resultados u objetivos asignados al correspondiente programa, así como que, en ningún caso, las cuantías asignadas por complemento de productividad durante un período de tiempo originarán derechos individuales respecto de las valoraciones o apreciaciones correspondientes a períodos sucesivos.

3.3.4 RETRIBUCIONES POR LA REALIZACIÓN DE SERVICIOS EXTRAORDINARIOS

El art. 24.d) EBEP incluye también, entre las retribuciones complementarias, las correspondientes a los servicios extraordinarios prestados fuera de la jornada normal de trabajo. El art. 23.3.d) Ley 30/1984 dispone que las mismas en ningún caso podrán ser fijas en su cuantía y periódicas en su devengo.

En todo caso, no hay nada que se oponga a que la Administración establezca, justamente en uso de la discrecionalidad que le compete a la hora de retribuir los servicios, un criterio previo según el cual se valoren en una determinada cuantía cada una de las horas trabajadas en servicios extraordinarios, lo cual no establece de forma fija y periódica el percibo, pues pueden o no realizarse los servicios y si se realizan, con una duración u otra, ni puede admitirse que la libertad que la norma deja para que la Administración establezca la cuantía impida que se use justamente tal libertad para establecer una referencia (que no fijación definitiva de la cuantía) para su determinación en caso de que se realicen los servicios (STS 30 mayo 2008, rec. 1131/2005).

3.4 Pagas extraordinarias

El art. 22.4 EBEP dispone que las pagas extraordinarias serán dos al año, cada una por el importe de una mensualidad de retribuciones básicas y de la totalidad de las retribuciones complementarias, salvo aquéllas a las que se refieren los apartados c) y d) del art. 24 (las relacionadas con el grado de interés, iniciativa o esfuerzo con que el funcionario desempeña su trabajo y el rendimiento o resultados obtenidos y las abonadas por servicios extraordinarios prestados fuera de la jornada normal de trabajo). La exclusión de las retribuciones establecidas en las letras c) y d) del art. 24 EBEP obedece a que, por su

propia naturaleza, se trata de retribuciones que no deben ser fijas en su percepción ni consolidables en su concepción ²⁴.

3.5 Retribuciones de los funcionarios interinos

El EBEP, en su art. 25.1, reconoce a los funcionarios interinos el derecho a percibir las retribuciones básicas y las pagas extraordinarias correspondientes al Subgrupo o Grupo de adscripción, en el supuesto de que éste no tenga Subgrupo. En cuanto a las retribuciones complementarias, percibirán las referidas en los apartados b), c) y d) del artículo 24 y las correspondientes a la categoría de entrada en el cuerpo o escala en el que se le nombre. Es decir, percibirán las retribuciones relacionadas con las características del puesto de trabajo o las condiciones de desarrollo del trabajo, las relacionadas con el desempeño del trabajo y el rendimiento obtenido y las retribuciones por la realización de servicios extraordinarios.

Tratándose de las retribuciones relacionadas con la progresión en la carrera profesional, se dispone que únicamente percibirán las correspondientes a la categoría de entrada en el cuerpo o escala en el que se le nombre, sin derecho, por tanto, a las retribuciones vinculadas al progreso en la carrera profesional. No obstante, el Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de marzo de 2018, asunto C-315/17, ha declarado que la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional que reserva la participación en el sistema de carrera profesional horizontal del personal administrativo y de servicios de una Universidad pública y, en consecuencia, el derecho al complemento retributivo derivado de dicha participación, a los funcionarios de carrera y al personal laboral fijo, excluyendo, en particular, a los funcionarios interinos. Con base en esta doctrina, el Tribunal Supremo ha resuelto que la carrera profesional establecida en acuerdos del Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma está incluida en el concepto «condiciones de trabajo» de la cláusula 4.^a ²⁵ del Acuerdo Marco incorporado a la Directiva 1999/70/CE referida al principio de no discriminación y, a los efectos de valorar las diferencias de régimen jurídico

²⁴ PALOMAR OLMEDA, ALBERTO, *Derecho de ...*, op. cit., p. 423.

²⁵ «Por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas».

aplicable a los funcionarios interinos y al personal laboral temporal, afirma que existe discriminación de este personal por condicionarse su participación en la carrera profesional diseñada en el acuerdo referido a la circunstancia de haber superado un proceso de ingreso y, por tanto, a la adquisición previa de la condición de funcionario de carrera o personal laboral fijo, por no admitirse que ese condicionamiento integre una causa objetiva que justifique la diferencia de trato (STS 6 marzo 2019, rec. 2595/2017).

En relación con los trienios, el art. 25.2 EBEP afirma que se reconocerán «los trienios correspondientes a los servicios prestados antes de la entrada en vigor del presente Estatuto [el EBEP/2007] que tendrán efectos retributivos únicamente a partir de la entrada en vigor del mismo». Sobre la limitación de efectos temporales en cuanto al abono de los trienios a los funcionarios interinos, la STJUE 22 diciembre 2010, asunto C-444/2009, declaró que la cláusula 4, apartado 1²⁶, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, es incondicional y suficientemente precisa para poder ser invocada frente al Estado por funcionarios interinos ante un tribunal nacional para que se les reconozca el derecho a complementos salariales, como los trienios, correspondientes al período comprendido entre la expiración del plazo impartido a los Estados miembros para la transposición de la Directiva 1999/70 al Derecho interno (el 10 de julio de 2001) y la fecha de entrada en vigor de la norma nacional que transpone la Directiva al Derecho interno del Estado miembro de que se trate (el EBEP/2007)²⁷, sin perjuicio del respeto de las disposiciones pertinentes del Derecho nacional en materia de prescripción. Con base en esta sentencia, la STS 7 abril 2011, rec. 39/2009, afirma que debe reconocerse la eficacia directa de la Directiva 1999/70 /CE, lo que obliga al cumplimiento de la norma comunitaria, procediendo el abono retroactivo de los haberes devengados en función de los trienios reconocidos, y con el límite de prescripción previsto por el ordenamiento jurídico.

3.6 Retribuciones de los funcionarios en prácticas

Conforme al art. 26 EBEP, las Administraciones Públicas determinarán las retribuciones de los funcionarios en prácticas que, como mínimo, se corresponderán a las del sueldo del Subgrupo o Grupo, en el supuesto de que éste no tenga Subgrupo, en que aspiren a ingresar.

²⁶ Transcrita en la nota anterior.

²⁷ Que entró en vigor el 13 de mayo de 2007.

En el ámbito de la Administración del Estado, esta materia se regula en el RD 456/1986, de 10 de febrero, por el que se fijan las retribuciones de los funcionarios en prácticas, cuyo art. 1 establece que quienes se encuentren en período de prácticas o desarrollando cursos selectivos serán nombrados funcionarios en prácticas y percibirán una retribución equivalente al sueldo y pagas extraordinarias correspondientes al grupo en el que esté clasificado el cuerpo o escala en el que aspiren a ingresar. El apartado 2 dispone que los funcionarios en prácticas que ya estén prestando servicios remunerados en la Administración como funcionarios de carrera o interinos o como personal laboral deberán optar al comienzo del período de prácticas o del curso selectivo por percibir, con cargo al Departamento ministerial u organismo público al que estén adscritos los puestos de trabajo de origen, bien las retribuciones correspondientes al puesto que estén desempeñando hasta el momento de su nombramiento como funcionarios en prácticas, además de los trienios que tuvieran reconocidos (lo cual incluye tanto retribuciones básicas como complementarias, STS 27 enero 2003, rec. 34/2002) o el sueldo y las pagas extraordinarias, además de los trienios reconocidos. Los funcionarios en prácticas que sean nombrados funcionarios de carrera al haber superado el período de prácticas o el curso selectivo, continuarán percibiendo en el plazo posesorio las mismas retribuciones que les hayan sido acreditadas durante el tiempo de realización de las prácticas o del curso selectivo (apartado 3).

El período a efectos de percepción de las retribuciones y reconocimiento de antigüedad como funcionarios en prácticas debe ser computado desde el día en que se inició el curso selectivo hasta el día en que se publica su nombramiento definitivo como funcionarios de carrera (STS 26 octubre 1995, rec. 5017/1992).

3.7 Retribuciones del personal laboral

Respecto a las retribuciones del personal laboral, el art. 27 EBEP se limita a afirmar que las mismas se determinarán de acuerdo con la legislación laboral, el convenio colectivo que sea aplicable y el contrato de trabajo, respetando en todo caso lo establecido en el artículo 21 del EBEP. Por tanto, la determinación de las retribuciones del personal laboral se remite a la negociación colectiva, lo cual se justifica, según la «Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público», en que, por lo que se refiere a los aspectos retributivos, la equiparación por vía legal de personal laboral al funcionario, aparte de las implicaciones presupuestarias que, sin

duda, tendría, no parece la solución más adecuada, ya que introduciría elementos de rigidez en el empleo público laboral no siempre justificados; no es igual, por ejemplo, la situación del personal laboral de una Administración territorial que realiza funciones similares a personal funcionario de la misma, que la del personal laboral que compone el empleo total o casi total de una entidad pública empresarial²⁸.

Como prevé el art. 21 EBEP, la determinación de las retribuciones del personal laboral debe respetar, en todo caso, las obligaciones presupuestarias que se establecen en el art. 21 del EBEP. Como ha subrayado el Tribunal Constitucional, el principio de jerarquía normativa reconocido en el art. 9.3 CE impide que los incrementos retributivos alcanzados mediante pacto o convenio prevalezcan sobre las concretas determinaciones contenidas en normas con rango de ley, por lo que los incrementos retributivos fijados por vía de pacto o convenio en el seno de una Administración autonómica que no se adecuan al tope máximo previsto en la Ley de Presupuestos del Estado para el correspondiente ejercicio han de estimarse inaplicables y desplazados en su eficacia jurídica por las determinaciones de dicha Ley (STC 62/2001).

3.8 Indemnizaciones por razón del servicio

El art. 28 EBEP dispone que los funcionarios percibirán las indemnizaciones correspondientes por razón del servicio. Lo mismo se establecía en el art. 23.4 Ley 30/1984.

Para el ámbito de la Administración del Estado, la regulación se contiene en el RD 462/2002, de 24 de mayo, sobre indemnizaciones por razón del servicio. En el mismo se regulan:

- Las comisiones de servicio con derecho a indemnización (los cometidos especiales que circunstancialmente se ordenen al personal comprendido en el artículo anterior y que deba desempeñar fuera del término municipal donde radique su residencia oficial, art. 3), que pueden dar lugar a dietas, indemnización de residencia eventual y gastos de viaje (art. 9);
- los desplazamientos dentro del término municipal por razón del servicio (art. 20);

²⁸ COMISIÓN PARA EL ESTUDIO Y PREPARACIÓN DEL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO, *Estatuto Básico del Empleado Público. Informe de la Comisión*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2005, p. 160.

- los traslados de residencia, que pueden ser dentro del territorio nacional (art. 23) o al extranjero (art. 24); y
- las asistencias (art. 27; pueden derivarse de concurrencia a las reuniones de órganos colegiados de la Administración y de los organismos públicos y de consejos de administración de empresas con capital o control públicos, de participación en tribunales de oposiciones y concursos encargados de la selección de personal o de pruebas cuya superación sea necesaria para el ejercicio de profesiones o para la realización de actividades, y de la colaboración con carácter no permanente ni habitual en institutos, escuelas o unidades de formación y perfeccionamiento del personal al servicio de las Administraciones públicas).

3.9 Retribuciones diferidas

El art. 29 EBEP prevé que las Administraciones Públicas podrán destinar cantidades hasta el porcentaje de la masa salarial que se fije en las correspondientes Leyes de Presupuestos Generales del Estado a financiar aportaciones a planes de pensiones de empleo o contratos de seguro colectivos que incluyan la cobertura de la contingencia de jubilación, para el personal incluido en sus ámbitos, de acuerdo con lo establecido en la normativa reguladora de los Planes de Pensiones. Estas cantidades destinadas a financiar aportaciones a planes de pensiones o contratos de seguros tendrán a todos los efectos la consideración de retribución diferida.

A este respecto, la disp. final segunda del RD Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, establece que las Administraciones públicas, incluidas las Corporaciones Locales, las entidades, organismos de ellas dependientes y empresas participadas por las mismas podrán promover planes de pensiones de empleo y realizar aportaciones a los mismos, así como a contratos de seguro colectivos, incluidos los formalizados por mutualidades de previsión social empresarial, con el fin de instrumentar los compromisos u obligaciones por pensiones vinculados a las contingencias del art. 8.6²⁹ de di-

²⁹ Que son las siguientes:

- a) Jubilación.
- b) Incapacidad laboral total y permanente para la profesión habitual o absoluta y permanente para todo trabajo, y la gran incapacidad.
- c) Muerte del partícipe o beneficiario.
- d) Dependencia severa o gran dependencia del partícipe.

cha Ley referidos a su personal funcionario o laboral o en relación de servicios regulada por normas administrativas estatutarias. Lo cual se entenderá sin perjuicio de la correspondiente habilitación presupuestaria de que disponga cada entidad o empresa, así como de las posibles autorizaciones previas a las que pudiesen estar sometidas tales aportaciones tanto de carácter normativo como administrativo, para, en su caso, destinar recursos a la financiación e instrumentación de la previsión social complementaria del personal.

La STC 139/2005 afirmó que la referida disp. final segunda del RD Legislativo 1/2002 no vulnera el art. 14 CE por cuanto no se produce una desigualdad retributiva entre distintos funcionarios, sin motivación ni justificación razonable, por el solo hecho de que una Administración constituya el fondo y los funcionarios se afilien a él, en detrimento de las Administraciones y funcionarios que no actúen de igual modo.

El EBEP lo que hace, en esta materia, es regular los límites presupuestarios en los que las Administraciones públicas pueden adoptar estas medidas de previsión social complementaria.

La STC 215/2015 reconoció la legitimidad constitucional de la decisión del legislador estatal de excluir para el año 2012 las aportaciones a planes de pensiones y contratos de seguro por parte de las Administraciones, entidades y sociedades públicas, al encontrarse dicha medida justificada desde el punto de vista de la autonomía financiera, en la medida en que existe una relación evidente entre una medida de contención del gasto de personal, como es la suspensión de las aportaciones a planes de pensiones y contratos de seguros a favor de todo el personal al servicio de las Administraciones públicas y la dirección de la política económica general, concretada en el cumplimiento de los compromisos de estabilidad presupuestaria y reducción del déficit público.

3.10 Deducción de retribuciones

El art. 30.1 EBEP prescribe que, sin perjuicio de la sanción disciplinaria que pueda corresponder, la parte de jornada no realizada dará lugar a la deducción proporcional de haberes, que no tendrá carácter sancionador. Esta es una consecuencia retributiva del principio de conducta previsto en el art. 54.2 EBEP en cuya virtud los empleados públicos deben desempeñar las tareas correspondientes a su puesto de trabajo de forma diligente y cumpliendo la jornada y el horario establecidos. El EBEP recoge una previsión que ya se venía incorporando a las Leyes de Presupuestos Generales del Estado desde la Ley 31/1991, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado

para 1992, cuyo art. 36³⁰ derogó el art. 31.2 de la Ley 30/1984, que establecía que «Las faltas de puntualidad y las de asistencia, cuando constituyan faltas leves, se sancionarán con la deducción proporcional de las retribuciones».

En cuanto a la forma de cálculo de la deducción, el apartado 2 del art. 36 de la Ley 31/1991 dispuso, en redacción dada por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que «Para el cálculo del valor hora aplicable en dicha deducción se tomará como base la totalidad de las retribuciones íntegras mensuales que perciba el funcionario dividida entre el número de días naturales del correspondiente mes y, a su vez, este resultado por el número de horas que el funcionario tenga obligación de cumplir, de media, cada día».

Por su parte, el art. 30.2 EBEP dispone que quienes ejerciten el derecho de huelga no devengarán ni percibirán las retribuciones correspondientes al tiempo en que hayan permanecido en esa situación, sin que la deducción de haberes que se efectúe tenga carácter de sanción ni afecte al régimen respectivo de sus prestaciones sociales. El precepto recoge la misma redacción que tenía la disp. adic. segunda de la Ley 30/1984, sobre la que la STC 99/1987 declaró que tal disposición no regulaba o desarrollaba el derecho de huelga, sino que reconocía expresamente la legitimidad del descuento de haberes por la cesación colectiva en el trabajo, deduciendo las consecuencias sobre la retribución que, de acuerdo con los criterios generales deducibles del ordenamiento, se derivan de la situación de suspensión en la relación de empleo en que se sitúa el funcionario en huelga. El referido precepto de la Ley 30/1984 vino a regular esta consecuencia de la huelga de los funcionarios, toda vez que, previamente, la STC 90/1984 había declarado que no existía un derecho constitucional del sujeto pasivo a deducir o impagar la retribución a los funcionarios participantes en una huelga.

La no consideración de la deducción de haberes como sanción, en caso de ejercicio del derecho de huelga, ha venido siendo afirmada reiteradamente. La STS 17 diciembre 1991, rec. 1141/1990, ya declaró que esta deducción no es, en ningún caso, una sanción sino consecuencia natural de la suspensión de la relación de empleo dimanante del ejercicio de un derecho.

La STS de 29 febrero 1996, rec. 6094/1993, afirma que resulta perfectamente aplicable a la deducción por participación en una huelga la regulación de la deducción de haberes contenida en el art. 36 de la Ley 31/1991, que anteriormente se indicó.

³⁰ Que, en su párrafo 1, dispone que «La diferencia, en cómputo mensual, entre la jornada reglamentaria de trabajo y la efectivamente realizada por el funcionario dará lugar, salvo justificación, a la correspondiente deducción proporcional de haberes».

Sin perjuicio de ello, como establece el precepto, el descuento efectuado no afecta al régimen de las prestaciones sociales de los funcionarios públicos.

3.11 **Retribución durante la situación de incapacidad temporal**

La disp. adic. 54^a de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, regula, con carácter de norma básica, la percepción de retribuciones a percibir por el personal al servicio de las Administraciones públicas o al de los organismos y entidades públicas dependientes durante la situación de incapacidad temporal, estableciendo que cada Administración Pública podrá determinarlas previa negociación colectiva y, en el caso del personal funcionario al que se le hay expedido licencia por enfermedad, de acuerdo con las siguientes reglas:

- Respecto al personal funcionario incluido en el Régimen General de Seguridad Social y al personal estatutario y laboral, se podrá establecer un complemento retributivo desde el primer día de incapacidad temporal que, sumado a la prestación del Régimen General de la Seguridad Social, alcance hasta un máximo del cien por cien de sus retribuciones fijas del mes de inicio de la incapacidad temporal.

- Respecto al personal funcionario incluido en el Régimen de Mutualismo Administrativo, de acuerdo con el régimen retributivo establecido en su normativa, además del subsidio de incapacidad temporal, cada Administración Pública podrá acordar, previa negociación colectiva, para el período de tiempo que no comprenda la aplicación del subsidio de incapacidad temporal, la percepción de hasta el cien por cien de las retribuciones, básicas y complementarias, correspondientes a sus retribuciones fijas del mes de inicio de la incapacidad temporal. Durante la percepción del subsidio por incapacidad temporal, éste podrá ser complementado por el órgano encargado de la gestión de personal, previa negociación colectiva, hasta alcanzar como máximo el cien por cien de las retribuciones que el funcionario hubiera percibido el mes de inicio de la incapacidad temporal.

Para la determinación de anterior podrán, en su caso, establecerse diferentes escenarios retributivos en función del tipo de contingencia que haya dado lugar a la incapacidad temporal o a la duración de la misma, sin que en ningún caso el régimen de seguridad social de pertenencia pueda justificar un trato más perjudicial para uno u otro colectivo, computando para ello tanto las prestaciones o subsidios a que se tengan derecho como las retribuciones que se abonen

por la Administración respectiva, para lo cual dicha Administración deberá aprobar, de acuerdo con lo previsto en el apartado anterior, el abono de unas retribuciones que permitan garantizar esta equivalencia de percepciones. Los supuestos de incapacidad temporal derivados de contingencias profesionales, así como los que afecten a la mujer gestante, deberán tener necesariamente el trato más favorable de los acordados por la Administración respectiva.

Para el ámbito de la AGE, el RD 956/2018, de 27 de julio, aprueba y publica el Acuerdo adoptado por la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado el 23 de julio de 2018, en relación al régimen retributivo de la situación de incapacidad temporal del personal al servicio de la Administración General del Estado y Organismos o Entidades Públicas dependientes. En el mismo se garantiza al personal comprendido en su ámbito de aplicación el cien por cien de las retribuciones ordinarias correspondientes al mes de inicio de la incapacidad temporal.

4. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALONSO OLEA, Manuel, *Introducción al Derecho del Trabajo*, 5.ª ed., 1994, Civitas, Madrid.
- BORRAJO DACRUZ, Efrén, *Introducción al Derecho del Trabajo*, 21.ª ed., 2012, Tecnos, Madrid.
- CASTILLO BLANCO, Federico A., «Derechos económicos» en CASTILLO BLANCO, Federico A. (dir.) y QUESADA LUMBRERAS, Javier E. (coord.), *Manual de Empleo Público*, 1.ª ed., Iustel, Madrid.
- CEA AYALA, Ángel, *Sobre las retribuciones de los empleados públicos*, Actualidad Administrativa, n.º 11, 2011.
- COMISIÓN PARA EL ESTUDIO Y PREPARACIÓN DEL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO, *Estatuto Básico del Empleado Público. Informe de la Comisión*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2005.
- FUENTETAJA, Jesús, *Derecho de la Función Pública*, 1.ª ed., Aranzadi La Ley, Madrid, 2024.
- GUILLÉN-CARAMÉS, Javier, y FUENTETAJA PASTOR, Jesús, *El principio de objetividad en la Función Pública (un análisis desde la jurisprudencia)*. Documentación Administrativa, n.º 289, 2011.
- PALOMAR OLMEDA, Alberto, *Derecho de la Función Pública. Régimen jurídico de los funcionarios públicos*, 13.ª ed., Dykinson, Madrid, 2021.
- ROQUETA BUJ, Remedios, *Derecho del Empleo Público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho de la Función Pública*, 15.ª ed., Tecnos, Madrid, 2022.

PARTE SEXTA
Relevancia tributaria y de Seguridad Social

CAPÍTULO XXXVIII

EL SALARIO Y SU INCIDENCIA EN LA BASE DE COTIZACIÓN A LA SEGURIDAD SOCIAL

CATALINA SMINTINICA

Contratada Postdoctoral de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Castilla-La Mancha

1. INTRODUCCIÓN

El salario ocupa una posición central en el ámbito de las relaciones laborales, tanto desde el punto de vista jurídico como desde una perspectiva socioeconómica. Su importancia no se limita a ser la manifestación del cumplimiento de la obligación retributiva por parte del empleador, sino que representa, en sí mismo, uno de los elementos definitorios del contrato de trabajo¹, *ex art. 1* del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores² (en adelante ET). Desde un punto de vista social, el salario presenta una doble dimensión: constituye, por un lado, la principal fuente de ingresos para la ma-

¹ ALFONSO MELLADO, Carlos. L.: «Salarios y negociación colectiva», en APARICIO TOVAR, Joaquín (coord.), *Estudios sobre el salario*, Bomarzo, Albacete, 2004, p. 9; GARCÍA MUÑOZ, Manuel: «Modificaciones sobre el concepto de salario, a efectos de cotización a la seguridad social, como consecuencia de la crisis económica», en ORTIZ CASTILLO, Francisco (dir.), SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, Cristina (dir.), RODRÍGUEZ INIESTA, Guillermo (dir.), OJEDA AVILÉS, Antonio (Hom.), *Los retos financieros del sistema de seguridad social: libro homenaje al profesor Antonio Ojeda Avilés*, Laborum, Granada, 2014, p. 523.

² BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015.

yoría de las personas trabajadoras y sus familias, y por otro, representa el coste más directo que deben afrontar los empresarios por la fuerza de trabajo recibida. A su vez, este coste sirve como referencia para calcular otras obligaciones económicas del empleador, como las cotizaciones sociales³. Desde un punto de vista jurídico, el salario puede definirse de forma genérica como la cantidad económica que el trabajador tiene derecho a percibir a cambio de los servicios prestados. Sin embargo, este concepto admite múltiples acepciones según el contexto normativo en el que se inscriba. Así lo demuestra la terminología diversa utilizada por el Estatuto de los Trabajadores donde se emplean expresiones como «retribución», «remuneración», «crédito salarial» o «haber-es», lo que refleja la complejidad que envuelve su regulación⁴.

En el presente estudio se pretende analizar el papel que desempeña el salario en la configuración de la base de cotización, prestando especial atención a las últimas reformas normativas. La contribución al Sistema de Seguridad Social se establece mediante el sistema de determinación de la base de cotización a los efectos de aplicar sobre la misma los distintos tipos de cotización establecidos por la legislación vigente para obtener así la cantidad exacta que, tanto por parte empresarial como por parte trabajadora, hay que ingresar en la Tesorería General de la Seguridad Social.

Actualmente, el 70,41%⁵ de los ingresos del Sistema de Seguridad Social proviene de las aportaciones realizadas por empresarios y trabajadores en concepto de cotización y recaudación conjunta. Aunque estas aportaciones se realizan de manera conjunta, difieren según el sujeto que las realiza. En términos económicos, se ha venido argumentando que la contribución del empresario se traslada finalmente al consumidor a través del precio de los productos o servicios⁶. Sin embargo, lo que aquí interesa es la cantidad específica que se descuenta directamente del salario del trabajador cada mes, así como la incidencia del salario mínimo interprofesional en la base de cotización.

Es importante tener en cuenta que la base de cotización utilizada para calcular estas aportaciones es la misma tanto para el empresario como para el tra-

³ ALFONSO MELLADO, Carlos. L.: «Salarios y negociación colectiva», *op. cit.*, p. 9.

⁴ MONEREO PÉREZ, José Luis, VICENTE PALACIO, Arantzazu, LÓPEZ INSUA, Belén del Mar, PERÁN QUESADA, Salvador, LÓPEZ VICO, Sheila: «Delimitación conceptual del salario y su estructura», en MONEREO PÉREZ, José Luis (dir.), *El salario en la encrucijada de las transformaciones en la empresa: entre heteronomía y autonomía*, Comares, Granada, 2024, pp. 1-2.

⁵ Dato extraído del presupuesto de ingresos para 2024 del Sistema de Seguridad Social. Consultado el 14 de mayo de 2025 en el siguiente enlace: C 1. Ingresos comparativo por rúbricas ec.(2024P).xlsx.

⁶ GARCÍA NINET, José Ignacio: «El salario a efectos del cálculo de la base de cotización a la Seguridad Social», DE LA VILLA GIL, Luis Enrique (coord.), *Estudios sobre el salario*, Asociación de Cajas de Ahorros para Relaciones Laborales, ACARL, España, 1993, p. 783.

bajador. Esta base, en el momento de acceder a una prestación contributiva del Sistema de Seguridad Social, se toma en cuenta sin importar quién haya realizado el ingreso, ya que lo determinante es exclusivamente la base de cotización.

Con el cometido propuesto se pretende poner en valor la función que desempeña el salario en la determinación de las bases de cotización a la Seguridad Social, subrayando la relevancia de las cotizaciones como una contribución con sentido de futuro. Las aportaciones realizadas por los sujetos obligados no sólo permiten sostener el Sistema en el presente, sino que también garantizan la cobertura de las prestaciones contributivas una vez que se produce una contingencia protegida legalmente. En este marco, las cotizaciones no son un mero trámite administrativo, sino un pilar estructural del sistema financiero de reparto, sustentado en fondos de nivelación y de reserva que refuerzan su sostenibilidad.

Asimismo, se busca esclarecer con precisión que conceptos salariales deben ser incluidos o excluidos en la base de cotización, una cuestión clave tras las reformas normativas que han modificado el artículo 147 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social⁷(en adelante TRLGSS). Dichas reformas tienen como objetivo principal integrar en la base conceptos retributivos cuya exclusión previa resultaba injustificada desde una perspectiva jurídica y económica. Al ampliar los elementos computables en la base de cotización, se logra no sólo una mayor coherencia normativa, sino también una medida efectiva para reforzar la sostenibilidad financiera del Sistema. Este proceso de inclusión de nuevos conceptos retributivos tiene un doble efecto: por un lado, aumenta los ingresos al Sistema y, por otro, eleva la base de cotización de los trabajadores. Esto último, aunque no siempre, repercute de forma directa y positiva en las prestaciones futuras, al estar directamente vinculadas a las bases sobre las que se ha cotizado⁸.

2. SALARIO Y COTIZACIÓN: SU INCIDENCIA EN LA SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

El salario, entendido como la retribución que el trabajador percibe como contraprestación por los servicios prestados, constituye no sólo un elemento

⁷ BOE núm. 261, de 32 de octubre de 2015.

⁸ COLLADO GARCÍA, LUIS, ROMERO RODENAS, María José, TRILLO PÁRRAGA, Francisco: *El salario y la cotización a la Seguridad Social*, Bomarzo, Albacete, 2024, p. 311.

esencial y necesario del contrato de trabajo, sino también un factor determinante en la financiación del Sistema de Seguridad Social. Desde los orígenes de la legislación laboral sus distintas normas, aunque no ofrecían una definición legal de salario, apuntaron un concepto amplio del término salario, entendiendo por ello la totalidad de los beneficios económicos que obtiene el trabajador como consecuencia de la realización de su trabajo.

Con posterioridad, el legislador procedió a fijar una definición legal del salario para evitar cualquier tipo de duda al respecto, transitando desde un concepto amplio de salario a otro más depurado⁹. De este modo, establece a través del vigente art. 26.1 ET que «se considerará salario la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los periodos de descanso computables como de trabajo», añadiendo en su segundo apartado que «no tendrán la consideración 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». La técnica jurídica empleada para definir el salario está constituida por una doble delimitación de esta noción, esto es, una delimitación positiva de lo que debe entenderse por salario y de una delimitación negativa, es decir, que no tendrá en ningún caso carácter salarial, aunque suponga un ingreso patrimonial para el trabajador¹⁰. Esta definición legal es significativa tanto desde una perspectiva conceptual como práctica porque su diferenciación de otras prestaciones que puede percibir el trabajador, pero que no merecen la consideración de salario, resulta importante por cuanto que el tratamiento legal de las percepciones del trabajador resulta diferente según se califiquen o no como salario¹¹.

Los elementos que definen positivamente la institución del salario son: a) desde un punto de vista subjetivo, el obligado al abono de la deuda salarial es el empleador, como sujeto del contrato de trabajo. En sentido negativo, la jurisprudencia

⁹ Sobre la evolución del concepto de salario, *vid.* GARCÍA MUÑOZ, Manuel: «Modificaciones sobre el concepto de salario, a efectos de cotización a la seguridad social, como consecuencia de la crisis económica», *op. cit.*, pp. 523-525.

¹⁰ MONEREO PÉREZ, José Luis, VICENTE PALACIO, Arantzazu, LÓPEZ INSUA, Belén del Mar, PERÁN QUESADA, Salvador, LÓPEZ VICO, Sheila: «Delimitación conceptual del salario y su estructura», en MONEREO PÉREZ, José Luis (dir.), *El salario en la encrucijada de las transformaciones en la empresa...*, *op. cit.*, p. 9.

¹¹ CRUZ VILLALÓN, Jesús: *Compendio de Derecho del Trabajo*, 17.ª Ed., Tecnos, Madrid, 2024, p. 311.

dencia vino a considerar como no salariales las propinas¹², por ser cantidades que se perciben de personas ajenas a la empresa; b) desde una óptica objetiva, se trata de la obligación de entrega periódica de cantidades de carácter económico que puede ser en dinero como en especie; c) desde el punto de vista causal, el salario constituye la contraprestación abonada «por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena», esto es, con el salario se está retribuyendo el trabajo efectuado por el trabajador, existiendo en esa medida una estrecha relación sinalagmática entre deber de trabajar y deber retribuido.

En sentido negativo, no se consideran como salario, calificadas como percepciones extrasalariales, todas aquellas cantidades percibidas por el trabajador que no reúnan los elementos anteriormente descritos que integran el concepto de salario. El legislador enumera las percepciones extrasalariales y son las siguientes: a) las cantidades que compensan al trabajador por gastos soportados por él con ocasión del trabajo o gastos necesarios para poder atender sus obligaciones profesionales; b) las indemnizaciones legales que debe abonar el empleador por daños ocasionados al trabajador en el marco de la ejecución de su contrato de trabajo. El texto legal menciona expresamente las indemnizaciones correspondientes a traslados de residencia, suspensiones del contrato de trabajo o bien despidos; c) las prestaciones de Seguridad Social y las mejoras de Seguridad Social. La relación de percepciones extrasalariales se agota con los tres supuestos previamente mencionados porque la lista prevista por el precepto legal es cerrada y no cabe efectuar una ampliación a otro tipo de partidas abonadas por el empleador¹³.

La condición extrasalarial a veces se atribuye a cantidades que realmente son salario y ello supone un incuestionable perjuicio para los trabajadores en la medida en que les afectan bajo distintos prismas. En primer lugar, las percepciones extrasalariales no siempre cotizan a la Seguridad Social, lo cual les afectará en la cuantía a percibir en concepto de subsidio o prestaciones futuras. En segundo lugar, es conocido que las retribuciones (por ejemplo, las vacaciones) a recibir por parte del trabajador o las indemnizaciones en caso de extinción del con-

¹² La STS 635/2021, de 17 de junio (rec. 180/2019). Un análisis completo de esta sentencia véase en SÁNCHEZ TRIGUEROS, Carmen: «Sobre las propinas en el sector de la hostelería», *Revista de Derecho Laboral*, VLex, 2021. Una perspectiva de la realidad jurídico-práctica de las propinas en el ámbito de la hostelería, *vid.* SÁNCHEZ DEL OLMO, Víctor: «Una aproximación a la realidad jurídico-práctica de las propinas en hostelería», *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, núm. 11, 2024, pp. 105-115; Aunque las propinas no son salario, un caso especial lo constituye los Casinos y Bingos que toman en consideraciones las cantidades derivadas de las propinas para el cálculo del salario mínimo pactado en convenio. *Vid.*, al respecto, VV.AA.: «Delimitación conceptual del salario y su estructura», en MONEREO PÉREZ, José Luis (dir.), *El salario en la encrucijada de las transformaciones en la empresa...*, *op. cit.*, p. 10.

¹³ CRUZ VILLALÓN, JESÚS: *Compendio de Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, p. 315.

trato o despido se calculan en función del salario real, por lo que un menor salario declarado conlleva a recibir cantidades disminuidas por estos conceptos o indemnizaciones más bajas. Además, las cantidades extrasalariales no se benefician de las normas de protección y garantía del salario. Por todo ello, se recomienda limitar los ingresos extrasalariales al mínimo imprescindible, asegurando que solo compensen gastos reales y otorgando preferencia a los conceptos retributivos de naturaleza salarial¹⁴.

En cualquier caso, para determinar si una retribución tiene o no el carácter salarial ha de atenderse a la verdadera causa o motivo que justifica el abono, sin que resulte trascendente la denominación que las partes le asignen¹⁵.

Desde la perspectiva de la legislación de Seguridad Social, no todas las percepciones salariales tienen la misma consideración. Algunas de ellas, pese a tener carácter retributivo, pueden quedar excluidas de la base de cotización en virtud de lo establecido en la normativa vigente.

Actualmente, el Sistema de Seguridad Social cuenta con los siguientes recursos: a) las aportaciones progresivas del Estado, que se consignarán con carácter permanente en sus Presupuestos Generales, y las que se acuerden para atenciones especiales o resulten precisas por exigencia de la coyuntura; b) las cuotas de las personas obligadas; c) las cantidades recaudadas en concepto de recargos, sanciones u otras de naturaleza análoga; d) los frutos, rentas o intereses y cualquier otro producto de sus recursos patrimoniales en los supuestos que estos se produzcan y d) cualesquiera otros ingresos (art. 109.1 TRLGSS).

La cantidad por satisfacer a la Seguridad Social, en concepto de cotización, se identifica como cuota. Su cuantificación se lleva a cabo teniendo en cuenta dos elementos: la base de cotización y el tipo de cotización aplicable. Las cuotas abonadas por las personas trabajadoras y sus empleadores son el principal recurso del Sistema de Seguridad Social en lo que afecta a su modalidad contributiva. La cotización tiene, por tanto, una relevancia decisiva en la financiación del Sistema.

Sin embargo, el actual sistema de participación en base a la capacidad contributiva de cada trabajador en la financiación de la Seguridad Social que conocemos no ha sido configurado desde un principio como tal, sino que es el resultado de una evolución histórico-normativa¹⁶. Una de las líneas de evolu-

¹⁴ COLLADO GARCÍA, Luis, ROMERO RODENAS, María José, TRILLO PÁRRAGA, Francisco: *El salario y la cotización a la Seguridad Social*, op. cit., p. 60.

¹⁵ Ídem, p. 60.

¹⁶ Un recorrido normativo sobre la incidencia del salario en materia de cotización en el periodo 1943 a 1972 puede consultarse en GARCÍA NINET, José Ignacio: «El salario a efectos del cálculo de la base de cotización a la Seguridad Social», op.cit., pp. 784-800.

ción más relevantes del Sistema de Seguridad Social ha sido el tránsito desde un modelo de bases tarifadas, asociadas a categorías profesionales, hacia un sistema basado en la retribución efectivamente percibida por el trabajador. El cambio normativo se produjo por medio de la Ley 24/1972, de 21 de junio, de financiación y perfeccionamiento de la acción protectora de la Seguridad Social¹⁷. Esta evolución responde al principio de contributividad, que persigue una equivalencia entre lo cotizado y lo percibido en concepto de prestaciones. De modo que, la normativa actual busca aproximar la base de cotización al salario real, evitando situaciones de infracotización¹⁸ que afecten negativamente a los derechos futuros del trabajador y garantizar así con mayor eficacia las exigencias de la justicia redistributiva. Pese al propósito de aplicar salarios reales, la Ley de 1972 estableció dos toques, que aún hoy en día se mantienen, aunque con matizaciones: a) un límite mínimo, que se correspondería con el salario mínimo interprofesional vigente, que periódicamente sería revisado y, b) un límite máximo, fijado anualmente por parte del Gobierno, a través de la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

La finalidad del límite mínimo de la base de cotización es garantizar una cotización mínima obligatoria, incluso cuando el salario real del trabajador sea inferior¹⁹. De este modo, se asegura un nivel básico de financiación del sistema y se evita la infracotización, lo que repercute en la suficiencia de las futuras prestaciones, especialmente en casos como el trabajo a tiempo parcial o con salarios bajos. Además, cumple una función protectora del propio trabajador,

¹⁷ Disposición actualmente derogada, que se puede consultar en el BOE núm. 149, de 22 de junio de 1972.

¹⁸ Un supuesto muy peculiar lo constituye el cálculo de la base de cotización en el contrato de relevo abordado en la STS núm. 1752/2023, de 21 de diciembre (rec. 4065/2022). En esta sentencia se ha determinado el modo de calcular la base de cotización aplicable a quien aparece como relevista. La norma básica de Seguridad Social presume que el salario del relevista será bastante inferior al de la persona relevada y pretende que los ingresos de la Seguridad Social no mengüen en exceso. En esta tónica, el art. 215.2 e) del TRLGSS establece que la base de cotización del trabajador relevista no podrá ser inferior al 65% del promedio de las bases de cotización correspondientes a los seis últimos meses del periodo de la base reguladora de la pensión de jubilación parcial. La sentencia citada especifica que ese 65% va referido a la base de cotización que tenía la persona relevada antes de reducir su jornada, entre un 25% y un 7%. Además, hay que señalar que, durante el periodo de disfrute de la jubilación parcial, empresa y trabajador cotizarán por la base de cotización que, en su caso, hubiese correspondido de seguir trabajando este a jornada completa. Véase el comentario de esta sentencia realizado por SEMPERE NAVARRO, Antonio V.: «La base de cotización en el contrato de relevo», en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, BOE, núm. 1, 2024, consultado en el siguiente enlace el 15 de mayo de 2025: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-L-2024-00000002595.

¹⁹ En base al establecimiento de un tope mínimo de la base de cotización, resultará que, si una persona trabajadora percibe una retribución que es inferior a la base mínima de cotización correspondiente al grupo en el que se integra su categoría profesional, la cotización no podrá ser inferior al mínimo establecido, aunque la retribución si sea inferior. *Vid.* COLLADO GARCÍA, Luis, ROMERO RODENAS, María José, TRILLO PÁRRAGA, Francisco: *El salario y la cotización a la Seguridad Social*, *op. cit.*, p. 319.

ya que asegura que su cotización no sea tan baja como para comprometer su acceso o cuantía a las prestaciones del sistema.

Por otro lado, el tope máximo de la base de cotización establece un límite superior a la cuantía sobre la que se calculan las cuotas, independientemente de que el salario real del trabajador sea más alto. Su objetivo es evitar que las aportaciones al Sistema se disparen en relación con los ingresos más elevados, garantizando una cierta proporcionalidad en la carga contributiva. No obstante, este límite también implica que las prestaciones reconocidas tienen un techo, manteniendo así un equilibrio financiero entre lo aportado y lo percibido. Con medidas como la cotización adicional por solidaridad²⁰, se ha empezado a matizar este principio²¹. Tradicionalmente, este tope máximo operaba como un límite absoluto a partir del cual cesaba la obligación de cotizar, de modo que los salarios más altos no contribuían por la parte que excedía dicho umbral. Con la nueva medida, se establece una cuota adicional sobre el salario que supera la base máxima, que no genera derecho a prestaciones, pero sí se destina a financiar el sistema. Aunque el tope máximo sigue teniendo efectos para el cálculo de las prestaciones, ya no actúa como un límite absoluto en términos de aportación al sistema. Así, se reduce la desconexión entre salario real y esfuerzo contributivo.

A efectos de financiación del Sistema de la Seguridad Social, el concepto de salario se vincula directamente con la base de cotización, que determina la cuantía sobre la que se calculan las aportaciones o contribuciones tanto del trabajador como del empleador. Veamos a continuación de que

²⁰ La cotización adicional por solidaridad está prevista por el art. 19 bis del TRLGSS, introducido por el Real Decreto Ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones (BOE núm. 65, de 17 de marzo de 2023). Este precepto legal se encuentra desarrollado por el art. 72 bis del Real Decreto 2064/1995, en la redacción dada por el Real Decreto 322/2024. Esta cotización adicional de solidaridad implica que los sujetos obligados al pago de la cotización coticen por los ingresos que perciban por encima del tope máximo de la base de cotización vigente en cada momento. Sobre las cuestiones prácticas de esta nueva cotización de solidaridad véase con más detalle ARAGÓN GÓMEZ, Cristina: «Cuestiones prácticas sobre la nueva cotización de solidaridad», *Blog Foro de Labos*, publicado el 30 de enero de 2025, consultado en el siguiente enlace: <https://www.elforodelabos.es/2025/01/cuestiones-practicas-sobre-la-cuota-de-solidaridad/>.

²¹ Sobre los incrementos básicos y adicionales de la base máxima de cotización y topes máximos de las pensiones a la luz de la reforma de 2023 *vid.*, MALDONADO MOLINA, Juan Antonio: «El borrador de reforma de la base reguladora de la jubilación y el incremento de los topes máximos de las bases de cotización y de las pensiones», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 473, 2023, pp. 33- 38; Muy crítico al respecto, NICOLÁS BERNAD, José Alberto, «Solidaridad y equidad intergeneracional en la sostenibilidad del sistema de pensiones, en aplicación del Real Decreto-Ley 2/2023», en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 482, 2025, pp. 26-28.

conceptos está constituida la base de cotización y cuales computan en la misma y cuáles no.

3. LA BASE DE COTIZACIÓN A LA SEGURIDAD SOCIAL: CONCEPTOS QUE COTIZAN Y CONCEPTOS EXCLUIDOS DE COTIZACIÓN

El art. 147 del TRLGSS establece que la base de cotización para todas las contingencias y situaciones amparadas por la acción protectora del Régimen General, incluidas las de accidente de trabajo y enfermedad profesional, estará constituida por la remuneración total, cualquiera que sea su forma o denominación, tanto en metálico como en especie, que con carácter mensual tenga derecho a percibir el trabajador o asimilado, o la que efectivamente perciba de ser esta superior, por razón del trabajo que realice por cuenta ajena²². El desarrollo reglamentario de este precepto legal aparece recogido en el art. 23 del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social²³ (RD 2064/1995), que, a su vez, ha sido objeto de otras modificaciones posteriores²⁴.

A través del art. 147 del TRLGSS se asume el concepto de salario de la legislación laboral delimitándose así las percepciones económicas que componen la base de cotización y, por tanto, sometidas a imposición. Tenemos que destacar que el precepto legal de la Seguridad Social no utiliza el término «salario», sino el de «remuneración total, al que además se añade de «cualquiera que sea su forma o denominación», evidenciando así su intencionalidad de carácter abierta. Este dato, es muy importante en materia de Seguridad Social porque de acuerdo con el concepto de salario quedan integradas en la base de cotización las percepciones económicas retributivas que recibiera o tuvieran derecho a recibir los trabajadores por la realización de sus servicios laborales, excluyéndose las percepciones económicas indemnizatorias o de naturaleza extrasalarial.

²² BLASCO LAHOZ, José Francisco: *Seguridad Social. Régimen General, Regímenes Especiales y prestaciones no contributivas*, 7.ª Ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, p. 318.

²³ BOE núm. 22, de 25 de enero de 1996.

²⁴ Las principales modificaciones a las que nos referimos son las realizadas por la siguiente norma: el Real Decreto 637/2014, de 25 de julio, por el que se modifica el artículo 23 del Reglamento general sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre (BOE núm. 181, de 26 de julio de 2014).

Ahora bien, la calificación de una percepción económica como retributiva o indemnizatoria no puede fundarse exclusivamente en su denominación formal, sino que debe atender a su contenido material²⁵. Así, cuando su cuantía no se corresponde con gastos efectivamente asumidos por el trabajador en el ejercicio de sus funciones, o con perjuicios reales sufridos en sus derechos laborales, o los excede, dicha percepción –aunque formalmente presentada como indemnizatoria– adquiere naturaleza salarial.

Esta divergencia entre forma y sustancia puede derivar en afectaciones a los derechos laborales y a la integridad del sistema tributario y de Seguridad Social²⁶. Frente a ello, el ordenamiento jurídico ha reaccionado de manera desigual. Mientras que la normativa laboral no ha establecido mecanismos expresos para evitar estas distorsiones, en gran parte por su remisión a la negociación colectiva²⁷, los ámbitos fiscales y de Seguridad Social sí han implementado medidas orientadas a evitar la elusión tributaria y contributiva. Entre estas destacan la exigencia de justificación de la naturaleza no salarial de ciertas percepciones y la fijación de límites máximos exentos de tributación y cotización²⁸. Esto ha supuesto para algunos de los conceptos que no computan en la base de cotización sean sometidas a un límite reglamentario y, en el momento en el que se superase ese límite reglamentario, el exceso sí debía computar o ser integrado en la base de cotización.

²⁵ GARCÍA MUÑOZ, Manuel: «Modificaciones sobre el concepto de salario, a efectos de cotización a la seguridad social, como consecuencia de la crisis económica», *op. cit.*, p. 526.

²⁶ El Tribunal Constitucional ha venido manteniendo que la Seguridad Social tiene naturaleza de «prestación patrimonial de carácter público» (Auto 306/2004, de 20 de julio) y, admite que, aunque en el Sistema de Seguridad Social existe una notable correspondencia entre la cotización y las prestaciones no existe una relación sinalagmática o automática entre ambas como la que deriva de una relación contractual propia de los seguros privados, de manera que el concepto de cotización se aproxima más a la idea de tributación, lo cual implica que el importe de las prestaciones obtenidas por el Sistema estará en función de los recursos con los que cuente el mismo, sin perjuicio de la influencia que puedan tener las cotizaciones satisfechas. Este acercamiento de la cuota a la idea de tributación es lo que permite que puedan satisfacerse prestaciones, aunque no exista cotización (piénsese en las prestaciones no contributivas) o que, en ocasiones, las prestaciones se alejen de los periodos cotizados a lo largo de la vida laboral, como sucede con aquellas que derivan de contingencias profesionales. COLLADO GARCÍA, Luis, ROMERO RODENAS, María José, TRILLO PÁRRAGA, Francisco: *El salario y la cotización a la Seguridad Social*, *op. cit.*, pp. 291-292.

²⁷ A través de la reforma laboral de 1994 se derogó la normativa reglamentaria de ordenación salarial y se establecieron las bases del nuevo régimen jurídico en materia de salario que aún persiste en el régimen legal vigente. La reforma laboral de 1994 impuso una línea flexibilizadora y en materia salarial fue percibida como una limitación de la intervención del Estado en materia de salario para abrir espacios a la negociación tanto individual como colectiva. *Vid.*, al respecto APARICIO TOVAR, Joaquín: «Presentación», en APARICIO TOVAR, Joaquín (coord.), *Estudios sobre el salario*, Bomarzo, Albacete, 2004, pp. 6-7; ALFONSO MELLADO, Carlos. L.: «Salarios y negociación colectiva», *op. cit.*, pp.13-15.

²⁸ GARCÍA MUÑOZ, Manuel: «Modificaciones sobre el concepto de salario, a efectos de cotización a la seguridad social, como consecuencia de la crisis económica», *op. cit.*, p. 526.

El argumento sobre el que se sustenta esta medida es que no sólo está orientada a indemnizar al trabajador por los gastos soportados con ocasión de la realización de sus servicios laborales, sino, asimismo, a incrementar el salario por esta vía, sin que dichas cuantías pierdan por ello su naturaleza extrasalarial a efectos de la legislación laboral. De modo que, con esta limitación el legislador ha incorporado en la legislación de Seguridad Social la disposición establecida por la normativa fiscal de considerar rendimiento del trabajo las cantidades que, si bien formalmente no son salario, materialmente sí lo son²⁹. Se ha advertido por la doctrina³⁰ que la presunción legal de que las cuantías que excedan del límite reglamentario no se consideran indemnizatorias sino retributivas podría suponer que, en algunos casos, gastos efectivamente realizados por estos conceptos computen en la base de cotización y, en este sentido, hubiera sido más adecuado que las cuantías que superen los límites establecidos estén exentas de cotización si se demuestra que efectivamente corresponden a gastos realizados por estos conceptos.

Conviene precisar que la base de cotización puede variar en función de la contingencia protegida³¹ y, en este sentido, procede distinguir entre: base de cotización por contingencias comunes, constituida ésta por la suma de todas las percepciones económicas que recibe el trabajador, ya sean en dinero o en especie, siempre que estén sujetas a cotización según la normativa vigente.

²⁹ Por medio del art. 82 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (BOE núm. 315, de 31 de diciembre de 1996) se modificó el entonces vigente art. 109. 2 del TRLGSS de 1994 en los siguientes términos: «No se computarán en la base de cotización los siguientes conceptos: a) Las dietas y asignaciones para gastos de viaje, gastos de locomoción, cuando correspondan a desplazamientos del trabajador fuera de su centro habitual de trabajo para realizar el mismo en lugar distinto, así como los pluses de transporte urbano y de distancia por desplazamiento del trabajador desde su domicilio al centro de trabajo habitual, con la cuantía y alcance que reglamentariamente se establezcan. b) Las indemnizaciones por fallecimiento y las correspondientes a traslados, suspensiones y despidos. c) Las cantidades que se abonen en concepto de quebranto de moneda y las indemnizaciones por desgaste de útiles o herramientas y adquisición de prendas de trabajo, cuando tales gastos sean efectivamente realizados por el trabajador y sean los normales de tales útiles o prendas en los términos que reglamentariamente se establezca. d) Los productos en especie concedidos voluntariamente por las empresas en los términos que reglamentariamente se establezcan. e) Las percepciones por matrimonio. f) Las prestaciones de la Seguridad Social, así como sus mejoras y las asignaciones asistenciales concedidas por las empresas, éstas dos últimas en los términos que reglamentariamente se establezcan. g) Las horas extraordinarias, salvo para la cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social.

En el desarrollo reglamentario de los apartados a), c), d) y f) anteriores se procurará la mayor homogeneidad posible con lo establecido al efecto en materia de rendimientos de trabajo personal por el ordenamiento tributario».

³⁰ *Vid.*, en particular, GARCÍA MUÑOZ, Manuel: «Modificaciones sobre el concepto de salario, a efectos de cotización a la seguridad social, como consecuencia de la crisis económica», *op. cit.*, pp. 527-528.

³¹ COLLADO GARCÍA, Luis, ROMERO RODENAS, María José, TRILLO PÁRRAGA, Francisco: *El salario y la cotización a la Seguridad Social*, *op. cit.*, p. 311.

Incluye el salario base, los complementos salariales, las retribuciones en especie y la parte proporcional de las pagas extraordinarias, ajustándose dentro de los límites mínimo y máximo establecidos anualmente. Sobre esta base de cotización por contingencias comunes se aplicará el tipo de cotización correspondiente en función de que se trate de la empresa o de las personas trabajadoras, y cuyo resultado será la cuota a ingresar por cada una de las partes que integran la relación laboral; y base de cotización por contingencias profesionales, que viene integrada por la misma cuantía que la correspondiente a contingencias comunes, más el importe, en su caso, de las horas extraordinarias, y a cuya cantidad resultante se le aplica una tarifa de primas en función de la actividad de la empresa. La base de cotización por contingencias profesionales sirve para ser tenida en cuenta también para el cálculo de la cotización a desempleo, formación profesional y el Fondo de Garantía Salarial o, en otros términos, por conceptos de recaudación conjunta.

3.1 Conceptos que cotizan a efectos de la base de cotización

La base de cotización para todas las contingencias, comunes y profesionales está integrada por la retribución total que perciba mensualmente el trabajador. Las cantidades que se perciban en periodos superiores al mensual o que no tengan carácter periódico y se satisfagan dentro del ejercicio económico correspondiente, se prorratan a lo largo de los doce meses del año. Si la remuneración que corresponda al trabajador tuviera carácter mensual, el importe anual deberá dividirse por 12, en cambio, si esa remuneración tuviera carácter diario, el importe anual deberá dividirse por 365.

A los efectos del cálculo de la base de cotización debe tenerse en cuenta tanto el salario en metálico como en especie. Con el fin de su inclusión en la base de cotización, se considerará remuneración la totalidad de las percepciones recibidas por las personas trabajadoras, en dinero o en especie ya retribuyan el trabajo efectivo o los periodos de descanso computables como de trabajo, así como los importes que excedan de lo dispuesto en el art. 23.2³² del RD 2064/1995.

³² El tenor literal del art. 23.2 del RD 2064/1995, establece que no computarán en la base de cotización los siguientes conceptos: «A) Los gastos de manutención y estancia, así como los gastos de locomoción, cuando correspondan a desplazamientos del trabajador fuera de su centro habitual de trabajo para realizar el mismo en lugar distinto, en los términos y en las cuantías siguientes:

a) No se computarán en la base de cotización las cantidades destinadas por el empresario a compensar los gastos normales de manutención y estancia en restaurantes, hoteles y demás establecimientos de hostelería, devengadas por gastos en municipio distinto del lugar del trabajo habitual del trabajador y del que constituya su residencia, cuando los mismos se hallen exceptuados de gravamen conforme a los

Por tanto, formarán parte del salario las siguientes retribuciones o partidas:

1) el salario base, regulado normalmente por los convenios colectivos, correspondiente a la categoría profesional del trabajador o aquél que éste percibiera por tal concepto de ser superior.

2) Los complementos salariales (art. 26.3 ET): a) los fijados en función de circunstancias relativas a las condiciones personales del trabajador tales como antigüedad, aplicación de títulos o idiomas, plus de residencia, etc.; b) los que se perciban en función del trabajo realizado: pluses de toxicidad, penosidad, calidad o cantidad de trabajo, etc.; c) aquellos vinculados a la situación y resultados de la empresa tales como participación en beneficios o

apartados 3, 4, 5 y 6 del artículo 9. A) del Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aprobado por el Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo.

El exceso sobre los límites señalados en los apartados citados, se computará en la base de cotización a la Seguridad Social.

Tampoco se computarán en la base de cotización los gastos de manutención, abonados o compensados por las empresas a trabajadores a ellas vinculados por relaciones laborales especiales, por desplazamientos fuera de la fábrica, taller, oficina o centro habitual de trabajo, para realizarlo en lugar distinto de este en diferente municipio, tanto si el empresario los satisface directamente como si resarce de ellos al trabajador, con los límites establecidos en el artículo 9. B) del Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

El exceso sobre los límites señalados en el citado artículo 9. B) se computará en la base de cotización a la Seguridad Social.

b) A los mismos efectos de su exclusión en la base de cotización a la Seguridad Social, se consideran gastos de locomoción las cantidades destinadas por el empresario a compensar los gastos del trabajador por sus desplazamientos fuera de la fábrica, taller, oficina o centro habitual de trabajo, para realizarlo en lugar distinto del mismo o diferente municipio.

Los gastos de locomoción, tanto si el empresario los satisface directamente como si resarce de ellos al trabajador, estarán excluidos de la base de cotización en su totalidad cuando se utilicen medios de transporte público, siempre que el importe de dichos gastos se justifique mediante factura o documento equivalente. De utilizarse otros medios de transporte, estarán excluidos de la base de cotización en los términos y con el alcance establecido en los apartados A).2, 4, 5 y 6 y B) del artículo 9 del Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

El exceso sobre las cantidades señaladas en los citados apartados, se incluirá en la base de cotización a la Seguridad Social.

B) Las indemnizaciones por fallecimiento y las correspondientes a traslados, suspensiones, despidos y ceses, en los términos previstos en el artículo 109.2.c) del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

De superar el importe de estas indemnizaciones los límites establecidos en el citado artículo, el exceso a incluir en la base de cotización se prorrateará a lo largo de los doce meses anteriores a aquel en que tenga lugar la circunstancia que las motive.

C) Las prestaciones de la Seguridad Social y las mejoras de las prestaciones por incapacidad temporal concedidas por las empresas.

D) Las asignaciones destinadas a satisfacer gastos de estudios del trabajador dispuestos por instituciones, empresarios o empleadores y financiados directamente por ellos para la actualización, capacitación o reciclaje de su personal, cuando vengan exigidos por el desarrollo de sus actividades o las características de los puestos de trabajo.

E) Las horas extraordinarias, salvo en la base de cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y sin perjuicio de la cotización adicional por tal concepto en los términos establecidos en el artículo 24 de este reglamento.» (la negrita es nuestra).

pluses de productividad o incentivos; d) las gratificaciones extraordinarias de vencimiento periódico superior al mes, que se prorratearán, a efectos de cotización, a los largo de los 12 meses del año; e) las percepciones correspondientes a vacaciones anuales devengadas y no disfrutadas que sean retribuidas a la finalización de la relación laboral, que serán objeto de liquidación y cotización complementaria a la del mes de extinción del contrato (art. 147.1 TRLGSS).

Cuando el empresario entregue al trabajador importes en metálico para que éste adquiera los bienes, derechos o servicios, la percepción económica recibida por el trabajador tendrá la consideración de percepción en dinero (art. 23.1 a) RD 2064/1995).

3) Salario en especie: entendemos por tal la utilización, consumo u obtención, para fines particulares, de bienes, derechos o servicios de forma gratuita o por precio inferior al normal del mercado, aun cuando no supongan un gasto real para quien las conceda (art. 23.1 B) a) RD 2064/1995). Su importe no puede superar el 30% del total de la remuneración salarial, ni dar lugar a rebajar el Salario Mínimo Interprofesional (SMI) de acuerdo con lo establecido en el art. 26.1 ET.

Se califican de retribuciones en especie los siguientes supuestos:

a) Utilización de la vivienda por razón de cargo o por la condición de empleado público o privado. Si la vivienda es propiedad de la empresa, su importe a efectos de cotización es equivalente al 10% del valor catastral, y si dicho valor ha sido revisado con posterioridad al 1 de enero de 1994 ascenderá al 5% de dicho valor. Si la vivienda está pendiente de valoración catastral se computará el 5% del 50% del mayor de los siguientes valores: el comprobado por la Administración a efectos de otros tributos o el valor de adquisición. Si la vivienda no es propiedad de la empresa, se valorará la totalidad del coste que tenga para la empresa, incluidos impuestos.

b) Utilización o entrega de vehículos automóviles. Si la entrega del vehículo se produce para su utilización exclusiva por motivos de trabajo, en tal caso no tiene la consideración de salario en especie y, por tanto, no cotiza. La entrega para utilización particular se valora por el coste de adquisición, incluido tributos. El uso de vehículos que no sean propiedad de la empresa se valora por el 20% del valor del mercado. El uso y posterior entrega se valora por el porcentaje que reste de amortizar a razón del 20% anual. Si la entrega del vehículo se produce para su utilización conjunta como elemento de trabajo y para uso particular, sólo se computa como salario en especie la disponibilidad del vehículo fuera del horario laboral. La valoración efectuada conforme a las

reglas anteriores puede reducirse hasta un 30% cuando se trate de vehículos considerados eficientes energéticamente.

c) Préstamos concedidos por la empresa. Si el préstamo se concede con tipos de interés inferiores al legal del dinero, siendo el de mercado superior al legal, se computará en la base de cotización la diferencia entre el interés pagado y el interés legal del dinero. Si el préstamo se concede con un interés inferior al legal del dinero, siendo el de mercado inferior al legal, se computará en la base de cotización la diferencia entre el interés pagado y el interés del mercado. Cuando la empresa en lugar de un préstamo concede un anticipo reintegrable, en tal caso la cantidad anticipada no computa a efectos de cotización.

d) Otros complementos en especie son: prestaciones en concepto de manutención, hospedaje, viajes de turismo y similares. Se valoran por el coste real que tengan para el empleador, incluidos tributos; primas o cuotas satisfechas por la empresa en virtud de contrato de seguro u otro similar, salvo las de seguros de accidente laboral o de responsabilidad civil. Se valoran por el coste real que tengan para el empleador, incluido tributos; contribuciones satisfechas por empresarios para sistemas de previsión alternativos a planes de pensiones cuando las mismas sean imputadas a aquellas personas a quienes se vinculen las prestaciones. Se valora el importe real satisfecho; cantidades destinadas a satisfacer gastos de estudios y manutención del sujeto pasivo de otras personas ligadas al mismo por vínculo de parentesco hasta el cuarto grado (excluidos los estudios organizados directamente por instituciones, empresas o empleadores y financiados directamente por ellos); acciones o participaciones entregadas por los empresarios a sus trabajadores. Se valorarán en la fecha que se acuerde su concesión y conforme a las reglas establecidas en el impuesto sobre patrimonio; entrega al trabajador de importe en metálico, vales o cheques para que este adquiera bienes o servicios. Se valorarán por el importe entregado en efectivo o por el valor del vale o cheque recibido por el trabajador; cualquier otro supuesto análogo, sería su valor normal del mercado.

En relación con pluses por quebranto de moneda, desgaste de herramientas y adquisición de ropa de trabajo hay que señalar que las cantidades abonadas por cualquiera de estos conceptos se integran en la base de cotización a partir de 2012 por su valor íntegro, separándose con ello el concepto de salario establecido por la legislación de Seguridad Social del previsto en el ordenamiento laboral, ya que estas percepciones económicas eran consideradas ex-

trasalariales en ambas legislaciones, pero en la actualidad sólo mantienen este carácter en el ordenamiento laboral³³.

En cuanto a las percepciones por matrimonio se computa de forma íntegra en la base de cotización, cualquiera que sea su denominación³⁴. Y, en lo que se refiere a los pluses de transporte y distancia depende de si dichos conceptos se consideran salario o no, de acuerdo con la legislación laboral y de Seguridad Social. La regla general en materia de cotización consiste en que todos los conceptos salariales que tengan carácter remuneratorio, esto es, retribuye el trabajo realizado, forman parte de la base de cotización y, por ende, cotizan, salvo que estén expresamente excluidos. Si el plus de transporte o distancia se abona como reembolso de un gasto real y justificado no cotiza a la Seguridad Social. Pero, si el plus se abona de forma general y fija, con independencia de la denominación que les otorgue las partes (STS 4839/2023, de 23 de octubre de 2023, rec. 287/2021³⁵), se integra en la base de cotización el importe total satisfecho por estos pluses³⁶.

³³ Esta modificación legal se llevó a cabo por medio del art. 17.2 del Real Decreto Ley 20/2012, de 13 de julio de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad (BOE núm. 168, de 14 de julio de 2012) que modificó el entonces vigente art. 109.2 TRLGSS de 1994 (en actualidad el art. 147.2 TRLGSS de 2015), con el objetivo de suprimir la exención de cotización de algunas de las percepciones económicas que hasta ese momento no se computaban en la base de cotización y limitar las cuantías de determinadas percepciones económicas exentas de cotización. Se ha calificado por la doctrina como medida «anticrisis» de financiación de la Seguridad Social. En este sentido, GARCÍA MUÑOZ, Manuel: «Modificaciones sobre el concepto de salario, a efectos de cotización a la seguridad social, como consecuencia de la crisis económica», *op. cit.*, p. 528.

³⁴ COLLADO GARCÍA, Luis, ROMERO RODENAS, María José, TRILLO PÁRRAGA, Francisco: *El salario y la cotización a la Seguridad Social*, *op. cit.*, p. 315.

³⁵ En la STS 4839/2023, de 23 de octubre de 2023, en su FJ 7.º señala en relación con el plus de transporte: «su consideración salarial o extrasalarial no depende de la calificación jurídica que hace el convenio colectivo sino de su verdadera naturaleza: si remunera efectivamente los gastos de desplazamiento del trabajador. Por ello, cuando no exista desplazamiento o traslado, se tratará de un complemento salarial, ya que no compensará unos gastos inexistentes».

³⁶ La Disposición Final 3.ª del Real Decreto-Ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores (BOE núm. 305, de 21 de diciembre de 2013) ha eliminado la exención de cotización de determinadas percepciones económicas, así como ha introducido una medida formal para perfeccionar el control de las cotizaciones sociales. En concreto, ha suprimido la exención de cotización de los denominados pluses de transporte urbano y de distancia por desplazamiento del trabajador desde su domicilio al centro de trabajo habitual, de modo que su cómputo en la base de cotización supone un elemento más de separación del concepto salario establecido en el ordenamiento de la Seguridad Social del ordenamiento laboral, debido a su carácter indemnizatorio o extrasalarial de estos pluses. Pero, en el supuesto de que estos gastos no existan por no producirse el transporte, como puede suceder durante el periodo de vacaciones, licencias, descanso o ausencias debidas por enfermedad, o la cantidad entregada en este concepto sea superior al gasto realizado, las cantidades percibidas por estos pluses tendrán carácter retributivo y, por tanto, salarial, debiendo integrarse en la base de cotización. *Vid.*, GARCÍA MUÑOZ, Manuel: «Modificaciones sobre el concepto de salario, a efectos de cotización a la seguridad social, como consecuencia de la crisis económica», *op. cit.*, pp. 530-531.

Por último, tenemos que referirnos a los excesos remuneratorios que de acuerdo con la ley sí cotizan a la Seguridad Social. Los conceptos afectados por esta presunción legal son:

a) Los gastos de manutención cuando se haya pernoctado en municipio distinto del lugar de trabajo habitual. Integran la base de cotización lo que exceda de 53,34 €, si corresponden a desplazamientos dentro del Territorio nacional, o 91,35€ si se trata de desplazamientos al extranjero. Si ha existido el desplazamiento, pero no se ha pernoctado en municipio distinto del lugar de trabajo, integra la base de cotización lo que exceda de 26,67€ o 48,08 €, según se trate de desplazamientos en territorio nacional o en el extranjero.

b) Gastos de locomoción. Si se utiliza transporte público está exento de cotización el importe debidamente justificado. Cuando se utilice vehículo propio está exenta la cantidad de 0,26 euros por kilómetro, más peajes y aparcamiento, en su caso, cotizando el exceso sobre dichas cantidades.

c) Indemnizaciones por fallecimiento, traslado, modificación de condiciones, etc. Integran la base de cotización las cantidades que excedan de lo previsto en la norma sectorial o en el convenio colectivo de aplicación.

d) Indemnizaciones por despido disciplinario, objetivo o colectivo. Integran la base de cotización el exceso abonado sobre la cuantía establecida en el ET para los supuestos de despido improcedente.

3.2 Conceptos excluidos de la base de cotización

De acuerdo con lo establecido en el art. 147.2 del TRLGSS y el art. 23.2 RD 2064/1995, únicamente no se computarán en la base de cotización las siguientes percepciones:

a) Las asignaciones para gastos de locomoción del trabajador que se desplace fuera de su centro habitual de trabajo para realizar el mismo en lugar distinto, cuando utilice medios de transporte público, siempre que el importe de dichos gastos se justifique mediante factura o documento equivalente.

b) Las asignaciones para gastos de locomoción del trabajador que se desplace fuera de su centro habitual de trabajo para realizar el mismo en lugar distinto, no comprendidos en el apartado anterior, así como para gastos normales de manutención y estancia generados en municipio distinto del lugar del trabajo habitual del perceptor y del que constituya su residencia, en la cuantía y con el alcance previstos en la normativa estatal reguladora del

impuesto sobre la renta de las personas físicas. En este caso, el exceso sí computa en la base de cotización.

c) Las indemnizaciones por fallecimiento y las correspondientes a traslados y suspensiones, hasta la cuantía máxima prevista en la norma sectorial o convenio colectivo aplicable. Lo que excede de ese límite, sí cotizará. Las indemnizaciones por despido o cese del trabajador igualmente no computarán en la base de cotización hasta la cuantía máxima establecida en el ET. Si la extinción del contrato se hubiera producido por despido colectivo u objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas o por fuerza mayor, están exentas de cotización las cantidades abonadas hasta el límite establecido en el ET para el despido improcedente. Los excesos, sí cotizan.

d) Las prestaciones de Seguridad Social y la mejora de las prestaciones por incapacidad temporal concedidas por las empresas.

e) Las asignaciones destinadas a satisfacer gastos de estudios para la actualización, capacitación o reciclaje de los trabajadores.

f) Las cantidades satisfechas en concepto de horas extraordinarias, salvo para la cotización por contingencias profesionales y sin perjuicio de su cotización adicional.

Finalmente, el art. 147.3 del TRLGSS establece que los empresarios deberán comunicar a la Tesorería General de la Seguridad Social, en cada periodo de liquidación el importe de todos los conceptos retribuidos abonados a sus trabajadores, con independencia de su inclusión o no en la base de cotización a la Seguridad Social y aunque resulten de aplicación bases únicas.

3.3 Cotización adicional por horas extraordinarias

El importe de las horas extraordinarias, con carácter general, no se computan en la base de cotización por contingencias comunes, tratándose de un concepto excluido de acuerdo con lo previsto en el art. 147.2 e) TRLGSS. Si bien, el art. 147.4 TRLGSS prevé una autorización al Ministerio competente a fin de establecer el cómputo de las percepciones por horas extraordinarias en la base de cotización, ya sea con carácter general o por sectores laborales donde la prolongación de la jornada sea característica de su actividad. Un buen ejemplo de ello lo constituye el Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, que estableció que las remuneraciones percibidas por horas extraordinarias en los contratos de trabajo a tiempo parcial sean o no motivadas por fuerza mayor, se tomarán en cuenta

para la determinación de la base de cotización por contingencias comunes como profesionales (Disposición Final 9.^a1).

En la base de cotización por contingencias profesionales, las horas extraordinarias sí computan. Pero, además, las horas extraordinarias constituyen por sí mismas una base de cotización adicional de conformidad con el art. 149 TRLGSS, cuyo primer párrafo dispone: «la remuneración que obtengan los trabajadores por el concepto de horas extraordinarias, con independencia de su cotización a efectos de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, estará sujeta a una cotización adicional por parte de empresarios y trabajadores, con arreglo a los tipos que se establezcan en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado».

La peculiaridad de esta cotización adicional en concepto de horas extraordinarias es que no será computable para determinar la base reguladora de las prestaciones, sino que está destinada a incrementar los recursos generales del sistema de la Seguridad Social. Esta cotización adicional se efectúa por el importe total percibido por dichas horas y es distinta en función de que las horas extraordinarias hayan sido realizadas por causa de fuerza mayor o que no tengan dicha consideración, o sea, son estructurales.

De acuerdo con el art. 35.3 ET son horas extraordinarias por fuerza mayor las realizadas para prevenir o reparar siniestros, en cuyo caso tienen la consideración de obligatorias. Por el contrario, aquellas a las que no se atribuye tal calificación son consideradas como estructurales, derivadas de circunstancias propias de la actividad de la empresa y siendo su realización voluntaria, salvo que se haya pactado su obligatoriedad en el convenio colectivo o en el contrato individual del trabajo. La cotización adicional por horas extraordinarias debidas a fuerza mayor se efectuará al 14%, del que 12% está a cargo de la empresa y el 2% a cargo del trabajador. Si las horas no están motivadas por fuerza mayor, la cotización se efectuará al 28,30%, de cuyo porcentaje el 23,60% es a cargo de la empresa y el 4,70% es a cargo del trabajador. Esta cotización no está sometida a límites mínimos o máximos.

3.4 Cotización adicional de solidaridad

Esta cotización adicional de solidaridad ha sido añadida por el art. único 2 del Real Decreto Ley 2/2023, de 16 de marzo, con entrada en vigor el 1 de enero de 2025, y se encuentra regulada en el art. 19 bis TRLGSS. La cuota de cotización adicional de solidaridad es una figura específica dentro del régimen de cotización a la Seguridad Social, que se aplica a aquellas retribuciones

que exceden la base máxima de cotización establecida anualmente por la normativa correspondiente. Esta cuota, a diferencia de las cotizaciones ordinarias, no genera derechos prestacionales para el trabajador, lo que significa que, aunque se cotice por ese exceso salarial, ello no implica una mejora en futuras prestaciones contributivas. Su configuración jurídica responde, por tanto, a una lógica de contribución sin contraprestación directa.

Con esta cotización adicional, se refuerza la función redistributiva del sistema de Seguridad Social, permitiendo que las personas trabajadoras que perciben salarios más elevados contribuyan proporcionalmente más al sostenimiento del sistema³⁷, sin que ello se traduzca en un incremento paralelo de sus derechos prestacionales dentro del mismo.

4. EL INCREMENTO PROGRESIVO DEL SMI Y SU REPERCUSIÓN EN LAS BASES DE COTIZACIÓN A LA SEGURIDAD SOCIAL

Antes de abordar directamente el paulatino incremento del Salario Mínimo Interprofesional (SMI) y su incidencia en las bases de cotización de la Seguridad Social conviene poner de manifiesto el interés que despierta en la actualidad el salario mínimo. Dos elementos clave han contribuido para que el salario mínimo recibiera una especial atención en la actualidad. El primer elemento lo constituye la aprobación de la Directiva europea sobre salarios mínimos adecuados³⁸ que ha sido objeto de estudio y análisis por parte de la doctrina laboralista³⁹ y, el

³⁷ Existen posturas doctrinales que vienen a dudar de la efectividad de esta medida que contribuya a la sostenibilidad futura del sistema de Seguridad Social, por varias razones: primero porque se estima que sólo un 9% de la población superará la base máxima de cotización vigente en cada momento; segundo, por la excesiva transitoriedad que contiene la Disposición Transitoria 42.ª TRLGSS; tercero por que el mecanismo excluye de la aportación solidaria a las personas trabajadoras por cuenta propia, ya que carecemos de disposición legal expresa, previéndose únicamente para las de tal naturaleza en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar y, en el último lugar, el posible fraude por el hecho de que la nueva cotización por solidaridad no tenga eficacia para futuras prestaciones, ya que la base reguladora de estas no podrá superar en ningún caso la de la base máxima de cotización, lo cual en connivencia con la persona trabajadora, se podrá ahorrar los obligados al pago de la cotización de cotizar los importes suplementarios a ingresar. Al respecto, *vid.* NICOLÁS BERNAD, José Alberto, «Solidaridad y equidad intergeneracional en la sostenibilidad del sistema de pensiones, en aplicación del Real Decreto-ley 2/2023», *op. cit.*, pp. 29-36.

³⁸ Directiva (UE) 2022/2041 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 sobre unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea, DOUE núm. 275, de 25 de octubre de 2022.

³⁹ Reflejo de ello son las numerosas publicaciones, conferencias y seminarios realizados con la temática relativa a salarios mínimos. En relación con el ordenamiento jurídico español, y sin ánimo de ser exhaustivos, señalamos las siguientes publicaciones: BOGONI, Milena: «La regulación europea del Salario Mínimo en la Directiva (UE) 2022/2041, de 19 de octubre», *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 166, 2023, pp. 171-207; GIMENO DÍAZ DE ATAURI, Pablo: «La Directiva de salarios mínimos adecuados: contenido e impacto de su trasposición al ordenamiento jurídico español», *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado: Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social*,

segundo elemento lo representa el significativo incremento que los salarios mínimos han experimentado en los últimos años a nivel europeo⁴⁰.

La idea del salario «justo», «equitativo» y «suficiente» que adquiere relevancia en los textos normativos y declaraciones internacionales reemplaza la idea de salario mínimo vital, o, en otros términos, la suficiencia sustituye a la subsistencia como parámetro de valoración político-social de la cuantía mínima de la protección dispensada al trabajador⁴¹. La Directiva europea sobre salarios mínimos adecuados⁴² es el marco de referencia para analizar la situación española. Además, esta Directiva da cumplimiento al principio número 6 del Pilar Europeo de Derechos Sociales y alinea el derecho social de la UE a las obligaciones establecidas en otros instrumentos de derecho internacional, que recogen la idea de suficiencia del salario como derecho de los trabajadores⁴³. En esta tónica, la Carta Social Europea (revisada), en su art. 4⁴⁴, aunque no recoge de forma expresa el concepto de salario «adecuado», sí reconoce el derecho de las personas trabajadoras a una remuneración que permita mantener un nivel de vida «decoroso», cuyo significado consiste en la demanda de niveles salariales que

núm. 6, 2022, pp. 37-70; FERNÁNDEZ PROL, Francisca: «El derecho a un salario justo. La Directiva (UE) 2022/2041, sobre unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea», *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, vol. 5, núm. 1, 2024, pp. 47-67; ROMÁN VACA, Eduardo: «Directiva sobre salarios mínimos adecuados y su transposición», *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 168, 2023, pp. 277-292.

⁴⁰ En el año 2024, el incremento de los salarios mínimos ha sido superior al 10% en diez países, y entre el 6% y el 9% en otros siete países. Estos incrementos sumados a los significativos incrementos de 2023 dan un resultado de once países por encima del 10% y otros ocho por encima del 6%. *Vid. Eurofound, Minimum Wages in 2024: Annual Review*, Oficina de Publicaciones de la UE, Luxemburgo, 2024, p. 6.

⁴¹ VALDÉS DAL-RÉ, Fernando: «Salario mínimo interprofesional e igualdad de remuneración por razón de sexo (arts. 27 y 28)», *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100, 2000, p. 632.

⁴² La aprobación de la Directiva europea sobre salarios mínimos fue un proceso complejo y difícil. Tras su adopción, surgieron dudas sobre su legalidad, ya que se argumenta que la Unión Europea (UE) ha sobrepasado sus competencias al intervenir en materia salarial. En particular, se cuestiona la competencia de la UE en este ámbito, dado que el artículo 153.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) establece que: «las disposiciones del presente artículo no se aplicarán a las remuneraciones, al derecho de asociación y sindicación, al derecho de huelga ni al derecho de cierre patronal». Se argumenta por parte de la doctrina que la Directiva no cruza una línea roja en materia competencial salarial por dos motivos: el primero es que la UE viene actuando desde hace tiempo en materia salarial y, el segundo motivo consiste en que los contenidos y objetivos de la Directiva respetan la competencia nacional para fijar los niveles salariales y su libertad para determinar los métodos para hacerlo. *Vid.*, al respecto BAYLOS GRAU, ANTONIO, TRILLO PÁRRAGA, FRANCISCO y GARCÍA-MUÑOZ ALHAMBRA, ANTONIO: «Algunas anotaciones sobre salario mínimo y negociación colectiva», *Revista de Derecho Social*, núm. 109, 2025, pp. 17-19.

⁴³ *Ídem*, p. 19.

⁴⁴ Instrumento de Ratificación de la Carta Social Europea (revisada), hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996, BOE núm. 139, de 11 de junio de 2021, con entrada en vigor el 1 de julio de 2021. El tenor literal del art. 4 de la Carta Social Europea (revisada) es: «Todos los trabajadores tienen derecho a una remuneración suficiente que les proporcione a ellos y a sus familias un nivel de vida decoroso».

van más allá de la mera subsistencia dado que deben garantizar «los recursos necesarios para participar en la vida cultural y social y recibir una educación»⁴⁵.

Al interpretar el artículo 4 de la Carta Social Europea, el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) establece un criterio objetivo para determinar qué se entiende por un salario «suficiente». Según este criterio, un salario debe alcanzar al menos el 60 % del salario medio nacional neto para considerarse adecuado conforme al citado artículo 4.

Si el salario se encuentra entre el 50 % y el 60 % del salario medio nacional, el Estado deberá justificar detalladamente que ese nivel permite una vida digna. Además, el CEDS advierte que un salario puede resultar insuficiente incluso si supera esos umbrales, si en la práctica no permite alcanzar un nivel de vida digno. Por ello, subraya que el salario mínimo debe situarse «claramente por encima del umbral de pobreza del país»⁴⁶.

El Gobierno de coalición entre PSOE y Unidas Podemos previó en su programa de gobierno la incorporación plena del Estado español a la normativa internacional del Consejo de Europa, obligándose a ratificar la Carta Social revisada y el Protocolo de Reclamaciones Colectivas lo que efectivamente se llevó a cabo en junio de 2021 y en noviembre de 2022⁴⁷, respectivamente. En ese mismo contexto, el Gobierno se comprometió a impulsar un cambio en el SMI que posibilitará alcanzar el porcentaje del 60% del salario medio nacional neto establecido por el CEDS. Dicho compromiso vino a presidir el incremento paulatino del SMI en los últimos años.

El SMI es la garantía social más típica destinada para procurar seguridad económica a los ciudadanos de acuerdo con la Constitución Española (ex. art. 35.1 CE), aunque no sea la única. De conformidad con las previsiones del art. 27.1 del ET⁴⁸, cada año el Gobierno debe actualizar la cuantía del SMI. Es

⁴⁵ Declaración interpretativa del art. 4 de la Carta Social Europea (revisada) por parte del Comité Europeo de Derechos sociales, Conclusiones (2010): «*Statement of interpretation on Article 4§1. The Committee holds that a 'decent standard of living' which is at heart of this provision of the Charter, goes beyond merely material basic necessities such as food, clothing and housing, and includes resources necessary to participate in cultural, educational and social activities. It follows that guaranteeing a decent standard of living means ensuring a minimum wage (and supplemented by any additional benefits where applicable) the level of which should be sufficient to meet these needs.*» Consultado el 15 de mayo de 2025 en: https://hudoc.esc.coe.int/fr/?i=2010_163_02/Ob/EN

⁴⁶ Vid. BAYLOS GRAU, Antonio, TRILLO PÁRRAGA, Francisco y GARCÍA-MUÑOZ ALHAMBRA, Antonio: «Algunas anotaciones sobre salario mínimo y negociación colectiva», *op. cit.*, pp. 19-21.

⁴⁷ Instrumento de ratificación del Protocolo Adicional a la Carta Social Europea en el que se establece un sistema de reclamaciones colectivas, hecho en Estrasburgo el 9 de noviembre de 1995, BOE núm. 263, de 2 de noviembre de 2022, con entrada en vigor para España el 1 de diciembre de 2022.

⁴⁸ El tenor literal del art. 27.1 del ET es: «El Gobierno fijará, previa consulta con las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas, anualmente, el salario mínimo interprofesional, teniendo en cuenta: a) El índice de precios de consumo. b) La productividad media nacional alcanzada. c) El incremento de la participación del trabajo en la renta nacional. d) La coyuntura económica general. Igual-

importante destacar que la técnica normativa empleada por el legislador para regular el SMI es la de delegación legislativa, esto es, la ley prevé la existencia de la institución del SMI, pero delega a la potestad reglamentaria las disposiciones (no sólo su cuantía que obviamente es variable sino también sus condiciones de disfrute y aplicación) que completan la ordenación jurídica del SMI⁴⁹.

El precepto legal citado confiere al Gobierno la facultad de fijar el SMI, estableciendo al respecto dos reglas que enmarcan el ejercicio de esta potestad reglamentaria. La primera regla instituye un trámite formal mientras que la segunda enuncia los criterios que han de ser tenidos en cuenta para la determinación de propio SMI. En relación con el trámite formal, el art. 27.1 ET obliga al Gobierno, con carácter previo al dictado del SMI, a la apertura de un trámite de consultas con «las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas». Este deber de consulta, cuya omisión supondrá la nulidad del reglamento, implica un derecho de información de los titulares y, simultáneamente, un derecho de emitir una opinión o parecer de carácter vinculante. El segundo límite que condiciona el ejercicio del Gobierno de su potestad reglamentaria es de carácter material o sustantivo relativo a los criterios o factores que han de ser considerados para el establecimiento del *quantum* del SMI. Estos elementos son el índice de precios al consumo, la productividad media nacional alcanzada, el incremento de la participación del trabajo de la renta nacional y la coyuntura económica general. Sin embargo, a pesar de que estos elementos condicionan el ejercicio del Gobierno de su potestad reglamentaria, no implica que el Gobierno carece de margen de discrecionalidad. De hecho, la jurisprudencia del TS⁵⁰ consideró que la fijación del SMI responde a una determinación de naturaleza política y exenta de control jurisdiccional.

mente se fijará una revisión semestral para el caso de que no se cumplan las previsiones sobre el índice de precios citado. La revisión del salario mínimo interprofesional no afectará a la estructura ni a la cuantía de los salarios profesionales cuando estos, en su conjunto y cómputo anual, fueran superiores a aquel».

⁴⁹ VALDÉS DAL-RÉ, Fernando: «Salario mínimo interprofesional e igualdad de remuneración por razón de sexo (arts. 27 y 28)», *op. cit.*, p. 633.

⁵⁰ En tal sentido, la STS 4398/1991, de 24 de julio de 1991 (rec. 151/1987) declara en su FJ 3.º que la facultad que el art. 27.1 del ET confiere al Gobierno no puede ser objeto de revisión jurisdiccional, careciendo los tribunales de la potestad de ejercer «*el control de unos criterios, que aunque fijados por una ley, son de contenido político, - al menos en sus efectos y significación*». En definitiva, los órganos judiciales no pueden sustituir al Gobierno en la tarea de valorar los factores que determinan el SMI, ya que esta función tiene implicaciones que la convierten en un elemento «fundamental de la política económica del Estado». En parecidos términos y de carácter más reciente se ha pronunciado la STS núm. 1268/2020, de 7 de octubre (rec. 67/2019), comentada por SEMPERE NAVARRO, Antonio V.: «Control judicial a la excepcional subida del Salario Mínimo Interprofesional para 2019», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, BOE, núm. 8, 2020, consultado el 15 de mayo de 2025 en el siguiente enlace: BOE.es - Control judicial a la excepcional subida del Salario Mínimo Interprofesional para 2019. Asimismo, *vid.* BAYLOS GRAU, Antonio, TRILLO PÁRRAGA, Francisco y GARCÍA-MUÑOZ ALHAMBRA, Antonio: «Algunas anotaciones sobre salario mínimo y negociación colectiva», *op. cit.*, p. 28.

La función jurídica esencial del SMI consiste en que actúa como «suelo de las contrataciones laborales», es decir, establece un límite por debajo del cual es ilícita la prestación de servicios. Por tanto, con independencia de que el salario mínimo venga recogido en norma estatal, convenio colectivo u otro instrumento dotado de fuerza vinculante, su proyección sobre el contrato de trabajo y sobre el empresario impide que las partes contractuales puedan pactar una cuantía salarial inferior a la decretada o acordada como mínima. Junto a esta función esencial el SMI ha venido desempeñando otras funciones complementarias que lo han convertido en una «pieza fundamental» de la política social y económica española. Nos referimos a que la cuantía del SMI actúa como marco de referencia para la fijación de las bases mínimas de cotización a la Seguridad Social, para el cálculo de prestaciones sociales y para el acceso a determinados bienes o servicios de carácter público⁵¹. Sin embargo, en materia de Seguridad Social tenemos que matizar que el SMI sólo se aplica en relación con las bases mínimas de cotización y para la integración de los vacíos o lagunas de cotización⁵², ya que desde la aprobación del Real Decreto Ley 3/2004, de 25 de junio, para la racionalización de la regulación del salario mínimo interprofesional y para el incremento de su cuantía⁵³, norma que creó el indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM), este nuevo indicador sustituyó al SMI desvinculándolo como indicador para prestaciones públicas y su cuantía⁵⁴. Esta desvinculación del SMI en relación con la concesión de ayudas, subvenciones o el subsidio por desempleo se ha considerado una ventaja para ajustar el incremento del SMI al coste de vida⁵⁵.

⁵¹ VALDÉS DAL-RÉ, Fernando: «Salario mínimo interprofesional e igualdad de remuneración por razón de sexo (arts. 27 y 28)», *op. cit.*, p. 633.

⁵² En este sentido, véase BAYLOS GRAU, Antonio, TRILLO PÁRRAGA, Francisco y GARCÍA-MUÑOZ ALHAMBRA, Antonio: «Algunas anotaciones sobre salario mínimo y negociación colectiva», *op. cit.*, p. 25; VALVERDE ASCENCIO, Antonio José: «El RDL 3/2004, de 25 de junio: una nueva regulación del salario mínimo interprofesional y el establecimiento de un nuevo indicador de prestaciones laborales», en *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 78, 2005, pp. 34-36;

⁵³ BOE núm. 154, de 26 de junio de 2004.

⁵⁴ La distribución funcional del SMI y del IPREM en el marco de la acción protectora del Sistema de Seguridad Social expresa de forma clara la voluntad legislativa de establecer una separación entre las pensiones más clásicas del nivel contributivo a las que se les atribuye una protección más robusta tomando como referencia el SMI, mientras que el IPREM se aplica a la protección con ciertos elementos del nivel asistencial o incluso no contributivo como son los subsidios por desempleo y otras prestaciones como el supuesto especial del subsidio por nacimiento y cuidado del menor considerado de naturaleza no contributiva y respecto de la determinación de los límites en los supuestos en los que el pensionista de invalidez de la modalidad contributiva simultanea el percibo de la pensión con los ingresos por una actividad lucrativa. DE LA FLOR FERNÁNDEZ, María Luisa: «Incidencia del Salario Mínimo Interprofesional en el Sistema de Seguridad Social», en CRUZ VILLALÓN, Jesús (coord.), *Política de rentas salariales: salario mínimo y negociación colectiva*, Bomarzo, 2022, pp. 402-403.

⁵⁵ Aunque el SMI se ha actualizado cada año desde su creación en 1963, esto no ha garantizado por sí solo un nivel de vida digno para las personas trabajadoras. Las razones principales son dos: por un lado,

En los últimos años el SMI⁵⁶ ha sido objeto de una notable revalorización en línea con una estrategia de política pública orientada a mejorar las condiciones salariales de los trabajadores más vulnerables y combatir la precariedad laboral. Tras la crisis económica y financiera de 2008, al asomarse la deseada recuperación económica, se puso de manifiesto la necesidad de actualizar las cuantías del SMI. En ese contexto, el Real Decreto 742/2016, de 30 de diciembre, por el que se fija el SMI para 2017⁵⁷, previó el incremento del SMI en un 8%. Asimismo, en el mismo escenario social y político, se aprobó el Acuerdo social para el incremento del SMI 2018-2020, suscrito por el Gobierno de España y las organizaciones sindicales y empresariales más representativas a nivel estatal, en el que se definió un modelo de incremento progresivo del SMI, con la finalidad de recuperar el poder adquisitivo de los salarios durante la época de crisis, reivindicar el incremento de los salarios como un instrumento de reactivación de la económica mediante la demanda y de mejora de la financiación de la Seguridad Social.

El siguiente avance en materia de actualización de la cuantía económica del SMI vino de la mano del Real Decreto 1462/2018, por el que se fija el SMI para el año 2019⁵⁸, que, aunque no tuvo en consideración el porcentaje previsto por el Acuerdo social, la nueva cuantía del SMI supuso un incremento de un 22,3% respecto de las vigentes en el año 2018⁵⁹. La tendencia de incrementar el SMI se mantuvo también en 2020, aumentando un 5,55%, y en los años sucesivos se fue incrementado de forma paulatina pero más moderada. Este proceso influye a su vez en la negociación colectiva y en los salarios pactados en convenio, pero en este sentido, el V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2023-2025, ha establecido un incremento salarial más moderado y acumulativo que a los salarios pactados en el 2023, con subidas de un 3% en 2024 y otro 3% adicional en 2025, con la posibilidad de añadir un 1% más si el índice de precios al consu-

se ha intentado evitar presiones inflacionarias, utilizando el SMI como herramienta para contener el aumento del coste de la vida; y por otro, se ha vinculado el SMI a la determinación y acceso a diversas prestaciones sociales públicas, lo que ha condicionado su evolución. Sin embargo, ambos motivos han dejado de tener virtualidad en la práctica. Véase con más detalle PÉREZ HERNÁNDEZ, María del Mar: «La subida del salario mínimo profesional en 2019 y 2020, contexto y cuestiones jurídico-prácticas», en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 231, 2020, p. 109.

⁵⁶ Sobre la evolución del SMI en España a partir de su instauración hasta la repercusión de la Directiva europea sobre salarios mínimos adecuados, *vid.* BAYLOS GRAU, Antonio, TRILLO PÁRRAGA, Francisco y GARCÍA-MUÑOZ ALHAMBRA, Antonio: «Algunas anotaciones sobre salario mínimo y negociación colectiva», *op. cit.*, pp. 22-30.

⁵⁷ BOE núm. 316, de 31 de diciembre de 2016.

⁵⁸ BOE núm. 312, de 27 de diciembre de 2018.

⁵⁹ PÉREZ HERNÁNDEZ, María del Mar: «La subida del salario mínimo profesional en 2019 y 2020, contexto y cuestiones jurídico-prácticas», *op. cit.*, p. 109.

mo en 2025 es superior al 3%⁶⁰. El SMI, de este modo, funciona como un mecanismo que incrementa el salario para las personas trabajadoras con bajos salarios y de los grupos más vulnerables, mujeres y jóvenes.

Esta trayectoria ascendente ha supuesto, por una parte, un incremento notable en los costes laborales para aquellos empleadores cuyas plantillas están compuestas mayoritariamente por trabajadores que perciben salarios próximos al mínimo legal, generando un intenso debate social y económico⁶¹ y a nivel jurídico-práctico se han planteado dudas en relación con la compensación y absorción de los complementos salariales que cobran los trabajadores en el sentido de si estos se mantienen o quedan absorbidos con el aumento de la cuantía del SMI⁶² y en relación con el cálculo del salario día o salario hora de los trabajadores denominados «temporeros» en términos empleados del Decreto⁶³.

Esta evolución ascendente del SMI no sólo tiene implicaciones directas en la retribución mínima exigible en el mercado de trabajo, sino que además incide de forma determinante en el Sistema de Seguridad Social, en tanto que constituye la referencia legal para la fijación de las bases mínimas de cotización. Por tanto, y, por otra parte, el incremento progresivo del SMI ha contribuido a una mejora objetiva en los niveles de cotización de los trabajadores que perciben el SMI, lo que se traduce en una mayor garantía de acceso a prestaciones contributivas.

El SMI incide de manera inmediata tanto en los ingresos vía cotizaciones como en los gastos a través de las prestaciones dispensadas por el Sistema. En cuanto a los ingresos, conviene subrayar la interrelación existente entre el SMI y la determinación de las bases de cotización, en la medida en que un incremento del SMI conlleva un aumento del tope mínimo de cotización que coincide con la base mínima de cotización. De acuerdo con el art. 19.2 del TRLGSS las bases de cotización para cada uno de los regímenes que integran nuestro Sistema de Seguridad Social tendrán como tope mínimo «las cuantías del salario mínimo interprofesional vigente en cada momento, incrementadas en un sexto, salvo

⁶⁰ BAYLOS GRAU, Antonio, TRILLO PÁRRAGA, Francisco y GARCÍA-MUÑOZ ALHAMBRA, Antonio: «Algunas anotaciones sobre salario mínimo y negociación colectiva», *op. cit.*, p. 31.

⁶¹ Tras la subida del SMI en 2019 se planteó si el incremento del SMI generará despidos a corto o medio plazo por no poder asumir las empresas el aumento de los costes salariales. Al respecto véase con más detalle PÉREZ HERNÁNDEZ, María del Mar: «La subida del salario mínimo profesional en 2019 y 2020, contexto y cuestiones jurídico-prácticas», *op. cit.*, pp. 109-110.

⁶² Sobre la técnica de la compensación y absorción salarial, su interpretación en la jurisprudencia y el papel de la negociación colectiva véase ALMENDROS GONZÁLEZ, Miguel Ángel: «Salario mínimo interprofesional y salario profesional convencional. Especial referencia a la absorción y compensación frente a las subidas del SMI» en ROMÁN VACA, Eduardo (coord.), *XLI Jornadas universitarias andaluzas de derecho del trabajo y relaciones laborales: Necesidades empresariales y tutelas laborales*, Junta de Andalucía, 2024, pp. 630-641.

⁶³ PÉREZ HERNÁNDEZ, María del Mar: «La subida del salario mínimo profesional en 2019 y 2020, contexto y cuestiones jurídico-prácticas», *op. cit.*, p. 110.

disposición expresa en contrario». Así, cada vez que el Gobierno aprueba un nuevo importe del salario mínimo mediante real decreto, como ha sucedido con el Real Decreto 87/2025, de 11 de febrero, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2025⁶⁴, que fijó el SMI en 1.184 euros mensuales en 14 pagas (lo que equivale a 16.576 euros anuales), se produce de forma simultánea una actualización de las bases mínimas de cotización en todos los regímenes, lo que repercute directamente en la carga contributiva de las empresas y en los derechos futuros de los trabajadores.

En 2025, la base mínima de cotización es de 1381,20 euros mensuales (el SMI fijado en 1.184 euros al mes para 2025, incrementado en una sexta parte). Las bases de cotización afectadas por el incremento del SMI son: a) las bases mínimas del Régimen General de la Seguridad Social de los correspondientes grupos de cotización; b) los mismos grupos del sistema especial para trabajadores por cuenta ajena agrarios, tanto los que cotizan por salarios mensuales como los que cotizan por jornadas reales trabajadas; c) las bases de cotización en el sistema especial para empleadas de hogar; d) las bases de cotización de los contratos formativos, para cuya regulación se añade la Disposición Adicional 43.^a del TRLGSS en la que se establecen las reglas para la determinación de la base de cotización mensual por contingencias comunes según supere o no la misma⁶⁵,

⁶⁴ BOE núm. 37, de 12 de febrero de 2025.

⁶⁵ El tenor literal de la Disposición adicional 43.^a relativa a la cotización a la Seguridad Social de los contratos formativos en alternancia es: «1. Respecto de los contratos para la formación en alternancia a los que se refiere el artículo 11.2 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, cuando se celebren a tiempo completo, el empresario estará obligado a cotizar a la Seguridad Social por la totalidad de las contingencias de la Seguridad Social, en los siguientes términos: 1.º Cuando la base de cotización mensual por contingencias comunes, determinada conforme a las reglas establecidas en el Régimen de la Seguridad Social que corresponda, no supere la base mínima mensual de cotización de dicho Régimen, el empresario ingresará mensualmente en la Seguridad Social, las cuotas únicas que determine para cada ejercicio la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado, siendo la cuota por contingencias comunes a cargo del empresario y del trabajador, y la cuota por contingencias profesionales a cargo exclusivo del empresario. Igualmente, ingresará las cuotas únicas correspondientes al Fondo de Garantía Salarial, que serán a su exclusivo cargo, así como las correspondientes a desempleo y por formación profesional, que serán a cargo del empresario y del trabajador, en las cuantías igualmente fijadas en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado. 2.º Cuando la base de cotización mensual por contingencias comunes, determinada conforme a las reglas establecidas en el Régimen de la Seguridad Social que corresponda, supere la base mínima mensual de cotización de dicho Régimen, la cuota a ingresar estará constituida por el resultado de sumar las cuotas únicas a las que se refiere el ordinal anterior y las cuotas resultantes de aplicar los tipos de cotización que correspondan al importe que exceda la base de cotización anteriormente indicada de la base mínima.

2. La base de cotización a efecto de prestaciones será la base mínima mensual de cotización en el Régimen General de la Seguridad Social, salvo que el importe de la base de cotización a que se refiere el ordinal 2.º del apartado anterior sea superior, en cuyo caso se aplicará esta. 3. A los contratos formativos en alternancia a tiempo parcial les resultarán de aplicación las normas de cotización indicadas en esta disposición para los contratos formativos en alternancia a tiempo completo. 4. A los contratos formativos en alternancia les resultarán de aplicación los beneficios en la cotización a la Seguridad Social que, a la entrada en vigor de esta disposición, estén establecidos para los contratos para la formación y el aprendizaje».

incluyéndose en su acción protectora la cobertura del desempleo y del Fondo de Garantía Salarial; e) las bases mínimas por horas aplicables a los contratos de trabajo a tiempo parcial; f) las cotizaciones de los perceptores de subsidio de desempleo⁶⁶ y los perceptores de prestaciones contributivas de desempleo; g) las bases de cotización de determinados convenios especiales.

Junto a las anteriores será aplicable la base mínima: a) durante los periodos de inactividad de los artistas que se mantengan voluntariamente la situación de alta en el Régimen General de la Seguridad Social y b) para la integración de periodos en los que no existe la obligación de cotizar de modo que las primeras 48 mensualidades se integrarán con la base mínima de entre todas las existentes en cada momento, y el resto de las mensualidades con el 50% de dicha base mínima⁶⁷. De modo que los vacíos de cotización quedarán cubiertos tomando como referencia la base mínima de cotización, en la que repercute el SMI.

El paulatino incremento de la base mínima de cotización derivado del aumento del SMI repercute de manera positiva en un incremento de los ingresos de la Seguridad Social. Desde la perspectiva de las personas trabajadoras, la subida en el SMI también implica una mejora de las cotizaciones que genera un incremento en el importe de las prestaciones, en especial de las que se calculan sobre la base de cotización del mes anterior como sucede con los subsidios por incapacidad temporal, nacimiento y cuidado del menor, riesgo durante el embarazo y la lactancia natural, corresponsabilidad en el cuidado del lactante y cuidado de hijos menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave⁶⁸.

Ahora bien, este impacto del SMI en la base mínima de cotización no puede analizarse de forma aislada, ya que la reforma laboral aprobada mediante el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo⁶⁹, ha introducido transformaciones profundas en el marco de contratación que inciden directamente en la estructura de cotización. En este sentido, se ha eliminado el contrato por obra o servicio y se ha penalizado la utilización de contratos de muy corta duración mediante el establecimiento de un recargo en la cotización para aquellos de menos de 30 días, conforme al ar-

⁶⁶ En particular, nos referimos al subsidio para mayores de 52 años que actualmente cotiza por el 125% de la base mínima de cotización del Régimen General vigente en cada momento. En 2025, la base mínima de cotización es de 1.381,20 euros al mes, por lo que el subsidio de mayores de 52 años cotizará por el 125%, es decir, por una base de 1.726,5 euros al mes.

⁶⁷ DE LA FLOR FERNÁNDEZ, María Luisa: «Incidencia del Salario Mínimo Interprofesional en el Sistema de Seguridad Social», *op. cit.*, pp. 394-395.

⁶⁸ *Idem*, p. 396.

⁶⁹ BOE núm. 313, de 30 de diciembre de 2021.

título 151.2 del TRLGSS⁷⁰. Asimismo, se han reformulado las condiciones de los contratos a tiempo parcial y fijos discontinuos, de modo que se garantice una cotización proporcional al tiempo de trabajo efectivo y se eviten situaciones de infracotización que tradicionalmente afectaban a estos colectivos.

La combinación del incremento del SMI con estas reformas contractuales ha reforzado el principio de contributividad en el sistema, asegurando que la cotización guarde una mayor correspondencia con la realidad laboral del trabajador. Este proceso de transformación ha supuesto, sin duda, un reto para las empresas, que han debido adaptarse a un nuevo marco normativo que eleva las exigencias en materia salarial y contributiva. Al mismo tiempo, ha exigido un esfuerzo interpretativo por parte de la Administración y de los operadores jurídicos para aplicar con coherencia y eficacia un conjunto normativo cada vez más complejo.

5. CONCLUSIONES

El análisis de la relación entre el salario y la base de cotización a la Seguridad Social permite constatar que el salario, en su acepción jurídica y económica, constituye un elemento esencial no solo en la configuración de las relaciones laborales, sino también en la financiación del Sistema de Seguridad Social. La complejidad normativa que rodea su definición, así como la distinción entre percepciones salariales y extrasalariales, exige una interpretación precisa para determinar su incidencia en las obligaciones contributivas.

La evolución hacia un sistema de cotización más ajustado al salario real ha reforzado el principio de contributividad, aunque persisten ciertas limitaciones derivadas de los topes o límites mínimos y máximos establecidos legalmente. Además, la correcta identificación de los conceptos que deben incluirse o excluirse de la base de cotización es crucial, no sólo para garantizar los derechos de los trabajadores a prestaciones proporcionales a sus ingresos reales, sino también para asegurar la sostenibilidad financiera del Sistema. Tras la crisis económica que afectó a España desde el año 2008 se han promovido diversas reformas normativas sobre la cotización con el fin de incrementar la recaudación de cuotas de la Seguridad Social. Una de las medidas ha consistido en la supresión de la exención de cotización de aquellas percepciones económicas que conceptualmente puedan plantear ciertas dudas

⁷⁰ NIETO ROJAS, Patricia: «La contratación temporal en el RD Ley 32/2021: Nuevas reglas en materia de encadenamiento, sanciones y presunciones», *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, vol. 3, núm. Extra-0, 2022, pp. 40-42.

sobre su carácter retributivo o indemnizatorio. Por tanto, cantidades económicas tales como la adquisición o desgaste de herramientas y prendas de trabajo o los denominados pluses de transporte urbano y de distancia han pasado a ser conceptos que computan en su integridad a efectos de cotización, aunque en la legislación laboral se consideran percepciones extrasalariales.

Otra medida relevante es la aprobación de la cotización adicional de solidaridad a través de la cual se refuerza la función redistributiva del sistema de Seguridad Social, permitiendo que las personas trabajadoras que perciban salarios más elevados contribuyan proporcionalmente más al sostenimiento del Sistema.

El derecho constitucional a una retribución suficiente, que garantice una vida digna tanto a nivel individual como familiar (*ex art. 35 CE*), se ve reforzado por una política de intervención estatal mediante la fijación del Salario Mínimo Interprofesional (*ex art. 27 ET*). Esta medida evita la valoración subjetiva del trabajo por parte del empleador y desvincula la remuneración de la productividad empresarial, consolidando así el derecho laboral como un pilar esencial en la relación entre empleador y trabajador. El salario, en este contexto, se convierte en el eje central del contrato laboral, cuya regulación debe armonizar la autonomía individual con la negociación colectiva y los límites fijados por el SMI, establecido anualmente por el Gobierno.

El salario mínimo legal obligatorio representa la expresión más clara del derecho a una retribución suficiente, definiéndose como la cantidad mínima que un empleador debe pagar a sus trabajadores por un periodo de trabajo determinado. Esta cantidad es inmodificable, incluso por acuerdos individuales o colectivos, ya que constituye un derecho social protegido contra la lógica mercantil. Su función es asegurar una existencia digna y preservar el poder adquisitivo de los salarios más bajos dentro de la política general de ingresos. En este sentido, el SMI actúa como una base irreductible y una referencia para los salarios pactados en convenios, impactando además en el aumento de las cotizaciones sociales y funcionando como un indicador relevante del nivel de vida en un país.

El incremento del SMI cumple una doble función de gran relevancia socioeconómica: por un lado, eleva las bases mínimas de cotización, lo que permite mejorar el acceso de los trabajadores con menores ingresos a una protección social más justa, adecuada y proporcional a sus necesidades; y por otro, genera un efecto directo en el aumento de los ingresos del sistema de Seguridad Social, al ampliar la recaudación derivada de las cotizaciones. De este modo, se fortalece la sostenibilidad financiera del sistema al tiempo que se avanza en una mayor equidad y cobertura de los derechos sociales para los colectivos más vulnerables.

6. BIBLIOGRAFÍA

- ALFONSO MELLADO, Carlos L.: «Salarios y negociación colectiva», en APARICIO TOVAR, Joaquín (coord.), *Estudios sobre el salario*, Bomarzo, Albacete, 2004.
- ALMENDROS GONZÁLEZ, Miguel Ángel: «Salario mínimo interprofesional y salario profesional convencional. Especial referencia a la absorción y compensación frente a las subidas del SMI» en ROMÁN VACA, Eduardo (coord.), *XLI Jornadas universitarias andaluzas de derecho del trabajo y relaciones laborales: Necesidades empresariales y tutelas laborales*, Junta de Andalucía, 2024.
- APARICIO TOVAR, Joaquín: «Presentación», en APARICIO TOVAR, Joaquín (coord.), *Estudios sobre el salario*, Bomarzo, Albacete, 2004.
- ARAGÓN GÓMEZ, Cristina: «Cuestiones prácticas sobre la nueva cotización de solidaridad», *Blog Foro de Labos*, publicado el 30 de enero de 2025, consultado en el siguiente enlace: <https://www.elforodelabos.es/2025/01/cuestiones-practicas-sobre-la-cuota-de-solidaridad/>.
- BAYLOS GRAU, Antonio, TRILLO PÁRRAGA, Francisco y GARCÍA-MUÑOS ALHAMBRA, Antonio: «Algunas anotaciones sobre salario mínimo y negociación colectiva», *Revista de Derecho Social*, núm. 109, 2025.
- BLASCO LAHOZ, José Francisco: *Seguridad Social. Régimen General, Regímenes Especiales y prestaciones no contributivas*, 7.ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022.
- BOGONI, Milena: «La regulación europea del Salario Mínimo en la Directiva (UE) 2022/2041, de 19 de octubre», *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 166, 2023.
- COLLADO GARCÍA, Luis, ROMERO RODENAS, María José, TRILLO PÁRRAGA, Francisco: *El salario y la cotización a la Seguridad Social*, Bomarzo, Albacete, 2024.
- CRUZ VILLALÓN, Jesús: *Compendio de Derecho del Trabajo*, 17.ª Ed., Tecnos, Madrid, 2024.
- DE LA FLOR FERNÁNDEZ, María Luisa: «Incidencia del Salario Mínimo Interprofesional en el Sistema de Seguridad Social», en CRUZ VILLALÓN, Jesús (coord.), *Política de rentas salariales: salario mínimo y negociación colectiva*, Bomarzo, 2022.
- FERNÁNDEZ PROL, Francisca: «El derecho a un salario justo. La Directiva (UE) 2022/2041, sobre unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea», *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, vol. 5, núm. 1, 2024.
- GARCÍA MUÑOZ, Manuel: «Modificaciones sobre el concepto de salario, a efectos de cotización a la seguridad social, como consecuencia de la crisis económica», en ORTIZ CASTILLO, Francisco (dir.), SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, Cristina (dir.), RODRÍGUEZ INIESTA, Guillermo (dir.), OJEDA AVILÉS, Antonio (hom.), *Los retos financieros del sistema de seguridad social: libro homenaje al profesor Antonio Ojeda Avilés*, Laborum, Granada, 2014.
- GARCÍA NINET, José Ignacio: «El salario a efectos del cálculo de la base de cotización a la Seguridad Social», DE LA VILLA GIL, Luis Enrique (coord.), *Estudios sobre*

- el salario*, Asociación de Cajas de Ahorros para Relaciones Laborales, ACARL, España, 1993.
- GIMENO DÍAZ DE ATAURI, Pablo: «La Directiva de salarios mínimos adecuados: contenido e impacto de su trasposición al ordenamiento jurídico español», *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado: Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social*, núm. 6, 2022.
- MALDONADO MOLINA, Juan Antonio: «El borrador de reforma de la base reguladora de la jubilación y el incremento de los topes máximos de las bases de cotización y de las pensiones», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 473, 2023.
- MONEREO PÉREZ, José Luis, VICENTE PALACIO, Arantzazu, LÓPEZ INSUA, Belén del Mar, PERÁN QUESADA, Salvador, LÓPEZ VICO, Sheila: «Delimitación conceptual del salario y su estructura», en MONEREO PÉREZ, José Luis (dir.), *El salario en la encrucijada de las transformaciones en la empresa: entre heteronomía y autonomía*, Comares, Granada, 2024.
- NICOLÁS BERNAD, José Alberto, «Solidaridad y equidad intergeneracional en la sostenibilidad del sistema de pensiones, en aplicación del Real Decreto-Ley 2/2023», en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 482, 2025.
- NIETO ROJAS, Patricia: «La contratación temporal en el RD Ley 32/2021: Nuevas reglas en materia de encadenamiento, sanciones y presunciones», *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, vol. 3, núm. Extra-0, 2022.
- PÉREZ HERNÁNDEZ, María del Mar: «La subida del salario mínimo profesional en 2019 y 2020, contexto y cuestiones jurídico-prácticas», en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 231, 2020.
- ROMÁN VACA, Eduardo: «Directiva sobre salarios mínimos adecuados y su transposición», *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 168, 2023.
- SÁNCHEZ DEL OLMO, Víctor: «Una aproximación a la realidad jurídico-práctica de las propinas en hostelería», *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, núm. 11, 2024.
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, Carmen: «Sobre las propinas en el sector de la hostelería», *Revista de Derecho Laboral*, VLex, 2021.
- SEMPERE NAVARRO, Antonio V.: «Control judicial a la excepcional subida del Salario Mínimo Interprofesional para 2019», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, BOE, núm. 8, 2020.
- «La base de cotización en el contrato de relevo», en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, BOE, núm. 1, 2024.
- VALDÉS DAL-RE, Fernando: «Salario mínimo interprofesional e igualdad de remuneración por razón de sexo (arts. 27 y 28)», *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100, 2000.
- VALVERDE ASCENCIO, Antonio José: «El RDL 3/2004, de 25 de junio: una nueva regulación del salario mínimo interprofesional y el establecimiento de un nuevo indicador de prestaciones laborales», en *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 78, 2005.

CAPÍTULO XXXIX

COMPATIBILIDAD DE LAS RETRIBUCIONES DEL TRABAJO CON LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN, LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO Y CON LA INCAPACIDAD PERMANENTE (RD-LEY 11/2024, RD-LEY 2/2024 Y LEY 2/2025)¹

FCO. JAVIER FERNÁNDEZ ORRICO
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Miguel Hernández (Elche)

1. APROXIMACIÓN AL TEMA EN CUESTIÓN

El fenómeno de la compatibilidad entre las retribuciones salariales del trabajador y la percepción de prestaciones de la Seguridad Social ha sido objeto de numerosas publicaciones especializadas, congresos, jornadas, etc. y sigue acaparando gran atención e inquietud, en particular, respecto a las personas próximas a su jubilación o que ya disfrutan de la misma.

Si nos atenemos a la teoría clásica de la compatibilidad, las prestaciones contributivas de Seguridad Social se otorgan a los trabajadores solicitantes que cesan temporal o permanentemente en la actividad que venían desarrollando,

¹ El presente trabajo, constituye uno de los resultados obtenidos en el marco del Proyecto de Investigación competitiva I+D+i desarrollados por grupos de investigación consolidados, titulado, *Derecho a la igualdad en el empleo y en la protección social de personas con discapacidad intelectual a partir de la accesibilidad universal: Balance y estrategias* (ref. CIAICO/2023/169), y financiado por la Consellería de Educación, Universidades y Empleo de la Generalitat Valenciana.

dejando de percibir las retribuciones correspondientes por alguna de las contingencias previstas por la normativa. Por eso, tales prestaciones tienen carácter sustitutivo de las retribuciones que dejan de percibir. Lo que significa, con carácter general, que no pueden obtenerse simultáneamente prestaciones de Seguridad Social con las retribuciones procedentes del trabajo.

En casi todas las prestaciones que contempla la normativa de la acción protectora de la Seguridad Social, existe un apartado sobre la compatibilidad con el trabajo. Así, durante la percepción de subsidios, como los de incapacidad temporal o el de nacimiento y cuidado de menor, la compatibilidad con el trabajo por cuenta propia o ajena supone la pérdida o suspensión del derecho al subsidio [arts. 175.1.b) y 180 LGSS]; en el subsidio por riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural, la extinción del derecho se producirá cuando la trabajadora realice cualquier trabajo o actividad por cuenta ajena o propia, iniciados con posterioridad a la suspensión del contrato de trabajo durante el embarazo compatibles con su estado (art. 35.4.b) RD 295/2009]; en la prestación económica por cuidado de menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave, no se contempla la pérdida del subsidio que completa la reducción de las retribuciones del trabajador que cuida a su hijo por el hecho de trabajar a tiempo completo estando reducida su jornada, quizá porque se trata de una compatibilidad forzada, pues desde luego, la situación no es para ir a trabajar a su empresa, y no parece que trabaje en otra empresa o por cuenta propia, en lugar de dedicarse al cuidado de su hijo menor. En todo caso, se extinguirá por la reincorporación plena al trabajo, cesando la reducción de jornada [art. 7.3.a) RD 1148/2011]; en desempleo, este se suspende, si el trabajador titular del derecho realiza un trabajo por cuenta ajena, a tiempo completo o a tiempo parcial, de duración inferior a 12 meses; o si realiza un trabajo por cuenta propia de duración inferior a 60 meses en el supuesto de trabajadores por cuenta propia que causen alta en el RETA o en el RETM, o a 24 meses, en el caso de actividades con alta en alguna mutualidad de previsión social alternativa al RETA [art. 271.1.d) LGSS]. En el caso de que estando percibiendo la prestación por desempleo, los trabajos alcancen o superen las duraciones anteriores, la prestación se extinguirá [art. 272.c) LGSS]. Se declara, asimismo, la incompatibilidad entre la prestación y el subsidio por desempleo, ya sea por cuenta propia o por cuenta ajena (art. 282 apdos. 1 y 2 LGSS). Precisamente, relacionado con la compatibilidad entre las rentas derivadas del trabajo y el subsidio por desempleo, por su novedad, comentaré en la última parte de este capítulo, ese mecanismo denominado: complemento de apoyo al empleo (CAE), que rompe con los criterios habituales de proporcionalidad, al establecer que para quienes accedan al subsidio por desempleo manteniendo

uno o varios contratos a tiempo parcial, así como para quienes siendo beneficiarios del mismo inicien una relación laboral a tiempo completo o parcial, el subsidio se compatibilizará como CAE (art. 282.3 LGSS).

También en el caso de las pensiones, se establece, con carácter general, la incompatibilidad con el trabajo a excepción de la pensión de viudedad que expresamente se declara compatible por el legislador con cualquier renta procedente del trabajo (art. 223.1 LGSS); por su parte, la pensión o prestación de orfandad también es compatible con cualquier renta del trabajo de quien sea o haya sido cónyuge del causante, o del propio huérfano, así como, en su caso, con la pensión de viudedad que aquel perciba²; en el caso de la pensión de incapacidad permanente, esa compatibilidad con el trabajo³ va a depender del grado de incapacidad declarado, según la legislación, así como de la interpretación que establezca la jurisprudencia.

En la LGSS existen numerosas previsiones que expresamente disponen la compatibilidad, siendo enorme la casuística. Por eso, quisiera aprovechar que el Gobierno ha dado un paso adelante en esta materia referida concretamente a la pensión de jubilación contributiva. Y es que, ciertamente, según el art. 213.1 LGSS y el art. 16.1 de la Orden de 18 de enero de 1967, el disfrute de la pensión de jubilación es incompatible con el trabajo del pensionista que dé lugar a su inclusión en el Régimen General o en alguno de los Regímenes Especiales de la Seguridad Social. Pese a ello, el legislador prevé algunas excepciones, como la posibilidad de que una vez los trabajadores han accedido a la pensión de jubilación puedan compatibilizar el percibo de la pensión con un trabajo a tiempo parcial, lo que se ha dado en llamar como jubilación flexible, que supone el retorno al mercado de trabajo a jornada parcial desde la situación de pensionista de jubilación. De hecho, en los últimos años se han ido creando nuevas modalidades de jubilación que comprenden la compatibilidad con el trabajo. Entre ellas destacan la jubilación parcial (art. 215 LGSS), con un régimen diferenciado, según que el interesado haya o no cumplido la edad ordinaria de jubilación; la jubilación activa (art. 214 LGSS); la realización de trabajos por cuenta propia cuyos ingresos anuales totales no superen el salario mínimo interprofesional en cómputo anual (art. 213.4 LGSS), profesores uni-

² Debe recordarse que para ser beneficiario de la pensión de orfandad o de la prestación de orfandad, siempre que sea menor de veinticinco años en la fecha del fallecimiento del causante, el hijo no debe realizar un trabajo lucrativo por cuenta ajena o propia, o si lo realiza, los ingresos que obtenga deben ser inferiores, en cómputo anual, a la cuantía vigente del salario mínimo interprofesional, también en cómputo anual (art. 224.3 LGSS).

³ Sobre esta cuestión se volverá, al examinarse la Ley 2/2025, de 29 de abril, que modifica el ET en materia de extinción del contrato de trabajo por incapacidad permanente, así como la LGSS, en materia de incapacidad permanente.

versitarios eméritos, personal licenciado sanitario emérito (art. 213.2 párrafo 3.º LGSS). En ese sentido, se observa cómo el legislador sigue abriendo nuevas posibilidades de compatibilizar la jubilación con el trabajo y modificando las modalidades de jubilación existentes para facilitar esa compatibilidad.

La novedad respecto a la pensión de jubilación contributiva que ha impulsado el Gobierno y que centrará básicamente el contenido de las siguientes páginas es la publicación del Real Decreto-ley 11/2024, de 23 de diciembre, para la mejora de la compatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo (RD-ley 11/2024), cuya misión fundamental ha sido modificar la LGSS en lo que afecta a la compatibilidad de las diversas modalidades de la pensión de jubilación con el trabajo. Pero también es relevante los cambios que ha sufrido la protección por desempleo en materia de compatibilidad con rendimientos del trabajo, según el RD-ley 2/2024, publicado pocos meses antes. Tampoco se puede dejar de lado en este análisis, una norma tan importante, como la Ley 2/2025, que supone la respuesta a la STJUE de 18 de enero de 2024, por la que se pone de manifiesto la obligación de las empresas de realizar ajustes razonables a los trabajadores a los que se les declare una incapacidad permanente total absoluta o gran incapacidad. Surge así el problema de compatibilidad con la pensión caso de continuar trabajando en la empresa.

2. PRECEDENTES MÁS PRÓXIMOS DE LOS CAMBIOS OPERADOS

Ciertamente, la retribución salarial con su directa repercusión en la cotización es un factor no poco importante, que, junto con el tiempo de cotización acreditado en la vida laboral determinan el importe de las prestaciones de Seguridad Social⁴. De ahí, la importancia de las últimas reformas que han establecido nuevas fórmulas para incrementar los ingresos de la Seguridad Social a través de las cotizaciones sociales. Muestra de ello, sin ir más lejos, son las modificaciones que la LGSS ha sufrido, merced a los cambios de la última gran reforma de la Seguridad Social operados por el RD-ley 2/2023⁵. Concre-

⁴ Sobre la repercusión que tienen las retribuciones del trabajador sobre las cotizaciones, existe otro capítulo en la presente obra que profundiza sobre el particular, concretamente el salario como base de cotización a la Seguridad Social.

⁵ Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones.

tamente me refiero al establecimiento del incremento gradual de la base máxima de cotización, lo que amplía la masa salarial sujeta a cotización, con la correspondiente subida de la pensión máxima del sistema, aunque sin guardar proporcionalidad alguna con la importante subida de aquella base máxima; el establecimiento de la nueva cotización de solidaridad que irá gravando progresivamente la masa salarial que supere la base máxima de cotización y, el denominado Mecanismo de Equidad Intergeneracional, como instrumento de estabilización financiera del sistema, que supone otra carga que deberán soportar empresas y trabajadores.

Y, por si fuera poco, antes, en 2022, se establecieron dos cambios de hondo calado que tan solo quiero enunciar por no formar parte esencial del presente estudio, pero que está suponiendo una nueva carga a empresas y a trabajadores.

El primero llegó de la mano del Real Decreto-ley 13/2022, de 26 de julio, por el que se establece un nuevo sistema de cotización para los trabajadores por cuenta propia o autónomos y se mejora la protección por cese de actividad que como su nombre indica tiene como finalidad el cambio sustancial en la forma de cotizar de los trabajadores autónomos al RETA. Pues, si antes de este cambio se elegía la base de cotización con algunas limitaciones derivadas de la edad o de las circunstancias de la actividad del trabajador, con independencia de los ingresos obtenidos por la actividad realizada por cuenta propia, el RD-ley 13/2022, establece un sistema, por el que se modifica el criterio en la cotización, que dependerá esencialmente de los ingresos y rentas obtenidos por el ejercicio de la profesión por cuenta propia. El cambio a primera vista parece equitativo, sin embargo, la dificultad estriba esencialmente en el período transitorio establecido para que los trabajadores por cuenta propia se adapten al nuevo sistema de cotización, que, en la mayoría de los casos, pese a su gradual aplicación, puede resultar especialmente gravoso.

En segundo lugar, con la aparición de la Ley 12/2022⁶, se ha dado un importante impulso a los planes de pensiones de empleo, denominados «simplificados», en detrimento de los planes de pensiones individuales. La ventaja de estos planes radica en que cuando se acceda a la jubilación serán plenamente compatibles con la pensión pública de jubilación. Sin embargo, no se acaban de ver los aspectos positivos que resultan de esta

⁶ Ley 12/2022, de 30 de junio, de regulación para el impulso de los planes de pensiones de empleo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones aprobados por el Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre.

reforma. Por un lado, porque quien soporta el mayor peso de la financiación son las empresas, pues, a las aportaciones a los planes de pensiones de empleo por los compromisos por pensiones, como resultado de la negociación colectiva, deben añadirse las cotizaciones, aún reducidas, a la Seguridad Social. Otro inconveniente para que se establezcan compromisos por pensiones basadas en el acuerdo colectivo o incluso como condición más beneficiosa otorgada por la empresa es la capacidad empresarial para asumir la previsión social complementaria. Porque no es la misma, la de una empresa con alto potencial en la productividad y en el número de trabajadores, que la de una PYME con pocos empleados; y dentro de una misma empresa, tampoco los salarios de los trabajadores son iguales, dependiendo de su grupo profesional.

En suma, se observa que las reformas en materia de Seguridad Social, pretenden aliviar la financiación de la acción protectora, fundamentalmente, incrementando progresivamente las cargas sociales a las empresas y trabajadores por cuenta propia.

3. PROLONGACIÓN VOLUNTARIA DE LA VIDA LABORAL MÁS ALLÁ DE LA EDAD ORDINARIA DE JUBILACIÓN

El extenso preámbulo del RD-ley 11/2024, da cuenta de la reforma en materia de jubilación⁷, cuyo objetivo es el de promocionar el alargamiento de la vida laboral de los trabajadores, en cumplimiento de la Recomendación 12 del Pacto de Toledo, sobre la edad de jubilación. Para ello, el medio empleado ha consistido en fomentar la permanencia en la vida activa de los trabajadores, mediante una mayor flexibilización de su compatibilidad con la pensión de jubilación. La técnica utilizada ha sido la de modificar directamente los artículos y demás disposiciones (LGSS, ET y LCPE) que regulan las diversas figuras de compatibilidad o que comparten el trabajo con el percibo de la pensión de jubilación contributiva en sus diversas modalidades como la jubilación parcial y la jubilación activa. Pero veamos en que han consistido los cambios que se han incorporado.

⁷ Reforma que tiene su origen en el acuerdo de la Mesa de Diálogo Social de Seguridad Social y Pensiones, del 31 de julio de 2024, ratificado el 18 de septiembre por los agentes sociales y el Presidente del Gobierno, a propósito de la recomendación 12 del Pacto de Toledo, al prever que «debe fomentarse la permanencia de los trabajadores en activo a través de la adaptación y mejora de los incentivos sociales, fiscales y laborales existentes...».

3.1 Nuevo detalle al incentivo al alargamiento de la vida laboral

Se modifica el incentivo existente, por el que se reconoce al interesado que accede a la pensión de jubilación a una edad superior a la ordinaria, un complemento económico o también llamado complemento de demora, en alguna de las siguientes modalidades, a elección del interesado:

A la modalidad existente de un porcentaje adicional de un 4% por *cada año completo cotizado* entre la fecha en que cumplió la edad ordinaria de jubilación y la del hecho causante de la pensión, siempre que acredite el resto de los requisitos legales exigidos, se le añade la posibilidad, a partir del segundo año completo de demora, de que para el cálculo del porcentaje se puedan computar periodos superiores a 6 meses e inferiores a un año, correspondiendo a dichos periodos un 2% adicional [art. 210.2.a) LGSS]. Y en el caso de que se opte por una cantidad a tanto alzado cuya cuantía se determina en función de los *años de cotización* acreditados en la fecha en que cumplió la edad ordinaria de jubilación [art. 210.2.b) LGSS] a partir del segundo año completo de demora, para el cálculo del complemento se podrán computar periodos superiores a 6 meses e inferiores a un año, correspondiendo a dichos periodos el resultado de multiplicar la cuantía de la formula anterior por 0,5.

En realidad, lo determinante para reconocer el complemento económico –apunta el Criterio de gestión 5/2025 del INSS⁸–, no solo es que se acceda a la pensión de jubilación a una edad superior en un año a la ordinaria de jubilación, sino que cada año de demora en acceder a la pensión debe ser un año cotizado, sea de forma continuada o intermitente. De igual forma, «los periodos superiores a 6 meses e inferiores a un año, que deben computarse «a partir del segundo año completo de demora», deben entenderse referidos a 6 meses completos de cotización, sean sucesivos o discontinuos»⁹.

En esta modalidad, lo demás permanece igual, es decir, que el porcentaje adicional obtenido se sumará al que con carácter general corresponda al interesado aplicándose el porcentaje resultante a la respectiva base reguladora a efectos de determinar la cuantía de la pensión, que no podrá ser superior en ningún caso al límite de las pensiones públicas establecido para cada año [art. 210.2.a) LGSS]¹⁰.

⁸ Criterio de gestión: 5/2025, de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS de fecha 12 de marzo de 2025.

⁹ Criterio de gestión: 5/2025, cit.

¹⁰ No obstante, se mantiene la previsión de que en el caso de que la cuantía de la pensión reconocida alcance el límite de la cuantía inicial de las pensiones (art. 57 LGSS) sin aplicar el porcentaje adicional o aplicándolo solo parcialmente, «el interesado tendrá derecho, además, a percibir anualmente una cantidad cuyo importe se obtendrá aplicando al importe de dicho límite vigente en cada momento el porcentaje

3.2 **Compatibilidad del complemento económico con la jubilación activa**

Si hasta la llegada del RD-ley 11/2024, no era posible aplicar los beneficios que otorga el complemento económico en la jubilación activa, a partir de su vigencia¹¹, se establece la compatibilidad entre el complemento económico y la pensión de jubilación activa, si bien esta misma norma, modifica sustancialmente las condiciones de acceso a esta modalidad de jubilación [art. 210.2.c) párrafo tercero LGSS]. Sin embargo, se mantiene la incompatibilidad de aplicar el mencionado complemento económico en las modalidades de jubilación parcial, de jubilación flexible, así como, en los supuestos de acceso a la jubilación desde una situación asimilada a la de alta [art. 210.2.c) párrafo cuarto LGSS].

3.3 **Previsible adaptación del RD 371/2023 a los cambios producidos por RD-ley 11/2024**

Si bien, el complemento económico establecido en el art. 210.2 LGSS, se desarrolla por el Real Decreto 371/2023, de 16 de mayo; habida cuenta que el RD-ley 11/2024, modifica algunas cuestiones como la compatibilidad con la jubilación activa o el incremento del 2% adicional por cada semestre en que se retrasa el acceso a la jubilación, la disposición final primera del RD-ley 11/2024, prevé que, en el plazo de seis meses desde la publicación del presente real decreto-ley, el Gobierno deberá modificar el RD 371/2023, con el fin de adaptar la fórmula mixta para el percibo del complemento económico a los cambios operados por este real decreto-ley. Si bien, se considera que hasta que se lleve a cabo la adaptación del RD 371/2023, se puede seguir reconociendo la opción mixta conforme a las previsiones contenidas en el mismo, en el caso de que el acceso a la pensión se haya demorado al menos dos años completos y, si existieran fracciones de año, que estas no superen los 6 meses. En cambio, si se superaran «los dos años de demora en el acceso a la pensión, existiesen fracciones de año superiores a 6 meses e inferiores a un año completo, las pre-

adicional no utilizado para determinar la cuantía de la pensión, redondeado a la unidad más próxima por exceso. La citada cantidad se devengará por meses vencidos y se abonará en catorce pagas, sin que la suma de su importe y el de la pensión o pensiones que tuviera reconocidas el interesado, en cómputo anual, pueda superar la cuantía del tope máximo de la base de cotización vigente en cada momento, también en cómputo anual» [art. 210.2.a) párrafo cuarto LGSS].

¹¹ Si bien, la entrada en vigor del RD-ley 11/2024, se produjo el 25 de diciembre de 2024, sin embargo, esta medida inició sus efectos, a partir del 1 de abril de 2025, según establece su disposición final tercera.

visiones que recoge el citado Reglamento no son válidas, por lo que la opción mixta no se podrá ejercer hasta que se lleve a cabo la adaptación del mismo»¹².

4. LA REFERENCIA A LA PENSIÓN EN LUGAR DE A LA BASE REGULADORA AL APLICAR COEFICIENTES REDUCTORES EN LA JUBILACIÓN ANTICIPADA

Como advierte el preámbulo del RD-ley 11/2024, se modifica el apdo. 3 del art. 210 LGSS, al objeto de subsanar el error padecido en la última redacción del mismo¹³, que hacía referencia a la base reguladora en lugar de a la pensión. Esto perjudicaba al trabajador que se jubilaba anticipadamente con coeficientes reductores cuya base reguladora de la pensión de jubilación era superior al límite de la cuantía inicial de las pensiones (art. 57 LGSS), pero no así la pensión que resultaría de aplicar el porcentaje que proceda de dicha base reguladora. De manera que, una vez superada la cuantía de la base reguladora, quedaba congelado el importe al establecido como límite de las pensiones para el año al que se refiera el mismo.

Esto plantea la cuestión de cómo se ha aplicado a los beneficiarios de la pensión de jubilación que les ha afectado la aplicación del límite de la pensión respecto a la base reguladora, en lugar de al importe de la pensión a percibir en su caso, perjudicándoles, cuando en realidad es obvio que se trata de un error, como reconoce el propio legislador en el preámbulo del RD-ley 11/2024. Con ello, si hubiera algún caso en que se hubiera observado el importe de la base reguladora como límite máximo de las pensiones, la entidad gestora de la pensión deberá regularizar el importe de la pensión, una vez determinado el límite de la pensión al aplicar el correspondiente porcentaje a la base reguladora.

5. MODALIDADES DE COMPATIBILIDAD O DE COMPARTIR LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN CON EL TRABAJO

Frente al clásico principio de incompatibilidad entre las prestaciones de Seguridad Social y el trabajo, en los últimos años se vienen estableciendo diversas figuras que propician que la pensión de jubilación pueda compatibilizarse o, al menos, pueda compartirse con las rentas procedentes del trabajo.

¹² Criterio de gestión: 5/2025.

¹³ Recordemos, que la anterior redacción de este apdo. 3 del art. 210 LGSS, procede de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre.

Figuras como la jubilación flexible, la jubilación parcial o la jubilación activa se hallan en continuos procesos de cambio, como lo demuestran las frecuentes reformas aludidas de los últimos años.

5.1 Mayor margen de compatibilidad entre trabajo y pensión de jubilación flexible

Si bien, se mantiene la previsión de que «el disfrute de la pensión de jubilación será incompatible con el trabajo del pensionista, con las salvedades y en los términos que legal o reglamentariamente se determinen», y de que pese a ello, «las personas que accedan a la jubilación podrán compatibilizar el percibo de la pensión con un trabajo a tiempo parcial en los términos que reglamentariamente se establezcan», se suprime la anterior precisión de que «durante dicha situación, se minorará el percibo de la pensión en proporción inversa a la reducción aplicable a la jornada de trabajo del pensionista en relación a la de un trabajador a tiempo completo comparable». Con ello se podría permitir, si así lo dispusiera el legislador, la compatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo a tiempo parcial con una mayor ampliación en los límites de compatibilidad. De ese modo, como parece ser la intención del legislador a la vista del preámbulo del RD-ley 11/2024, se permitirá un mayor margen de actuación a la potestad reglamentaria en la regulación de la denominada jubilación flexible y, quizá, al quebrarse esa proporcionalidad entre trabajo y pensión, resulte que buena parte del salario derivado del trabajo se solape con la cuantía de la pensión, en lo que se refiere a la proporcionalidad entre ambas fuentes de ingresos. De manera que, una vez se ha accedido a la pensión de jubilación es posible reanudar la actividad laboral a tiempo parcial o a tiempo completo o realizar una actividad por cuenta propia como autónomo¹⁴, siendo una manifestación del derecho al trabajo previsto por el art. 35 CE¹⁵.

Además, según la disposición adicional segunda RD-ley 11/2024, se ordena al Gobierno para que en el plazo de 6 meses analice los requisitos establecidos en el Real Decreto 1132/2002, de 31 de octubre, que desarrolla la jubilación gradual y flexible, con objeto de incentivar esta modalidad de jubi-

¹⁴ LLOBERA VILA, Mireia, y LÓPEZ GANDÍA, Juan: *La jubilación parcial y el contrato de relevo tras la reforma de 2024*. Editorial Bomarzo. Albacete. 2025, p. 23.

¹⁵ Según las SSTs 30 junio 1987 (RJ 1987, 4677) y 14 abril 1989 (RJ 1989, 2854), la jubilación no impide el derecho a realizar de nuevo actividades a tiempo completo.

lación. En este sentido, comparto el criterio ¹⁶ de que hubiera sido más adecuado recoger los requisitos de esta figura en la LGSS, en lugar de hacerlo a nivel reglamentario.

5.2 Modificaciones de la jubilación activa en el sistema de Seguridad Social

Puede afirmarse, que el cambio de mayor calado que el RD-ley 11/2024 ha realizado en el contenido de la LGSS, es, precisamente, el de la jubilación activa. Las modificaciones presentan aspectos positivos y otros que hubieran podido mejorarse. En este sentido, teniendo en cuenta que algunas de tales modificaciones entraron en vigor el 1 de abril de 2025, se han planteado algunas dudas, así, en supuestos de compatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo o actividad, según el art. 214 LGSS, si debe aplicarse la normativa vigente en el momento del hecho causante de la pensión o la legalidad vigente al iniciarse la actividad compatible con la pensión. Para responder a esta cuestión, el Criterio de gestión 5/2025 del INSS ¹⁷, precisa que la jubilación activa no es una modalidad de pensión de jubilación, sino un régimen de compatibilidad entre trabajo y pensión, por lo que la normativa que deberá aplicarse será la vigente en el momento del inicio de la actividad compatible y también los requisitos que deben cumplirse, y las condiciones en que la pensión es compatible son los establecidos en ese momento.

5.2.1 SUPRESIÓN DEL REQUISITO DE ACREDITAR EL PORCENTAJE DEL 100% DE LA BASE REGULADORA

Además de la eliminación de la incompatibilidad entre la jubilación activa y el complemento de demora regulado en el art. 210.2 LGSS, previsto para quienes se jubilen uno o más años después de haber cumplido la edad ordinaria de jubilación, cabe destacar, positivamente la supresión del requisito, según el cual, para poder acceder a la jubilación activa se debían acreditar períodos de años y meses cotizados suficientes ¹⁸ para alcanzar el 100% de la base regula-

¹⁶ GALA DURÁN, Carolina: «El Real Decreto Ley 11/2024: una apuesta por la jubilación gradual y la compatibilidad entre trabajo y pensión». *Los Briefs de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Las Claves de 2024*. Grupo editorial Cinca. Madrid. 2025, p. 518.

¹⁷ Criterio de gestión: 5/2025, cit.

¹⁸ Según lo previsto en el art. 210.1 LGSS.

dora. Con la nueva regulación basta con reunir las cotizaciones necesarias para poder causar derecho a la pensión de jubilación ordinaria, sin necesidad de alcanzar el 100% de la base reguladora. Concretamente, basta con haber cotizado un período mínimo de 15 años, de los cuales al menos 2 deberán estar comprendidos dentro de los 15 años inmediatamente anteriores al momento de causar el derecho, sin que se tenga en cuenta la parte proporcional correspondiente a las pagas extraordinarias [art. 205.1.b) LGSS].

El efecto inmediato supone que al reducir el número de años de cotización que se exigían, se facilita el acceso a esta modalidad de jubilación compatible con el trabajo, que, recordemos, no limita su jornada a tiempo parcial complementándola con la pensión, sino que es en puridad una auténtica compatibilidad, si bien hay otros aspectos que la limitan. En cualquier caso, es un cambio que, indudablemente tendrá una importante incidencia en el acceso de las mujeres a esta modalidad de jubilación.

5.2.2 CAMBIO EN LA CUANTÍA DE LA PENSIÓN

Otro cambio relevante, se refiere a la cuantía de la jubilación activa. El preámbulo del RD-ley 11/2024, explica que esta modificación tiene «el propósito de incentivar la permanencia en la actividad». En concreto, la cuantía deja de ser con carácter general el 50% de la pensión reconocida como hasta ahora con algunas excepciones. Ese porcentaje, se sustituye por un porcentaje variable en función del tiempo de demora en causar la pensión de jubilación desde el cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación que corresponda. Se parte desde el 45% de la pensión de jubilación reconocida cuando la demora en el acceso a la pensión haya sido de un año, hasta el 100% de la pensión si el acceso a la misma se ha demorado cinco o más años¹⁹. Con ello, se amplía la

¹⁹ Concretamente, según el art. 214.2 LGSS, el porcentaje del importe de la pensión de jubilación se calculará en función del número de años que se haya demorado el acceso a dicha pensión de acuerdo con la siguiente escala:

- a) Si se demora 1 año el acceso a la pensión de jubilación de acuerdo con lo establecido en el apartado 1.a), el porcentaje será del 45% de la pensión.
- b) Si se demora 2 años el acceso a la pensión de jubilación, el porcentaje será del 55% de la pensión.
- c) Si se demora 3 años el acceso a la pensión de jubilación, el porcentaje será del 65% de la pensión.
- d) Si se demora 4 años el acceso a la pensión de jubilación, el porcentaje será del 80% de la pensión.
- e) Si se demora 5 años o más el acceso a la pensión de jubilación, el porcentaje será del 100% de la pensión.

A efectos de la aplicación de estos porcentajes se tomarán años completos, sin que se equiparen a ellos las fracciones de estos.

posibilidad de aumentar los años de demora en el acceso a la jubilación. Si bien, a efectos de aplicar la nueva normativa, cabe distinguir, entre las pensiones de jubilación causadas antes de 1 de enero de 2022, anteriores a la entrada en vigor de la Ley 21/2021, que quedan exentas del requisito de haber demorado un año el acceso a la pensión de jubilación para poder acceder a la jubilación activa, siéndoles de aplicación la normativa vigente en el momento del inicio de la actividad compatible. En cambio, cuando se trate de pensiones causadas a partir de 1 de enero de 2022, debe aplicarse la normativa vigente en el momento de inicio del trabajo o actividad compatible, y los requisitos establecidos en ese momento, y ello hasta que esa actividad finalice²⁰.

Además, a diferencia de la normativa anterior, que dejaba congelado ese 50% de la pensión, este porcentaje se va incrementando 5 puntos porcentuales por cada 12 meses ininterrumpidos en los que el pensionista permanezca en situación de jubilación activa²¹, sin que pueda superar el 100% de la pensión²². En consecuencia, el trabajador percibirá, por cada 12 meses ininterrumpidos de trabajo o actividad compatible con la pensión, 5 puntos porcentuales más de la pensión íntegra que le habría correspondido en ese momento de no haberla compatibilizado con el trabajo, excluido, en todo caso, el complemento por mínimos²³. Ese incremento de 5 puntos porcentuales se

²⁰ Criterio de gestión: 5/2025, cit.

²¹ Este incremento comenzará a percibirse el día primero del mes de siguiente a aquel en que se haya cumplido dicho periodo de 12 meses.

²² En el caso de los pensionistas que accedieron a la pensión de jubilación antes de 1 de enero de 2022, si bien no se les exige haber demorado un año el acceso a la pensión de jubilación, en todo lo demás el régimen jurídico de la jubilación activa será el vigente en la fecha en que se haya iniciado la actividad compatible. Sin embargo, en lo que afecta al importe desde el acceso a la pensión desde el cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación no se ha establecido un porcentaje de pensión compatible con el trabajo o actividad. Por eso, cuando el acceso a la pensión de jubilación se produjo antes de 1 de enero de 2025, y el acceso a la compatibilidad se produzca a partir de 1 de abril de 2025, procede aplicar el porcentaje mínimo inicial del 45%, sin perjuicio de que éste se vaya incrementando 5 puntos porcentuales por cada 12 meses ininterrumpidos que el pensionista permanezca en la situación de jubilación activa, hasta el máximo del 100% de la pensión (Criterio de gestión: 5/2025, cit.).

En el caso de acceder a la jubilación activa cuando el hecho causante es posterior a 1 de enero de 2022 habiéndose accedido a la pensión un año después de cumplir la edad ordinaria de jubilación, aunque no haya cotizado en ese año o solo parcialmente, no se podrá acceder a la jubilación activa si no se tiene acreditado el período mínimo de 15 años de cotización; además, si ese periodo de cotización se acredita en el momento de cumplir la edad ordinaria de jubilación para poder acogerse a la jubilación activa hay que demorar el acceso a la pensión de jubilación un año desde que se cumplió dicha edad, aunque no se haya cotizado durante dicho año, o se haya cotizado solo parcialmente (Criterio de gestión: 5/2025, cit.).

²³ En el caso de que se interrumpa la actividad compatible con la pensión, no se consolidan los incrementos que se hayan reconocido del 5% de la pensión por cada 12 meses consecutivos de compatibilidad. Por eso si se inicia una nueva actividad el porcentaje a percibir será el que corresponda conforme a los años de demora en el acceso a la pensión, más los posteriores incrementos de 5 puntos porcentuales por cada 12 meses ininterrumpidos que se permanezca en la situación de jubilación activa, pero no se incluyen los incrementos anteriores a la nueva actividad (Criterio de gestión: 5/2025, cit.).

aplicará sobre la pensión de jubilación que le habría correspondido percibir de no haberse acogido a la jubilación activa ²⁴.

En el caso de los trabajadores fijos discontinuos, no se les exige que los meses de actividad se realicen de forma ininterrumpida ²⁵.

En consecuencia, la cuantía de la pensión de jubilación compatible con el trabajo será equivalente a un porcentaje del importe resultante en el reconocimiento inicial o la que esté percibiendo. Además, expresamente, con la nueva regulación, se incluye la cuantía del complemento de maternidad o el de la brecha de género cuando se perciba, y sigue excluyéndose, el complemento por mínimos cualquiera que sea la jornada laboral o la actividad que realice el pensionista (art. 214.2 LGSS).

5.2.3 MOMENTO DE INICIO DE LA JUBILACIÓN ACTIVA

Según el art. 214.2 LGSS, la cuantía de la pensión de jubilación compatible con el trabajo (jubilación activa) será equivalente a un porcentaje del importe resultante en el reconocimiento inicial incluido el complemento por maternidad o el de la brecha de género cuando se perciba y excluido, en todo caso, el complemento por mínimos cualquiera que sea la jornada laboral o la actividad que realice el pensionista; este porcentaje del importe de la pensión de jubilación se calculará en función del número de años que se haya demorado el acceso a dicha pensión.

Con ello nos da a entender el legislador, que el personal puede acceder a la jubilación activa, una vez superada la demora exigida para ello, ya sea sin trabajar en ese período, o desde el desempeño de un trabajo que pudo iniciar anteriormente, una vez cumplida la edad de jubilación legal ordinaria, sin solicitar ni percibir la pensión de jubilación. Lo que da a entender que el trabaja-

²⁴ Y ello, con independencia de cuál haya sido la actividad o las actividades compatibles realizadas, por cuenta propia o por cuenta ajena y a tiempo completo o a tiempo parcial, y cualquiera que sea el régimen en el cual deba haber tenido lugar el alta a causa de esa actividad o actividades, ya que el único requisito es que los 12 meses de actividad exigidos se hayan sucedido de forma ininterrumpida (Criterio de gestión: 5/2025, cit.).

²⁵ A los trabajadores fijos discontinuos se les permitirá sumar los periodos en los que estando vigente el contrato de trabajo fijo discontinuo, el trabajador haya permanecido en situación de alta en el régimen que le corresponda, aplicándose el incremento de 5 puntos porcentuales cuando el resultado de multiplicar la suma de dichos períodos por el coeficiente del 1,5 equivalga a 12 meses de actividad, en aplicación de la regla prevista en el art. 247.2 párrafo primero LGSS. Sin embargo, en el caso de que se den interrupciones en la actividad diferentes de las propias de ese tipo de contrato, como puede ser una excedencia, no procederá sumar los períodos de actividad previos y posteriores a la interrupción de la actividad por ese tipo de causas (Criterio de gestión: 5/2025, cit.).

dor, ha estado trabajando por cuenta propia o ajena, en el período de tiempo que transcurre entre el cumplimiento ordinario de la edad de jubilación y el inicial acceso a la pensión ordinaria que coincidirá con el momento del inicio de la jubilación activa, en el que se aplicará el correspondiente porcentaje en función del período de demora transcurrido desde el cumplimiento de la edad de jubilación ordinaria.

5.2.4 CAMBIOS EN EL TRABAJO AUTÓNOMO

También en el caso de los trabajadores por cuenta propia se ha producido un sensible cambio porque en la regulación anterior la redacción era clara y sencilla, pues, en lugar de aplicarse un 50% de la pensión, se explicaba en tan solo dos líneas, que si la actividad se realizaba por cuenta propia y se acreditaba tener contratado, al menos, a un trabajador por cuenta ajena, la cuantía de la pensión compatible con el trabajo alcanzaba al 100% (art. 214.2 segundo párrafo LGSS²⁶). Y ello sin ningún tipo de condicionantes, sino con los mismos requisitos establecidos para los trabajadores por cuenta ajena.

Con la nueva redacción, operada por RD-ley 11/2024, referida a los trabajadores por cuenta propia, esta vez situada en el art. 214.3 LGSS, se distinguen dos supuestos para acogerse a los nuevos porcentajes:

- a) Que la actividad se realice por cuenta propia y se acredite tener contratado para la realización de la propia actividad, al menos, a un trabajador por cuenta ajena con carácter indefinido con una antigüedad mínima de 18 meses.
- b) Que se contrate con carácter indefinido a un nuevo trabajador por cuenta ajena, si bien, se exige en este caso, que no haya tenido vínculo laboral con el trabajador autónomo en los dos años anteriores al inicio de la jubilación activa.

En estos casos, la cuantía de la pensión compatible con el trabajo alcanzará el 75%, cuando la demora en el acceso a la pensión de jubilación haya sido entre 1 y 3 años, en cambio, si la demora se produce a partir del 4.º año será de aplicación lo previsto para el caso de los trabajadores por cuenta ajena, es decir, que si se jubila en el 4.º año el porcentaje será del 80% de la pensión, y si decide hacerlo en el 5.º año y siguientes, el porcentaje será del 100%. Al igual que en el caso de los trabajadores por cuenta ajena, también en estos casos se aplica el incremento de 5 puntos porcentuales por cada 12 meses ininterrumpidos que permanezca en la situación de jubilación activa.

²⁶ Redacción establecida por el art. 1.9 Ley 21/2021, de 28 de diciembre.

5.2.5 SE INCENTIVA LA PERMANENCIA EN LA ACTIVIDAD

Desde luego, los cambios que se han producido, provocan para el trabajador, que pueda aplicarse porcentajes de la pensión más interesantes, si bien, permaneciendo en activo mayores períodos desde que cumple con la edad de jubilación. Ya se pudo ver un primer movimiento del legislador, en la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, que entre otras cuestiones modificó la letra a) del apdo. 1 del art. 214 LGSS, exigiendo para poder acceder a la entonces denominada, pensión de jubilación y envejecimiento activo, que tenga lugar al menos un año después de haber cumplido la edad de jubilación ordinaria. De manera, que pese a cumplir la edad ordinaria, en la regulación anterior, ya se empezó a vislumbrar esa necesidad de permanencia de al menos, decía, de un año para causar derecho a esta modalidad de jubilación. Esto se ve con mayor claridad con el RD-ley 11/2024, que premia con un mayor porcentaje al trabajador a medida que decide retrasar el acceso a la jubilación, en este caso, activa para compatibilizarlo con un trabajo.

La cuestión es si en determinadas edades y, sobre todo, dependiendo del tipo de trabajo, estará el trabajador en condiciones para seguir con la actividad o, si sería posible dar un paso más, planteando la posibilidad de la jubilación activa, en edades inferiores, en función de la actividad del trabajador o de la discapacidad del trabajador, a la vista, respectivamente de los art. 206 y 206 bis LGSS.

5.2.6 ACLARACIÓN SOBRE LOS EFECTOS DE LA OMISIÓN DEL TRABAJADOR DE COMUNICAR SU SITUACIÓN DE JUBILACIÓN ACTIVA A LA ENTIDAD GESTORA

Otra cuestión que conviene aclarar es la consecuencia que puede producir la falta de comunicación del inicio de un trabajo o actividad compatible con la pensión de jubilación por parte del trabajador a la entidad gestora. La cuestión es si podría considerarse que la totalidad de la pensión se ha percibido indebidamente, y ello, pese a que se haya formalizado el alta en el régimen correspondiente, se esté cotizando conforme a la situación de jubilación activa y se reúnan los requisitos establecidos en la norma. Pues bien, el Criterio de gestión, 3/2025 INSS, señala que en esos casos no cabe considerar indebida la totalidad de la pensión, sino que únicamente procedería reclamar el reintegro del importe inde-

bidamente percibido²⁷. Por eso, es importante, no dejar a la empresa que realice todo el proceso burocrático que tiene que ver con la jubilación activa, es imprescindible que el trabajador solicite la pensión de jubilación y que simultáneamente deje constancia de que se encuentra en situación de jubilación activa.

5.3 Modificaciones en la jubilación parcial

La jubilación parcial consiste en que el trabajador sin jubilarse plenamente distribuye su jornada reduciendo una parte de su actividad laboral mediante un contrato a tiempo parcial, y en la otra accede a la pensión minorada, ya sea antes de cumplir la edad ordinaria de jubilación (jubilación parcial anticipada) o una vez cumplida dicha edad (jubilación parcial postergada o diferida).

Los cambios que se han realizado en la jubilación parcial, han llegado como consecuencia del plazo de un año que se dio al Gobierno para que previa negociación en el marco del diálogo social presentara ante el Pacto de Toledo una propuesta de modificación de la regulación de la jubilación parcial que garantice un régimen de compatibilidad entre trabajo y pensión; que equilibre el coste que esta modalidad de pensión tiene para el sistema, teniéndose en cuenta la incidencia que las mencionadas modificaciones pueden tener en los distintos sectores de la actividad especialmente en el de la industria manufacturera (disposición adicional primera RD-ley 2/2023).

El Acuerdo para la mejora de la compatibilidad con el trabajo de 31 de julio de 2024 y su concreción en el RD-ley 11/2024 impulsan aquella previsión, lo que ha ocasionado las modificaciones sobre jubilación parcial en la LGSS y de la contratación parcial y de relevo en el Estatuto de los Trabajadores.

La nueva normativa ha modificado aspectos que tienen que ver con la ampliación de los márgenes de la reducción de la jornada, tanto de la jubilación parcial postergada como de la jubilación parcial anticipada, así como, una ampliación de los márgenes de edad inferiores a la edad ordinaria de jubilación para poder acceder a la jubilación parcial anticipada, no exenta del endurecimiento de los requisitos exigidos para causar derecho a esta modalidad de jubilación parcial. Todo ello, en consonancia con la disposición primera RD-ley 11/2024, que

²⁷ Concretamente, el Criterio de gestión, 3/2025, señala que, en el supuesto de que el pensionista de jubilación compatibilice la pensión con un trabajo o actividad, según los términos y requisitos que se establecen para la jubilación activa, «sin comunicarlo previamente a la entidad gestora, pero habiéndose comunicado por el empresario o el propio interesado a la TGSS, de forma que conste de alta en el sistema de la Seguridad Social –sin que exista ánimo de ocultación–, y se haya cotizado en los términos establecidos en la norma, no cabe considerar que la pensión de jubilación se ha percibido de forma indebida en su totalidad, sino que *solamente será indebida la parte de pensión que exceda del importe que se debió percibir*».

prevé, que en el último trimestre de 2028, el Gobierno realizará una evaluación del impacto de esta reforma de la jubilación parcial respecto a la edad, el periodo de carencia, la ordenación de la concentración de jornada, la antigüedad en la empresa y las condiciones de empleo de los relevistas, atendiendo a las variables de sexo y actividad, que serán objeto de análisis con los interlocutores sociales a efectos de los cambios normativos que resulten necesarios. Parece que la intención es un cambio radical del funcionamiento de esta modalidad de jubilación.

5.3.1 JUBILACIÓN PARCIAL POSTERGADA

Con respecto a la jubilación parcial postergada, cuya regulación se contiene en el art. 215 LGSS, la reforma para los trabajadores que se jubilan parcialmente habiendo cumplido la edad ordinaria de jubilación, afecta a la reducción de jornada, que se amplía hasta un máximo del 75%, pues hasta ahora era de un 50%. En estos casos se ha planteado la posibilidad de optar en el momento de alcanzar la edad de jubilación ordinaria, por la jubilación activa manteniendo el contrato a tiempo parcial con la empresa, sin que se vincule en tal caso a la jubilación parcial, sino compatibilizándose con la jubilación activa, pero la normativa no contempla tal posibilidad²⁸.

5.3.2 JUBILACIÓN PARCIAL ANTICIPADA

Asimismo, se amplía, con carácter general, la reducción de la jornada, entre un mínimo del 25% y un máximo del 75% de la jornada de un trabajador a tiempo comparable. Conviene recordar que, en la anterior regulación, la reducción de la jornada de trabajo debía hallarse comprendida entre un mínimo de un 25% y un máximo del 50%. Y que solo era posible una reducción de la jornada del 75% con la condición de que el trabajador relevista fuera contratado a jornada completa mediante un contrato de duración indefinida. Sin embargo, la realidad es que esto último que era opcional, ahora es obligatorio, de manera que el empresario que quiera celebrar un contrato a tiempo parcial con los trabajadores a tiempo completo que no hayan alcanzado la edad ordinaria de jubilación, permitirá que accedan a jubilación parcial anticipada reduciendo su jornada con un contrato a tiempo parcial, si bien, los contratos de relevo que se establezcan

²⁸ LLOBERA VILA, Mireia. y LÓPEZ GANDÍA, Juan: *La jubilación parcial y el contrato de relevo tras la reforma de 2024*, cit., pp. 85-86.

como consecuencia de dicha jubilación tendrán carácter indefinido y a tiempo completo con independencia de la jornada que realice el jubilado parcial, debiendo mantenerse al menos durante los dos años posteriores a la extinción de la jubilación parcial, lo que si bien mejora la situación del trabajador relevista podría retraer de su celebración al empresario. Y es que, no ha pasado desapercibido el incremento del coste en la cotización entre el contrato a tiempo parcial del jubilado parcial que debe cotizarse como si se tratara de un contrato a tiempo completo (al 100%) y la cotización mínima del 65% exigida por la contratación del relevista, que ahora, además lo es a jornada completa, lo que supone que sumando las cotizaciones de ambos contratos superará ampliamente el 100% de la cotización anterior a la jubilación parcial, con lo que la cotización deja de cumplir su función aseguradora para convertirse en un instrumento recaudatorio que desalienta el uso de esta modalidad por parte de las empresas ²⁹.

Con respecto al momento en que es posible el acceso a la jubilación parcial anticipada, se establece un «toma y daca», en el sentido de que se prevé que quienes accedan a la jubilación parcial sin que hayan cumplido la edad legal u ordinaria de jubilación la posibilidad de anticipo de la edad de jubilación se amplía de 2 a 3 años (toma) ³⁰. Sin embargo, la contrapartida en tales supuestos de anticipación del acceso a la jubilación parcial en más de dos años respecto de la edad ordinaria de jubilación, implica que la reducción de jornada de trabajo durante el primer año se fijará entre un 20% y un 33% (daca). Esta previsión se dulcifica porque el porcentaje de reducción de jornada inicialmente pactado podrá modificarse libremente entre los límites del 25% y el 75%, una vez queden dos años al jubilado parcial para cumplir la edad ordinaria de jubilación, incluso «cuando no haya transcurrido un año completo con la aplicación del porcentaje inicial» ³¹.

5.3.3 AMPLIACIÓN DE LA JUBILACIÓN PARCIAL A LOS SOCIOS TRABAJADORES O DE TRABAJO DE LAS COOPERATIVAS

Según el nuevo apartado 6 del art. 215 LGSS, podrán acogerse a la jubilación parcial los socios trabajadores o de trabajo de las cooperativas, asimila-

²⁹ *Ibidem*, pp. 105 y 116.

³⁰ A los efectos de determinar la edad legal de jubilación, se considerará como tal la que le hubiera correspondido al trabajador de haber seguido cotizando durante el plazo comprendido entre la fecha del hecho causante de la jubilación parcial y el cumplimiento de la edad legal de jubilación que en cada caso resulte de la aplicación de lo establecido en el art. 205.1.a) LGSS [art. 215.2.a) párrafo cuarto LGSS].

³¹ Criterio de gestión: 5/2025, cit.

dos a trabajadores por cuenta ajena en los términos del art. 14³², que reduzcan su jornada y derechos económicos en las condiciones previstas en el Estatuto de los Trabajadores (ET) y cumplan los requisitos establecidos en el art. 215 LGSS para la jubilación parcial, cuando la cooperativa concierte con un socio de duración determinada de la misma o con un desempleado la realización, en calidad de socio trabajador o de socio de trabajo en los mismos términos previstos en el ET para el contrato de relevo por lo que afecta a la duración de la jornada y al vínculo como socio.

5.3.4 RÉGIMEN TRANSITORIO DE LA JUBILACIÓN PARCIAL EN LA INDUSTRIA MANUFACTURERA

Por el art. 1.9 RD-ley 11/2024, se modifica el apartado 6 de la disposición transitoria cuarta LGSS ampliando hasta el 31 de diciembre de 2029 el régimen transitorio de la jubilación parcial en la industria manufacturera establecido en dicha disposición, manteniendo los requisitos³³ establecidos e introdu-

³² Según el art. 14.1.a) LGSS, los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado, como asimilados a trabajadores por cuenta ajena, en cuyo caso, las cooperativas quedarán integradas en el Régimen General o en alguno de los regímenes especiales de la Seguridad Social, según proceda, de acuerdo con su actividad.

³³ Los requisitos exigidos en esta modalidad de jubilación parcial son los siguientes:

a) Que el trabajador que solicite el acceso a la jubilación parcial realice directamente funciones que requieran esfuerzo físico o alto grado de atención en tareas de fabricación, elaboración o transformación, así como en las de montaje, puesta en funcionamiento, mantenimiento y reparación especializados de maquinaria y equipo industrial en empresas clasificadas como industria manufacturera.

b) Que el trabajador que solicite el acceso a la jubilación parcial acredite un período de antigüedad en la empresa de, al menos, seis años inmediatamente anteriores a la fecha de la jubilación parcial. A tal efecto, se computará la antigüedad acreditada en la empresa anterior si ha mediado una sucesión de empresa en los términos previstos en el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores o en empresas pertenecientes al mismo grupo.

c) Que en el momento del hecho causante de la jubilación parcial el porcentaje de trabajadores en la empresa cuyo contrato de trabajo lo sea por tiempo indefinido, supere el 75 por ciento del total de los trabajadores de su plantilla.

d) Que la reducción de la jornada de trabajo del jubilado parcial se halle comprendida entre un mínimo de un 25 por ciento y un máximo del 67 por ciento, o del 80 por ciento para los supuestos en que el trabajador relevista sea contratado a jornada completa mediante un contrato de duración indefinida. Dichos porcentajes se entenderán referidos a la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable.

e) Que exista una correspondencia entre las bases de cotización del trabajador relevista y del jubilado parcial, de modo que la del trabajador relevista no podrá ser inferior al 65 por ciento del promedio de las bases de cotización correspondientes a los seis últimos meses del período de base reguladora de la pensión de jubilación parcial.

f) Que se acredite un período de cotización de treinta y tres años en la fecha del hecho causante de la jubilación parcial, sin que a estos efectos se tenga en cuenta la parte proporcional correspondiente por pagas extraordinarias. A estos exclusivos efectos, solo se computará el período de prestación del servicio militar obligatorio o de la prestación social sustitutoria, o del servicio social femenino obligatorio, con el límite máximo de un año.

En el supuesto de personas con discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento, el período de cotización exigido será de veinticinco años.

ciendo un nuevo apartado g), con la obligación de empresa y trabajador de cotizar por el 80% de la base de cotización que, en su caso, hubiese correspondido al jubilado parcial de seguir trabajando este a jornada completa, porcentaje inferior al que establece el art. 215.2.f) LGSS como norma general. Asimismo, se establecen algunas precisiones en relación con la acumulación de jornada, y se completa con la aplicación progresiva de la base de cotización prevista en la citada letra g)³⁴.

5.3.5 CAMBIOS EN LA CONTRATACIÓN LABORAL DE LA JUBILACIÓN PARCIAL

En materia laboral, el art. 2 RD-ley 11/2024, modifica los apdos. 6 y 7 del art. 12 ET.

En el primero, sobre reducción de jornada del trabajador que accede a la jubilación parcial antes de alcanzar la edad ordinaria de jubilación, así como al contrato del trabajador relevista³⁵, establece las mismas características en cuanto a reducción de jornada y condiciones del contrato que se establecen en la LGSS: a tiempo completo, por tiempo indefinido, con independencia del porcentaje acordado con el contrato a tiempo parcial del jubilado parcial, y debiendo mantenerse al menos dos años desde la fecha de la jubilación ordinaria del jubilado parcial; así como con la obligación del empresario de que, para el supuesto de que el contrato de relevo se extinga antes de dicho plazo, de

³⁴ La nueva letra g) del apdo. 6 de la disposición transitoria cuarta LGSS, establece que «sin perjuicio de la reducción de jornada a que se refiere la letra d), durante el período de disfrute de la jubilación parcial, empresa y trabajador cotizarán por el 80 por ciento de la base de cotización que, en su caso, hubiese correspondido al jubilado parcial de seguir trabajando este a jornada completa. Esta cotización se aplicará de forma gradual de acuerdo con la siguiente escala:

- 1.º Durante el año 2025, la base de cotización será equivalente al 40 por ciento de la base de cotización que hubiera correspondido a jornada completa.
- 2.º Durante el año 2026, la base de cotización será equivalente al 50 por ciento de la base de cotización que hubiera correspondido a jornada completa.
- 3.º Durante el año 2027, la base de cotización será equivalente al 60 por ciento de la base de cotización que hubiera correspondido a jornada completa.
- 4.º Durante el año 2028, la base de cotización será equivalente al 70 por ciento de la base de cotización que hubiera correspondido a jornada completa.
- 5.º Durante el año 2029, la base de cotización será equivalente al 80 por ciento de la base de cotización que hubiera correspondido a jornada completa.

A efectos de la aplicación de lo establecido en este apartado, la compatibilidad efectiva entre trabajo y pensión permitirá la acumulación del tiempo de trabajo en periodos de días en la semana, semanas en el mes, meses en el año u otros periodos de tiempo, de conformidad con lo dispuesto en pacto individual o, en su caso, en la negociación colectiva, en todas sus expresiones, incluido el acuerdo de centro de trabajo, sin que en ningún ámbito se pueda limitar o impedir su uso».

³⁵ Conviene tener en cuenta que, según la disposición transitoria única RD-ley 11/2024, que los contratos de relevo celebrados con anterioridad de la entrada en vigor del mencionado precepto, se seguirán rigiendo por la normativa vigente en el momento de su concertación.

celebrar un nuevo contrato de relevo en los mismos términos del extinguido. Se precisa desde el punto de vista laboral que el contrato de relevo se celebrará con un trabajador en situación de desempleo o que tuviese concertado con la empresa un contrato de duración determinada o un contrato de fijo discontinuo, debiendo en este último caso contratar un nuevo fijo discontinuo para la cobertura de la actividad dejada por el nuevo relevista. A causa de ello, se deberían incorporar algunos cambios normativos, en particular sobre la correspondencia de las bases de cotización para que las empresas no realicen cotizaciones por los períodos de inactividad del relevista fijo discontinuo de manera que la cotización solo afecte a los períodos de actividad³⁶.

No obstante, con relación a los contratos de relevo celebrados antes de la entrada en vigor del RD-ley 11/2024, si posteriormente a esta norma se produce el cese del trabajador relevista antes de que el trabajador sustituido alcance la edad ordinaria de jubilación, el nuevo contrato de relevo suscrito por el empresario para cumplir con la obligación de sustitución del relevista establecida en el art. 215.2.e) segundo párrafo LGSS deberá ajustarse también a la normativa anterior al RD-ley 11/2024, por lo que, los requisitos que deben exigirse en la sustitución deben realizarse «con arreglo a la normativa vigente en el momento en el que se produce el hecho causante de la pensión de jubilación parcial»³⁷.

Además, se especifica por vez primera en el art. 12.6 párrafo quinto ET, que la compatibilidad efectiva entre trabajo y pensión permitirá la acumulación del tiempo de trabajo en periodos de días en la semana, semanas en el mes, meses en el año u otros periodos de tiempo, según lo que se disponga en el acuerdo con la empresa o, en la negociación colectiva, en todas sus expresiones, incluido el acuerdo de centro de trabajo, sin que en ningún ámbito se pueda limitar o impedir su uso. Esta precisión, es la que permitirá con base en la legislación, la posibilidad de concentrar las horas de trabajo en determinados períodos del año.

En el apdo. 7 del art. 12 ET, para el supuesto en que el trabajador se jubile parcialmente teniendo cumplida la edad ordinaria de jubilación, se establece la posibilidad de celebrar un contrato de relevo, de duración determinada o por tiempo indefinido, en cuyo caso su duración será coincidente con el tiempo en que se mantenga la jubilación parcial y, en todo caso, con un mínimo de un año y cuya jornada, como mínimo, será por la dejada vacante por el jubilado par-

³⁶ LLOBERA VILA, M. y LÓPEZ GANDÍA, J.: *La jubilación parcial y el contrato de relevo tras la reforma de 2024*, cit., p. 31.

³⁷ Criterio de gestión: 5/2025, cit.

cial, debiendo celebrarse con un trabajador desempleado o que tuviese concertado con la empresa un contrato de duración determinada.

Se adiciona un nuevo apartado 8, que declara compatible la ejecución del contrato a tiempo parcial con la retribución del jubilado parcial, así como que el puesto de trabajo del trabajador relevista y el del trabajador sustituido podrá ser el mismo o diferente y que el horario de trabajo podrá completar el del trabajador sustituido o simultanearse con él.

5.3.6 CAMBIOS EN LOS TRABAJADORES FIJOS-DISCONTINUOS Y TRABAJADORES A JORNADA PARCIAL

El preámbulo del RD-ley 11/2024, resume los cambios que ha supuesto para los trabajadores fijos discontinuos esta reforma, cuando señala que la modificación del artículo 245.2 LGSS se limita a recoger una referencia a las particularidades en la regulación de la protección social en función de cada modalidad de contrato (a tiempo parcial, de relevo a tiempo parcial y fijo-discontinuo). Mientras que el art. 247 LGSS se modifica para regular por separado los períodos de cotización computables para trabajadores a tiempo parcial y fijos-discontinuos. Con ello, el apdo. 1 mantiene, en los mismos términos que antes, el cómputo de los períodos de cotización a efectos de causar el derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente y muerte y supervivencia por los trabajadores a tiempo parcial. Por otro lado, el apdo. 2 recupera para los trabajadores fijos-discontinuos la aplicación del coeficiente de 1,5, suprimida por el Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo, para el cálculo del periodo de carencia exigido para acceder a las citadas pensiones.

Asimismo, el art. 248, que regula la cuantía de las prestaciones económicas para los trabajadores a tiempo parcial y asimilados a efectos de Seguridad Social, se modifica con objeto de introducir para los trabajadores fijos-discontinuos la precisión de que todo el período durante el cual el trabajador haya estado en situación de alta con un contrato fijo-discontinuo se multiplicará por un coeficiente de 1,5, sin que el número total de días cotizados anualmente pueda superar el número de días naturales de cada año. En el apdo. 4 se establece la forma de cálculo para los trabajadores a tiempo parcial y fijos-discontinuos del complemento de la pensión de jubilación previsto en el art. 210.2 LGSS. Para ello, se prevé para los primeros que se tendrán en cuenta los períodos de cotización establecidos en el art. 247.1 LGSS, mientras que para los trabajadores fijos-discontinuos se tendrán en cuenta los periodos de cotización

aplicando lo previsto en el art. 247.2 LGSS, mediante la aplicación del coeficiente 1,5.

5.4 La pensión de jubilación en el Régimen de Clases Pasivas

Por las peculiaridades que presenta el Régimen de Clases Pasivas, parece oportuno poner en antecedentes, sobre algunos aspectos acerca de su jubilación. De ahí que antes de entrar con el tema de la compatibilidad de la jubilación o retiro del personal funcionario y el trabajo, conviene advertir una diferencia sustancial respecto a los trabajadores pertenecientes al ámbito laboral privado, y es precisamente que desaparece la voluntariedad de acceder a la situación de pensionista de jubilación al establecerse la jubilación forzosa para los funcionarios pertenecientes al Régimen de Clases Pasivas. La jubilación forzosa, se ha interpretado³⁸ como una vía de amortización del empleo público al facilitarse su jubilación, más que una búsqueda del rejuvenecimiento de las plantillas por el envejecimiento del colectivo de los funcionarios públicos, por eso cabría buscar nuevas oportunidades a los funcionarios públicos que les permitan mantener su derecho al trabajo, sin ver afectada su pensión tal como hemos visto en el caso de los trabajadores sometidos al campo de las relaciones laborales.

5.4.1 LA JUBILACIÓN FORZOSA DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Los funcionarios de Clases Pasivas, al alcanzar una determinada edad se les declara de oficio la jubilación forzosa, con carácter general, al cumplir la edad legalmente establecida de 65 años (art. 67.3 EBEP), salvo que no acredite haber completado el período de carencia exigido de 15 años de servicios efectivos al Estado³⁹ para tener derecho a la pensión. En este caso, se ofrece la posibilidad de que si tuviera reconocidos doce años de servicios efectivos al Estado podrá solicitar en el servicio activo del órgano competente para acordar su jubilación, la prórroga exclusivamente por el período temporal que le falte

³⁸ ESTEVE SEGARRA, Amparo: «Regímenes especiales de Seguridad Social de los funcionarios públicos». Derecho de la Seguridad Social II. Tirant lo Blanch. Valencia. 2024, p. 295.

³⁹ Art. 29 LCPE. En el mismo sentido, subsiste la posibilidad de prórroga en el servicio activo, en las condiciones y requisitos exigibles «a los efectos de alcanzar el mínimo de servicios computables para causar haberes pasivos de jubilación» (art. 39.4 Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba la Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado).

para cubrir el mencionado período de carencia y siempre que el interesado pueda considerarse apto para el servicio⁴⁰.

Esta regla general tiene dos excepciones, siendo la primera la que prevé la prolongación voluntaria de la edad de jubilación⁴¹, que se dictan en desarrollo del EBEP, ya sean estatales o autonómicas, o generales o para determinados colectivos⁴². La otra excepción es la que prevé normas estatales específicas de jubilación (art. 67.3. párrafo tercero EBEP)

Entre los colectivos de funcionarios que presentan normas específicas⁴³, en las que se contempla otra edad de jubilación forzosa, caben señalar los siguientes:

– Los funcionarios de los Cuerpos docentes universitarios se jubilarán forzosamente cuando cumplan los 70 años⁴⁴. En atención a las peculiaridades de la función docente, dichos funcionarios podrán optar por jubilarse a la finalización del curso académico en el que hubieren cumplido los setenta años⁴⁵.

⁴⁰ Art. 28.2.a) LCPE.

⁴¹ A este respecto, debe tenerse en cuenta que, se puede solicitar la prolongación de la permanencia en el servicio activo como máximo hasta el cumplimiento de 70 años de edad, si bien, la Administración Pública competente debe de resolver de forma motivada la aceptación o denegación de la solicitud de la prolongación (art. 67.3 segundo párrafo EBEP).

⁴² En el caso de los funcionarios estatales resulta de aplicación la Resolución de 31 de diciembre de 1996, de la Secretaría de Estado para la Administración Pública, por la que se dictan normas complementarias de procedimiento para la aplicación de la prolongación de la permanencia en el servicio activo a los funcionarios públicos en el ámbito de la Administración del Estado. Para otros colectivos, a falta de legislación específica, tendrá carácter supletorio la legislación estatal.

⁴³ Según el art. 4 EBEP, tienen legislación específica propia, a) Personal funcionario de las Cortes Generales y de las asambleas legislativas de las comunidades autónomas. b) Personal funcionario de los demás Órganos Constitucionales del Estado y de los órganos estatutarios de las comunidades autónomas. c) Jueces, Magistrados, Fiscales y demás personal funcionario al servicio de la Administración de Justicia. d) Personal militar de las Fuerzas Armadas. e) Personal de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. f) Personal retribuido por arancel. g) Personal del Centro Nacional de Inteligencia. h) Personal del Banco de España y del Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito.

⁴⁴ Tales funcionarios también pueden jubilarse una vez que hayan cumplido los 65 años, siempre que así lo soliciten en la forma y plazos que se establezcan reglamentariamente. En estos supuestos, la efectividad de la jubilación estará referida, en cada caso, a la finalización del curso académico correspondiente.

⁴⁵ Disposición adicional decimoquinta. 5 Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública (modificada por el art. único Ley 27/1994, de 29 de septiembre, de modificación de la edad de jubilación de los funcionarios de los cuerpos docentes universitarios). Esta disposición adicional fue derogada por la disposición derogatoria única, b) EBEP, con el alcance establecido en la disposición final cuarta EBEP, según la cual, «hasta que se dicten las leyes de Función Pública y las normas reglamentarias de desarrollo se mantendrán en vigor en cada Administración Pública las normas vigentes sobre ordenación, planificación y gestión de recursos humanos en tanto no se opongan a lo establecido en este Estatuto». Ello se ha interpretado, en el sentido de que la derogación de la regla específica sobre la edad de jubilación de los funcionarios de los cuerpos docentes universitarios no entraría en vigor hasta que se apruebe el previsto Estatuto del Personal Docente e Investigador que deberá resolver sobre ello (SÁNCHEZ MORÓN, Miguel: «Pérdida de la relación del servicio». *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*. Director: Miguel Sánchez Morón, 2.ª ed.. Editorial Lex Nova. Valladolid. 2008, p. 428). En el mismo sentido, la instrucción 8.d) de la Resolución de 21 de junio de 2007, de la Secretaría

Asimismo, se prevé la prolongación voluntaria del servicio activo de los funcionarios pertenecientes a los cuerpos docentes universitarios y profesores de investigación del CSIC, una vez alcanzada la edad de jubilación forzosa, por un período de 5 años adicionales, en los términos de la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 4/2011, de 11 de marzo⁴⁶.

– La jubilación por edad de los Jueces y Magistrados, así como de los Letrados de la Administración de Justicia⁴⁷, es forzosa al cumplir la edad de 70 años⁴⁸. No obstante, podrán solicitar con dos meses de antelación a dicho momento la prolongación de la permanencia en el servicio activo hasta que cumplan como máximo 72 años de edad⁴⁹ (art. 386.1 LOPJ).

– La jubilación forzosa de los Notarios, Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles es forzosa al cumplir la edad de 70 años; o voluntaria a partir de los 65 años de edad. No obstante, podrán solicitar a la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, con dos meses de antelación a cumplir la edad de 70 años, la prolongación de la permanencia en el servicio activo hasta que cumplan como máximo 72 años de edad (art. primero⁵⁰ Ley 29/1983, de 12 de diciembre, sobre jubilación de Notarios, Agentes de Cambio y Bolsa y Corredores de Comercio).

– Una regulación similar al EBEP, es la que se contiene en el art. 26 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, en este caso también son los 65 años la edad de jubilación forzosa del personal sanitario, sin embargo, procede la prórroga en el servicio activo cuando en el momento de cumplir la edad de jubilación forzosa, le resten seis años o menos de cotización para causar pensión de jubila-

General para la Administración Pública, por la que se publican las Instrucciones, de 5 de junio de 2007, para la aplicación del EBEP en el ámbito de la Administración General del Estado y sus organismos públicos, señala que continúa en vigor «lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta de la Ley 30/1984, en su redacción dada por la Ley 27/1994, de 29 de septiembre, en tanto que contiene normas estatales específicas de jubilación de los funcionarios de los cuerpos docentes, incluidos los de niveles de enseñanza universitaria».

⁴⁶ Si bien, según la citada disposición, debe ser el Gobierno, el que previo informe de las Comunidades Autónomas y del Consejo de Universidades, promueva la puesta en marcha de los mecanismos que faciliten la prolongación en el servicio activo, por un máximo de 5 años adicionales. Y no se tiene constancia de que ese mandato, que expiró a los seis meses de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 4/2011, se haya llevado a cabo.

⁴⁷ A este respecto, la jubilación de los letrados de la Administración de Justicia, tendrán los efectos establecidos en la LOPJ para Jueces y Magistrados (art. 445.1 LOPJ).

⁴⁸ También podrán jubilarse a partir de los 65 años siempre que así lo hubieren manifestado al Consejo General del Poder Judicial con seis meses de antelación (art. 386.2 LOPJ).

⁴⁹ Dicha solicitud vincula al Consejo General del Poder Judicial que solo podrá denegarla cuando el solicitante no cumpla el requisito de edad o cuando presentase la solicitud fuera del plazo indicado.

⁵⁰ Art. primero Ley 29/1983, modificado por la disposición final 6 Ley 21/2021, de 28 de diciembre.

ción estando supeditada su concesión a que quede acreditado que reúne la capacidad funcional necesaria para ejercer la profesión o desarrollar las actividades correspondientes a su nombramiento. Además, puede optar a la jubilación voluntaria, total o parcial, el personal estatutario que reúna los requisitos establecidos en la legislación de Seguridad Social. Los órganos competentes de las comunidades autónomas podrán establecer mecanismos para el personal estatutario que se acoja a esta jubilación como consecuencia de un plan de ordenación de recursos humanos.

En el caso de la jubilación del personal funcionario incluido en el Régimen General de la Seguridad Social la edad de jubilación forzosa será la que prevean las normas reguladoras de dicho régimen para el acceso a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva sin coeficiente reductor por razón de la edad (art. 67.4 EBEP). Para ello, nos tendremos que remitir al art. 205.1 LGSS, que se establece con carácter general a partir de 2027, a los 67 años o a los 65 años, con 38 años y 6 meses cotizados⁵¹. Si bien, lo que está previsto de forma voluntaria, en el caso de los trabajadores laborales ordinarios, se aplica forzosamente en el caso de los funcionarios encuadrados en el Régimen General. Se trata de una clara diferencia en el trato que se dispensa a los funcionarios en lo que afecta a la edad prevista de su jubilación forzosa.

Por otro lado, en el caso de los Magistrados del Tribunal Constitucional o en el de los Consejeros Permanentes del Estado, no se ha previsto que deban jubilarse forzosamente a una determinada edad.

5.4.2 RÉGIMEN VIGENTE DE INCOMPATIBILIDAD ENTRE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN O RETIRO Y EL TRABAJO

Al analizar el régimen jurídico vigente de la jubilación activa de los funcionarios de Clases Pasivas la cuestión inmediata es la de comparar aquellas mejoras que han supuesto un salto de calidad desde la perspectiva del pensionista con relación a la precedente redacción del precepto. En otras palabras, conocer lo que han supuesto las modificaciones del RD-ley 11/2024. Pero también, es necesario detectar aquellas diferencias que los separan de la regulación jurídica de esta figura en el caso de la compatibilidad con el trabajo de los pensionistas encuadrados en alguno de los regímenes del sistema de la Seguridad Social. Y, por último, en un estudio riguroso del funcionamiento de un

⁵¹ Hasta 2027, la edad de jubilación ordinaria en el Régimen General se viene elevando progresivamente, en la forma dispuesta por la disposición transitoria séptima LGSS.

sistema público de pensiones, es preciso, testar si las mejoras que afectan a los pensionistas como beneficiarios, podrían ser causa directa o indirecta de riesgo para la sostenibilidad o viabilidad del sistema de Seguridad Social.

Todas ellas son cuestiones de vital importancia, y deben acometerse en cualquier investigación porque a la vista de los resultados se exigirán nuevas medidas, seguramente proporcionales respecto a esa tensión inveterada que viene constituyendo la polémica constante entre la sostenibilidad de las pensiones públicas y la suficiencia de las mismas para los trabajadores⁵². Aspecto, este último, que tratándose del nivel contributivo de Seguridad Social debe determinarse, en función de la remuneración precedente derivada del salario percibido durante la vida activa, y no tanto, según la situación de necesidad en que se encuentre el beneficiario por tratarse de otra cuestión, aunque no sea lejana al sistema de previsión social por la necesidad de que contemple una vertiente asistencial.

Entrando en el núcleo de la regulación de Clases Pasivas y después de hasta seis cambios efectuados en el art. 33 del Real Decreto legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado⁵³, merece la pena conocer la normativa vigente, por el interés que ha despertado entre los funcionarios, el conocimiento de sus posibilidades de seguir trabajando compatibilizando su pensión de jubilación o de retiro de Clases Pasivas, a partir de la reforma del RD-ley 11/2024.

Con carácter general existe incompatibilidad desde una triple perspectiva:

Incompatibilidad de la pensión de jubilación o retiro con un trabajo en el sector público o con el ejercicio de una actividad por cuenta propia o ajena, que dé lugar a su inclusión en alguno de los regímenes de Seguridad Social. Pero también, existe incompatibilidad entre la pensión de jubilación contributiva y un trabajo en el sector público.

5.4.2.1 *Incompatibilidad entre pensión de jubilación o retiro y trabajo en el sector público*

Con respecto al primer supuesto, las pensiones de jubilación o retiro son incompatibles con el desempeño de un puesto de trabajo o alto cargo en el

⁵² Sobre esta cuestión, pueden consultarse mis dos monografías: *Sostenibilidad y Suficiencia en la pensión de Jubilación: Un dúo difícil de conciliar (perspectiva de la situación en España y en la Unión Europea)*. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor, 2018, y más recientemente, *Las pensiones de Seguridad Social: un panorama incierto que urge despejar*. Thomson Reuters Aranzadi. Colección Grandes Tratados Aranzadi. Cizur Menor, 2022.

⁵³ En adelante, LCPE.

sector público⁵⁴. En este sentido, no se puede percibir la pensión de jubilación o retiro de Clases Pasivas con cualquier otra remuneración⁵⁵ con cargo a los presupuestos de las Administraciones Públicas y de los Entes, Organismos y Empresas de ellas dependientes o con cargo a los de los órganos constitucionales.

Asimismo, es incompatible la pensión de jubilación o retiro por Derechos pasivos con las pensiones indemnizatorias, prestaciones compensatorias y cualquiera otra percepción económica al cese de altos cargos en cualquier cargo, puesto o actividad en el sector público (art. 1.2 RD-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad).

Excepciones a la incompatibilidad: La excepción a la incompatibilidad entre el desempeño de un puesto de trabajo en el sector público, con la percepción de pensión de jubilación o retiro por Derechos Pasivos no será de aplicación a los profesores universitarios eméritos⁵⁶.

Otras excepciones al régimen general de incompatibilidad entre la pensión de jubilación o retiro y el desempeño de un trabajo en el sector público, se extienden a las mismas excepciones del régimen de incompatibilidades contempladas por la Ley 53/1984⁵⁷, que también se aplican a este régimen de incompatibilidad de la pensión de jubilación o retiro con el trabajo⁵⁸, así como el caso de quienes no perciban retribuciones periódicas por el desempeño de cargos electivos como miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas o de las Corporaciones Locales⁵⁹.

Finalmente, tampoco será de aplicación la incompatibilidad a las pensiones en favor de alumnos de centros docentes militares de formación, ni a las pensiones por inutilidad para el servicio causadas por el personal militar que no tenga adquirido el derecho a permanecer en las Fuerzas Armadas hasta la edad de retiro, reguladas, respectivamente, en los arts. 52.3 y 52 bis.2 LCPE, y

⁵⁴ En el mismo sentido, el art. 3.2 Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, establece que el desempeño de un puesto de trabajo en el sector público, es incompatible con la percepción de pensión de jubilación o retiro por Derechos Pasivos.

⁵⁵ A estos efectos, según art. 33.1 LCPE se entenderá por *remuneración* cualquier derecho de contenido económico derivado, directa o indirectamente, de una prestación o servicio personal, sea su cuantía fija o variable y su devengo periódico u ocasional.

⁵⁶ Disposición adicional novena Ley 53/1984, de 26 de diciembre.

⁵⁷ Se trata de las excepciones contenidas en el art. 19 y en la disposición adicional novena, ambas de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre.

⁵⁸ A este respecto, el art. 1.1 Ley 53/1984, de 26 de diciembre, establece que el personal comprendido en el ámbito de aplicación de esta Ley no podrá compatibilizar sus actividades con el desempeño, por sí o mediante sustitución, de un segundo puesto de trabajo, cargo o actividad en el sector público, salvo en los supuestos previstos en la misma (que son las excepciones antes aludidas y las de la siguiente nota).

⁵⁹ Como se establece en el art. 5 Ley 53/1984, de 26 de diciembre.

en las normas de desarrollo reglamentario (art. 9 RD 710/2009, de 17 de abril, por el que se desarrollan las previsiones de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2009, en materia de Clases Pasivas y de determinadas indemnizaciones sociales).

5.4.2.2 *Incompatibilidad entre pensión de jubilación o retiro y trabajo en el sistema de Seguridad Social*

Con respecto al segundo grupo de incompatibilidad con la pensión de jubilación o retiro, cabe precisar que afecta al ejercicio de una actividad por cuenta propia o ajena, que dé lugar al encuadramiento en alguno de los regímenes del sistema de Seguridad Social contributivo (art. 33.2 LCPE).

Pese a ello, podría compatibilizarse con el mecanismo de la jubilación flexible o también con la jubilación activa, siendo las únicas formas de compatibilizar un trabajo, por así decir, privado con la pensión de jubilación o retiro de Clases Pasivas, con los cambios introducidos a tales modalidades de jubilación por el RD-ley 11/2024.

5.4.2.3 *Incompatibilidad entre pensión de jubilación contributiva y trabajo en el sector público*

Según el art. 213.2 LGSS, el desempeño de un puesto de trabajo en el sector público es incompatible con la percepción de pensión de jubilación, en su modalidad contributiva⁶⁰. Es decir, no se vincula la compatibilidad del trabajo en el sector público con la «pensión de Clases Pasivas», sino a la pensión de jubilación regulada en la Ley General de la Seguridad Social. En ese sentido, también es incompatible la pensión de jubilación de cualquier régimen de Seguridad Social público y obligatorio con las pensiones indemnizatorias, prestaciones compensatorias y cualquiera otra percepción económica al cese de altos cargos en cualquier cargo, puesto o actividad en el sector público (art. 1.2 RD-ley 20/2012, de 13 de julio).

Debe tenerse en cuenta, según el art. 213.2 segundo párrafo LGSS, que la percepción de la pensión de jubilación quedará en suspenso por el tiempo que

⁶⁰ En ese sentido, el art. 3.2 Ley 53/1984, de 26 de diciembre, establece que el desempeño de un puesto de trabajo en el sector público, es incompatible con la percepción de pensión de jubilación por cualquier régimen de Seguridad Social público y obligatorio.

dure el desempeño de un puesto de trabajo en el sector público incompatible con la percepción de pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, sin que ello afecte a sus revalorizaciones.

Sin embargo, esta incompatibilidad no será de aplicación a los profesores universitarios eméritos⁶¹ y personal licenciado sanitario emérito (art. 213.2 párrafo tercero LGSS).

5.4.3 LA JUBILACIÓN ACTIVA COMO EXCEPCIÓN A LA INCOMPATIBILIDAD ENTRE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN O RETIRO Y EL TRABAJO

La reforma de la compatibilidad entre pensión de jubilación o retiro y actividad en el sector público⁶², ha seguido muy de cerca los pasos de la jubilación activa del Régimen General de la Seguridad Social. Se sigue manteniendo, con carácter general, que el percibo de las pensiones de jubilación o retiro es incompatible con el ejercicio de una actividad, por cuenta propia o ajena, que dé lugar a la inclusión de su titular en cualquier régimen público de Seguridad Social. No obstante, también los funcionarios de carrera de Clases Pasivas, pese a su limitación en la edad máxima para trabajar como tales, tienen, al menos, la posibilidad de compatibilizar su pensión con el trabajo, abriendo el RD-ley 11/2024 nuevas posibilidades a través de la vía de la jubilación activa. Esa posibilidad de compatibilidad ha atravesado diversas etapas, siendo la primera de ellas, antes del 1 de enero de 2009, la más estricta, al establecerse su incompatibilidad con el desempeño de un puesto de trabajo en el sector público, e iniciándose a partir de la citada fecha un proceso de

⁶¹ Según el art. 81 de la Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario, el nombramiento de Profesores Eméritos se ajustará a las siguientes reglas: «a) Las universidades, de acuerdo con sus Estatutos, podrán nombrar a Profesoras y Profesores Eméritos entre el personal docente e investigador funcionario o laboral jubilado que haya prestado servicios destacados en el ámbito docente, de investigación o de transferencia e intercambio del conocimiento e innovación en la misma universidad. b) La finalidad de este nombramiento será contribuir desde su experiencia a mejorar la docencia e impulsar la investigación y la transferencia e intercambio del conocimiento e innovación. c) Los requisitos de desempeño y acceso a esta modalidad, así como las funciones que podrá desempeñar serán definidos por cada universidad». Además, según la disposición adicional décima segunda.2 de la Ley Orgánica 2/2023, no serán dados de alta en el Régimen General de la Seguridad Social.

⁶² Según el art. 1.1 segundo párrafo de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, «se considerará *actividad en el sector público* la desarrollada por los miembros electivos de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales, por los altos cargos y restante personal de los órganos constitucionales y de todas las Administraciones Públicas, incluida la Administración de Justicia, y de los Entes, Organismo y Empresas de ellas dependientes, entendiéndose comprendidas las Entidades colaboradoras y las concertadas de la Seguridad Social en la prestación sanitaria».

acercamiento a la legislación común de Seguridad Social, que incluye entre otras la creación de la jubilación activa.

Al igual que con el trabajo en el sector público existen excepciones a la incompatibilidad con la pensión de jubilación o retiro, también es posible la compatibilidad de esta con trabajos que no pertenecen al sector público. En ese sentido, el art. 33 de la Ley de Clases Pasivas del Estado⁶³, extiende los mismos requisitos del art. 214 LGSS⁶⁴ para acceder a la jubilación activa en el Régimen de Clases Pasivas del Estado, de aplicación al resto de regímenes del sistema.

5.4.3.1 *La Jubilación forzosa como vía de acceso a la jubilación activa: condiciones y requisitos de acceso*

El percibo de las pensiones de jubilación o retiro, «será compatible con el ejercicio de una actividad, por cuenta propia o ajena, que dé lugar a la inclusión de su titular en cualquier régimen público de Seguridad Social, así como con la percepción de la prestación o subsidio por desempleo» derivados de dicha actividad, «siempre y cuando el acceso a la pensión haya tenido lugar al menos un año después de haber cumplido la edad que en cada caso resulte de aplicación». Y esa edad, se refiere a la edad de jubilación forzosa, según lo establecido en el art. 28.2.a) LCPE.

De manera que el personal puede acceder a la jubilación activa, una vez superada la demora exigida, ya sea, sin realizar ninguna actividad, o desde el desempeño de un trabajo que pudo iniciar una vez cumplida la edad de jubilación forzosa, sin solicitar ni percibir la pensión de jubilación o retiro. Lo que da a entender que el personal, ha estado trabajando por cuenta propia o ajena, durante el período de tiempo que transcurre entre el cumplimiento de la edad de jubilación o retiro forzoso y el inicial acceso a la pensión ordinaria que coincidirá con el momento del inicio de la jubilación activa, en el que se aplicará el correspondiente porcentaje en función del período de demora transcurrido desde el cumplimiento de la edad de jubilación forzosa.

En cualquier caso, se trabaje o no durante este período de espera, debe transcurrir un año como mínimo para el acceso a la jubilación activa. En el caso

⁶³ Art. 33 LCPE modificado por el art. tres RD-ley 11/2024.

⁶⁴ Con las modificaciones incorporadas por el art. primero RD-ley 11/2024.

de algunos funcionarios que tienen prefijada la edad forzosa a los 65 años⁶⁵ sin posibilidad de prórroga anual hasta los 70 años, no les sería posible llevar a cabo el cumplimiento del mencionado requisito, al no poder demorar su jubilación más allá de la edad de jubilación forzosa que tienen establecida, lo que supondría, la imposibilidad de acceder a la jubilación activa. Por eso, para estos colectivos de funcionarios, y en aras de evitar la discriminación, se ha flexibilizado el cumplimiento del requisito de demora. Concretamente, se ha dictado por la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, un criterio interpretativo⁶⁶, según el cual, el funcionario, «una vez recibida la resolución por la que se acuerda la jubilación o el retiro forzoso por edad», al no poder posponer su jubilación una vez cumplida la edad de jubilación forzosa, deberá solicitar la suspensión del cobro de la pensión, debiendo mantener dicha suspensión, al menos, durante el plazo de un año. De manera que «el año de suspensión del cobro de la pensión, *se considerará* como año de demora». Si bien como precisa: «a los exclusivos efectos de poder acceder a la jubilación activa». En consecuencia, «podrá considerarse que el personal funcionario de este régimen que tenga establecida una edad de jubilación forzosa sin posibilidad de prolongar el servicio activo, cumple con el requisito de demora de un año en el acceso a la pensión (...), siempre que en el momento de recibir la resolución por la que se acuerda su jubilación o retiro forzoso, soliciten la suspensión del cobro de la pensión». Y, una vez transcurrido al menos un año desde la suspensión de la pensión, podrá solicitar la jubilación activa si cumplen con los demás requisitos previstos para causar derecho a la modalidad de jubilación activa.

5.4.3.2 *Determinación del importe*

La cuantía de la pensión de jubilación⁶⁷ compatible con el trabajo será equivalente a un porcentaje del importe resultante de la pensión, según el momento

⁶⁵ Como sucede con el Cuerpo de la Policía Nacional, militares de carrera y personal del cuerpo de la Guardia Civil, así como funcionarios del Centro Nacional de Inteligencia. En el caso de los funcionarios de los cuerpos docentes universitarios, conforme a lo establecido en su normativa específica, tienen establecida la edad de jubilación forzosa a los 70 años.

⁶⁶ Criterio Interpretativo 6/2025 de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social sobre el acceso a la jubilación activa del personal de Clases Pasivas del Estado con edad de jubilación forzosa.

⁶⁷ Debe tenerse en cuenta, que, en este supuesto de jubilación activa, se encuentra excluido, en todo caso, el complemento por mínimos, cualquiera que sea la jornada laboral o la actividad que realice el pensionista.

en que se inicia la percepción de la misma⁶⁸. De manera que ese porcentaje del importe de la pensión de jubilación se calcula en función del número de años que se haya demorado el acceso a dicha pensión de acuerdo con la siguiente escala⁶⁹:

- a) Si se demora un año el acceso a la pensión de jubilación el porcentaje será del 45% de la pensión.
- b) Si se demora dos años el acceso a la pensión de jubilación, el porcentaje a percibir será del 55% de la pensión.
- c) Si se demora tres años el acceso a la pensión de jubilación, el porcentaje será del 65% de la pensión.
- d) Si se demora cuatro años el acceso a la pensión de jubilación, el porcentaje será del 80% de la pensión.
- e) Si se demora cinco años el acceso a la pensión de jubilación, el porcentaje será del 100% de la pensión.

Desde luego, el importe de la pensión resultante, una vez aplicado el correspondiente porcentaje en función de los años de demora de la anterior escala variará, según que en el momento de acceso a la jubilación activa lo haga sin haber trabajado en el período de demora o que se encuentre trabajando. En el primer caso, se iniciará la pensión en las mismas condiciones que en el momento de la suspensión, si bien habrá que tener en cuenta la revalorización correspondiente. En cambio, si durante ese período ha estado trabajando, en lugar de percibir la pensión cuando hubiera podido hacerlo al cumplir la edad de jubilación forzosa, esperará que transcurra el tiempo de demora que haya planificado y mientras tanto desempeñará un trabajo hasta que, solicite o levante la suspensión de la pensión que le corresponda en ese momento, pues, durante el tiempo que ha estado esperando hasta solicitar la pensión ha estado en teoría cotizando a la Seguridad Social por el trabajo que realizaba, lo que debería suponer otro incremento del importe de la pensión por entender que deberían considerarse tales cotizaciones reales o ficticias. Esta es una cuestión que dependerá de las circunstancias personales del interesado y del margen en el que la normativa le deje moverse, como puede ser, si encuentra un trabajo o no le conviene, si la salud se lo permite, etc.

Al tiempo de la formulación de la solicitud de la pensión o de la comunicación del fin de la suspensión de la misma, en su caso, deberá solicitar

⁶⁸ Art. 33.2 tercer párrafo LCPE.

⁶⁹ Según el art. 33.2. párrafo cuarto LCPE, para determinar los porcentajes en función de los años en que se haya demorado el acceso a la pensión de jubilación, se tomarán años completos, sin que se equiparen a ellos las fracciones de los mismos.

también la compatibilidad de su trabajo con la pensión, que deberá ser otorgada simultáneamente con la resolución de otorgamiento o levantamiento de la misma, momento en el que se iniciará la jubilación activa, con la aplicación del correspondiente porcentaje, en función de los años de demora transcurridos desde que el personal cumplió la edad de jubilación o retiro forzoso.

Sin perjuicio de lo anterior, debe tenerse en cuenta un incremento más. Y es que, el porcentaje de pensión a percibir al inicio de la situación de jubilación activa se incrementará 5 puntos porcentuales por cada 12 meses ininterrumpidos que se permanezca en la situación de jubilación activa, con el máximo del 100% de la pensión.

5.4.3.3 *Sin acceso al complemento por mínimos*

Debe tenerse en cuenta que, aunque el beneficiario tendrá la consideración de pensionista a todos los efectos, no causará derecho a los complementos para pensiones inferiores a la mínima durante el tiempo en el que compatibilice la pensión con el trabajo. Finalizada la relación laboral por cuenta ajena o el trabajo por cuenta propia, se restablecerá el percibo íntegro de la pensión de jubilación.

5.4.3.4 *Especialidad en el trabajo autónomo*

En el caso de que la actividad se realice por cuenta propia y se acredite tener contratado, al menos, a un trabajador por cuenta ajena con carácter indefinido y con una antigüedad mínima de 18 meses, o si se contrata con carácter indefinido a un nuevo trabajador por cuenta ajena que no haya tenido vínculo laboral con el trabajador autónomo en los dos años anteriores al inicio de la jubilación activa, la cuantía de la pensión compatible con el trabajo alcanzará el 75% cuando la demora en el acceso a la pensión de jubilación haya sido de entre uno y tres años, aplicándose el porcentaje general desde el cuarto año de demora.

5.4.3.5 *Revalorización de la pensión*

La pensión se revalorizará en su integridad en los términos establecidos para las pensiones del sistema de la Seguridad Social, sin perjuicio de que mientras se mantenga el trabajo compatible, al importe de la pensión más las

revalorizaciones acumuladas se reducirá en el porcentaje que corresponda conforme lo establecido en el art. 33 LCPE.

5.4.3.6 *Aplicación del complemento económico previsto para el Régimen General de la Seguridad Social*

La percepción de la pensión de jubilación activa, será compatible con el complemento previsto en la disposición adicional decimoséptima LCPE⁷⁰, en cualquiera de sus modalidades. En todo caso, mientras se mantenga este tipo de jubilación activa no se generará incremento alguno del complemento (art. 33.2 párrafo séptimo LCPE).

5.4.4 COMPATIBILIDAD ESPECÍFICA ENTRE ACTIVIDAD Y JUBILACIÓN O RETIRO POR INCAPACIDAD PERMANENTE PARA EL SERVICIO O INUTILIDAD

El art. 33.4 LCPE⁷¹, prevé otra forma de compatibilizar la actividad con la pensión de Clases Pasivas, si bien afecta específicamente a las pensiones de jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad. Porque, pese a que en principio es incompatible con el ejercicio de una actividad, por cuenta propia o ajena, que dé lugar a la inclusión de su titular en cualquier régimen público de Seguridad Social, sin embargo, cuando el interesado no esté incapacitado para toda profesión u oficio, puede compatibilizar el percibo de la pensión con el desempeño de la actividad siempre que sea distinta a la que venía realizando al servicio del Estado⁷², así como con la percepción de la prestación o subsidio por desempleo generados a consecuencia de dicha actividad. En este caso, y mientras dure dicha situación, el importe de la pensión, se reducirá al 75% de la correspondiente cuantía, si se acreditan más

⁷⁰ Según la disposición adicional decimoséptima LCPE, «a las pensiones del Régimen de Clases Pasivas del Estado que se causen a partir de 1 de enero de 2022, les será aplicable lo establecido en el apdo. 2 del art. 210 LGSS», que regula el *complemento económico* al que me referí anteriormente.

⁷¹ Apdo. 4 del art. 33 LCPE, modificado por el art. 3 RD-ley 11/2024.

⁷² Que la actividad del pensionista sea distinta a la que venía ejerciendo al servicio del Estado, debe entenderse como «aquella en que las tareas a realizar no guarden semejanza con las funciones realizadas por el funcionario, en razón de su pertenencia al Cuerpo, Escala, plaza o categoría en que fue declarado jubilado o retirado» (art. 10.1 RD 710/2009, de 17 de abril, por el que se desarrollan las previsiones de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2009, en materia de Clases Pasivas y de determinadas indemnizaciones sociales).

de 20 años de servicios efectivos al Estado; o al 55%, si el interesado hubiera cubierto menos de 20 años de servicios al momento de su jubilación o retiro.

A este respecto, es importante advertir que, no procede la situación de compatibilidad en los supuestos en que para el cálculo de la pensión se hubieran totalizado períodos de cotización en algún régimen de la Seguridad Social, por aplicación de las normas del RD 691/1991, 12 de abril, sobre cómputo recíproco de cuotas entre regímenes de Seguridad Social.

5.4.5 ¿ES POSIBLE LA JUBILACIÓN PARCIAL EN EL CASO DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS?

Ciertamente, hubo un tiempo en que se preveía la posibilidad de que los funcionarios públicos accedieran a la jubilación parcial⁷³. En el caso de los funcionarios integrados en el Régimen General podría técnicamente admitirse, y además todos los de nuevo ingreso desde 1 de enero de 2011. Uno de los inconvenientes, es que no se les puede aplicar a los funcionarios la normativa del ET de la que procede la jubilación parcial, concretamente el art. 12.6 ET, ya que solo los trabajadores por cuenta ajena podían convertir su contrato a tiempo completo en otro a tiempo parcial. En ese sentido, es necesario distinguir el personal laboral de la Administración, que podrá solicitar una pensión de jubilación parcial si cumple los requisitos y condiciones fijados por la LGSS igual que otro trabajador por cuenta ajena que se rija por el Régimen General, y al personal funcionario encuadrado en el Régimen General de la Seguridad Social o en uno de los regímenes especiales de funcionarios que conlleva la aplicación del Régimen de Clases Pasivas, pues sobre estos últimos surgen una serie de problemas que dificultan la operatividad de este tipo de jubilación a estos colectivos⁷⁴. En ese sentido, para la jurisprudencia del Tribunal Supremo, era necesario ser trabajador por cuenta ajena en sentido técnico-jurídico, habida cuenta la remisión que hacía el art. 166.2 LGSS 1994 al art. 12.6 ET.

⁷³ En efecto, tanto el art. 67 de la derogada Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (en su versión original), como los arts. 26.4, 60 y disposición adicional decimocuarta de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, preveían entre las modalidades de jubilación de los funcionarios, la jubilación parcial. Si bien se puede decir, de modo resumido que no llegó a aplicarse por faltar una normativa que desarrollara tal posibilidad para los funcionarios y para el personal estatutario de los servicios de salud. Además, en el caso de los funcionarios se derogó la Ley 7/2007, cerrándose tal posibilidad, pues el EBEP, ni siquiera alude a esta posibilidad.

⁷⁴ Sobre los problemas concretos que plantea la aplicación de la jubilación parcial a los Funcionarios Públicos, véase con mayor profundidad, FERRADANS CARAMÉS, Carmen: «El derecho a la jubilación parcial de los funcionarios públicos». *Aranzadi Social. Revista Doctrinal*, núm. 13 (nov.), 2009 pp. 13 y ss.

Pero también faltaba para los funcionarios encuadrados en el Régimen General de la Seguridad Social, una regulación de desarrollo de la normativa de aplicación. El caso es que la jurisprudencia del Tribunal Supremo entendía que ni la Ley 7/2007, ni el Estatuto Marco eran normas de Seguridad Social, y que la LGSS 1994 solo afectaba al personal laboral, por eso, era necesaria si no una modificación de la LGSS 1994, al menos un desarrollo reglamentario que contemplara a los funcionarios y estatutarios. Por eso ya entonces, la jurisprudencia [STS 22 julio 2009 (JUR 2009, 428367)] y la doctrina judicial (STSJ Castilla León 5 noviembre 2008 AS 2009, 192) rechazaban, con alguna excepción⁷⁵, la posibilidad de la jubilación parcial de los funcionarios públicos.

Ciertamente no se ha llegado a utilizar la jubilación parcial de forma efectiva en el sector público. Pero es que, aunque llegue un momento en el que se decida su aplicación, solo podría contemplarse la modalidad anticipada, pues en el caso de la parcial postergada, las normas sobre jubilación o retiro forzoso impedirían alargar la actividad del personal funcionario del sector público más allá de la edad de jubilación. Aunque sí cabría la jubilación flexible, según la normativa correspondiente a esta modalidad de jubilación, al reducirse la pensión de jubilación que le correspondiera como consecuencia de la reincorporación a una actividad externa a la del sector público, que dio origen a la pensión de jubilación o retiro.

Por ahora la normativa que regula el régimen jurídico de la jubilación parcial no resulta directamente aplicable sobre los funcionarios públicos. Para la efectividad de este derecho, y para que los funcionarios públicos puedan cumplir los requisitos y condiciones del Régimen de Seguridad Social que les sea aplicable, se deberá extender a éstos de forma expresa lo dispuesto por el RD 1131/2002 (lo que no parece probable al suponer la aplicación de una norma laboral al personal funcional) o desarrollar una normativa específica sobre el régimen jurídico de la jubilación parcial en este ámbito⁷⁶.

En cualquier caso, de momento, no se contempla la jubilación parcial, ni en el Acuerdo Social para la mejora de la compatibilidad con el trabajo de 31 de julio de 2024, ni en el RD-ley 11/2024. Por el contrario, se reconoce en el Acuerdo sobre la jubilación parcial para el personal funcionario y estatutario

⁷⁵ En este sentido Sentencia Juzgado de lo Social de Burgos, de 6 de junio de 2008 (AS 2009, 13), que recurrida en suplicación resuelve en sentido contrario, STSJ Castilla y León, de 5 de noviembre de 2008 (AS 2009, 192), así como la Sentencia Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Córdoba, de 24 de marzo de 2008.

⁷⁶ FERNÁNDEZ ORRICO, Fco. Javier.: *La contratación laboral a tiempo parcial y de relevo. Obligaciones y responsabilidad empresarial*. Editorial Aranzadi Thomson-Reuters. Cuadernos de Aranzadi Social núm. 42. Cizur Menor. 2012, p. 43.

de los servicios de salud derivado del Acuerdo Marco para una administración del siglo XXI de 18 de diciembre de 2024⁷⁷.

De momento, se reconoce la jubilación parcial al personal indefinido no fijo, así como, al personal laboral a extinguir aun ocupando una plaza de estatutario, de manera, que solo los trabajadores por cuenta ajena del sector público tienen derecho a la pensión de jubilación parcial si se pacta en convenio colectivo o con la Administración que los contrata, sin que se condicione por su carácter público ni siquiera por condicionamientos presupuestarios⁷⁸.

Sin embargo, en ese camino hacia la instauración de la jubilación parcial para los funcionarios públicos la publicación del RD-ley 11/2024, ha incorporado un nuevo obstáculo, pues uno de los cambios en la jubilación parcial, consiste en que el contrato de trabajo del relevista debe celebrarse por tiempo indefinido y a jornada completa. Tal previsión podría alargar los procesos de selección del relevista⁷⁹, con la consecuencia de que quien pretenda acceder a la jubilación parcial, al finalizar el proceso haya alcanzado la jubilación total dejando, entonces, de tener sentido todo este proceso⁸⁰. Por eso, hubiera sido conveniente establecer una regulación específica para el sector público, en el que se permitiera celebrar contratos de relevo de carácter temporal, como hasta ahora, mediante bolsas de empleo o mecanismos parecidos⁸¹. Y es que antes incluso del RD-ley 11/2024, dadas las particularidades organizativas de la Administración Pública, hubiera resultado complicado articular la sustitución del trabajador relevado, que hubiera requerido un desarrollo normativo específico⁸². Por eso, junto a la necesidad de desarrollar la normativa del derecho a la jubilación parcial de los funcionarios, deberían establecerse las circunstancias

⁷⁷ En el *Acuerdo sobre la jubilación parcial del personal funcionario derivado del Acuerdo Marco para una administración del siglo XXI*, de 18 de diciembre de 2024, se acuerda explícitamente, en el primero de los acuerdos que la Administración tramitará a la mayor brevedad la modificación del art. 67 EBEP, «en el sentido de volver a introducir en el mismo la jubilación parcial como modalidad de jubilación del personal funcionario, incluido el perteneciente al régimen de Clases Pasivas, y el personal estatutario».

⁷⁸ LLOBERA VILA, Mireia y LÓPEZ GANDÍA, Juan: *La jubilación parcial y el contrato de relevo tras la reforma de 2024*, cit., p. 33.

⁷⁹ En ese sentido, el *Acuerdo sobre la jubilación parcial del personal funcionario*, cit., señala que «se regulará la figura del relevista como personal funcionario de carrera, debiendo preverse las plazas correspondientes en las ofertas de empleo público o instrumentos de planificación equivalentes del año en que se vaya a producir la jubilación».

⁸⁰ Conviene recordar a este respecto, que la contratación por la Administración Pública de trabajadores por cuenta ajena debe someterse a una serie de reglas y a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.

⁸¹ LLOBERA VILA, Mireia y LÓPEZ GANDÍA, Juan: *La jubilación parcial y el contrato de relevo tras la reforma de 2024*, cit., p. 35.

⁸² Para un análisis más detenido acerca de las citadas complejidades de sustitución por un trabajador relevista, véase con mayor profundidad, FERRADANS CARAMES, Carmen: «El derecho a la jubilación parcial de los funcionarios públicos», cit., pp. 13 y ss.

para su ejercicio, salvaguardando los fines públicos y, también, los derechos funcionariales, ya que la existencia de un derecho implica que, para su efectividad, deban establecerse las condiciones de su ejercicio, es decir, su desarrollo reglamentario ⁸³.

Quizá se podía haber planteado acudir a la posibilidad de suscribir contratos de sustitución para cubrir temporalmente un puesto de trabajo hasta que finalizara el proceso de selección para su cobertura definitiva, de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad ⁸⁴. Sin embargo, la Resolución de la Secretaría de Estado de función pública de 28 de marzo de 2025 ⁸⁵, parece que lo impide, pues, según el criterio tercero, los contratos para el relevo del personal que solicita la jubilación parcial deben tener en todo caso naturaleza fija, y descarta la posibilidad de acudir a lo establecido en el párrafo tercero de la disposición adicional cuarta del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, añadiendo que tampoco podrá acudirse a la contratación fija-discontinua.

En lo que afecta al cómputo recíproco de cotizaciones por la cotización en diversos regímenes de la Seguridad Social, se excluye según la jurisprudencia ⁸⁶ a los funcionarios públicos del cómputo con los distintos regímenes integrados en el sistema de la Seguridad Social.

En cualquier caso, la regulación de la jubilación parcial para los funcionarios públicos, deberá adecuarse al modelo constitucional, a sus principios de acceso y sus tiempos ⁸⁷.

Estando ultimando la revisión de este capítulo, nos llegan informaciones, según las cuales, el Gobierno ultima un Real Decreto-ley que permitirá contratar personal interino para activar la jubilación parcial en la Administración Pública. El borrador del Real Decreto-ley, elaborado por los ministerios de Hacienda, Economía, Trabajo y Economía Social e Inclusión Seguridad Social y Migraciones, introduce una vía excepcional para resolver el bloqueo. Según el texto, cuando no sea posible disponer de un relevista fijo a tiempo completo,

⁸³ DE ALCANTARA Y COLÓN, José Miguel: «La jubilación parcial: de los trabajadores a los funcionarios», *Información Laboral. Jurisprudencia*, núm. 9, 2008 (Lexnovaonline), p. 14.

⁸⁴ Según los términos establecidos en la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, según establece la disposición adicional cuarta párrafo tercero Ley 32/2021, sobre el régimen aplicable al personal laboral del sector público.

⁸⁵ Resolución de la Secretaría de Estado de función pública de 28 de marzo de 2025, sobre criterios orientadores relativos a la contratación de personal fijo en el sector público.

⁸⁶ SSTs 31 mayo 2012 (rec. 104/2011), 11 marzo 2013 (rec. 1572/2012, 15 diciembre 2014 (rec. 279/2014)

⁸⁷ LLOBERA VILA, Mireia y LÓPEZ GANDÍA, Juan: *La jubilación parcial y el contrato de relevo tras la reforma de 2024*, cit., p. 117.

las Administraciones Públicas podrán contratar personal laboral temporal de manera simultánea al inicio de la jubilación parcial.

El contrato de interinidad se mantendrá únicamente hasta que se incorpore el trabajador fijo resultante del proceso selectivo vinculado a la plaza liberada por la jubilación parcial.

Por otro lado, si el relevista indefinido cesa antes de que el funcionario pase de jubilación parcial a la jubilación ordinaria, la Administración podrá recurrir nuevamente a un interino para garantizar la continuidad del relevo.

6. RÉGIMEN DE COMPATIBILIDADES DE LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO CON RENTAS DEL TRABAJO

En la acción protectora por desempleo en España existe cierta dificultad para determinar a qué clase de protección nos estamos refiriendo, porque la variedad prestacional es tan amplia, que se hace necesario establecer algún criterio para distinguir las prestaciones que integran la protección por desempleo. Por eso, sin perjuicio de realizar un análisis minucioso de todas ellas, quisiera centrarme en esta ocasión, en lo que afecta al régimen de incompatibilidades en la prestación o el subsidio por desempleo y las rentas procedentes del trabajo. En particular, respecto a la creación por Real Decreto-ley 2/2024, de 21 de mayo, del Complemento de Apoyo al Empleo (CAE), respecto a la modificación del art. 282 LGSS, sobre incompatibilidades, que, manteniendo el mecanismo de siempre, introduce ese CAE, que de alguna forma distorsiona los criterios generales acerca de la compatibilidad de la protección por desempleo con las rentas derivadas del trabajo. Y es que, junto con la asentada figura del desempleo parcial y los programas de fomento de empleo que vienen constituyendo las formas de compartir las prestaciones por desempleo con el salario derivado del trabajo, aparece inopinadamente este CAE que altera los criterios que se venían aplicando.

6.1 Criterio general de incompatibilidad entre la prestación por desempleo y las retribuciones procedentes del trabajo

Previo al análisis del significado de la creación del CAE, es oportuno recordar, según el art. 282.1 LGSS, que la prestación y el subsidio por desempleo son incompatibles con el trabajo por cuenta propia, aunque su realización no implique la inclusión obligatoria en alguno de los regímenes de la

Seguridad Social o en alguna mutualidad de previsión social alternativa al RETA⁸⁸. Este último matiz se diferencia del régimen de incompatibilidad previsto en las pensiones, que lo son en la medida que el trabajo dé lugar a su inclusión en algún régimen de la Seguridad Social. La incompatibilidad alcanza igualmente, según el citado artículo y apartado, al «trabajo por cuenta ajena»⁸⁹, excepto cuando se realice a tiempo parcial, en cuyo caso se deducirá del importe de la prestación o subsidio la parte proporcional al tiempo trabajado»⁹⁰.

Pero no me referiré a las previstas situaciones de incompatibilidad⁹¹, ni a las que lamentablemente se dan con frecuencia en España bajo el concepto eufemístico de «economía informal», sino de aquellas figuras que permiten la compatibilidad prestación-trabajo, de manera regularizada, en particular, aquellas que han supuesto nuevas formas de compatibilidad. Entre ellas, la compatibilidad puede ser elástica, en el sentido de fijar flexiblemente la distribución en cada jornada, del tiempo empleado en trabajar o en la percepción de la prestación, es decir, la proporcionalidad existente entre las simultáneas percepciones de la prestación por desempleo y el trabajo. En este sentido, distingo tres grupos de figuras en las que se puede producir la compatibilidad considerada en función del grado de proporcionalidad prestación-trabajo, destacando el nuevo CAE que merece una atención aparte.

En el primer grupo se encuentran aquellas situaciones en las que existe proporcionalidad entre el trabajo reducido y la correspondiente prestación también reducida (proporcionalidad en la concurrencia de percepciones), un

⁸⁸ El art. 15.1.b) 2.º del RD 625/1985, de 2 de abril, detalla un poco más cuando señala que la prestación y el subsidio por desempleo es incompatible «con el trabajo por cuenta propia, con independencia del número de horas que se dediquen a la actividad y de los resultados económicos obtenidos».

⁸⁹ La incompatibilidad con el trabajo se entenderá referida tanto al trabajo efectivo como a los períodos de vacaciones y de descanso retribuido [art. 15.1.e) RD 625/1985].

⁹⁰ Es incompatible la prestación y el subsidio por desempleo «con el trabajo retribuido por cuenta ajena a tiempo completo, en régimen laboral o administrativo, o con situaciones asimiladas, que supongan la inclusión en cualquier régimen del sistema de la Seguridad Social, aunque no esté previsto cotizar por la contingencia de desempleo, salvo que esté establecida la compatibilidad en algún programa de fomento de empleo» [art. 15.1.b) 1.º RD 625/1985, de 2 de abril].

⁹¹ Asimismo, la prestación o el subsidio por desempleo es incompatible [art. 15.1.b) RD 625/1985, de 2 de abril]:

Con actividades de investigación o cooperación retribuidas, que supongan dedicación exclusiva.

Con el ejercicio por elección o designación de cargos públicos o sindicales o altos cargos de la Administración, retribuidos, que supongan dedicación exclusiva.

Con la activación de la reserva retribuida, a la que se refiere el Real Decreto 1691/2003, de 12 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de acceso y régimen de los reservistas voluntarios.

Con cualquier otra situación que implique el derecho a percepciones económicas de carácter público como sustitutivas de las retribuciones dejadas de percibir por el cese en la actividad, manteniéndose un vínculo administrativo o laboral.

segundo grupo, en el que desaparece la proporcionalidad en el caso del trabajo por cuenta propia y, por fin un tercero, el denominado CAE en el que esa desproporcionalidad se produce con el trabajo por cuenta ajena.

De estas tres posibilidades de concurrencia entre la prestación por desempleo y el trabajo⁹², quiero adelantar que, a mi parecer, la postura más equitativa es la que debe optar por la creación de figuras que establezcan la mayor proporcionalidad posible, porque se trata de alcanzar un equilibrio entre prestación y trabajo.

6.2 Proporcionalidad en la concurrencia de rentas de trabajo con el desempleo parcial

En este primer tipo de compatibilidad entre las percepciones prestación-trabajo, se produce una exacta proporcionalidad en las reducciones respecto de la jornada completa y del importe íntegro de la prestación. Tales situaciones se consideran por el legislador como supuestos de compatibilidad, pero en realidad, lo que se produce es el mantenimiento de la proporcionalidad entre las prestaciones y el trabajo sobre la base de la jornada diaria de trabajo. Eso significa que más que supuestos de compatibilidad (en realidad se trata de situaciones compartidas de forma simultánea) responden estrictamente a criterios de proporcionalidad en su aplicación. La compatibilización prestación-trabajo, en cambio, significa que quiebra esa proporcionalidad produciéndose el efecto de que se percibe una prestación por un importe superior al que le correspon-

⁹² Otras formas de compatibilidad de la prestación con actividades que no son propiamente actividad laboral, son las siguientes [art. 15.1.a) RD 625/1985]:

Con becas y ayudas percibidas por la asistencia a acciones de formación ocupacional o para realizar prácticas que formen parte de un plan de estudios en el marco de colaboración entre el centro docente y la entidad pública o privada que formen parte del plan de estudios y se produzcan en el marco de colaboración entre dichas entidades y el centro docente (4.º).

Con la realización de trabajos de colaboración social (5.º), según art. 213.3 LGSS.

Con el ejercicio de cargos públicos o sindicales por elección o designación retribuidos que supongan una dedicación parcial (7.º).

Con la figura de aspirante a reservista voluntario, reservista voluntario activado y reservista de especial disponibilidad.

Igualmente es compatible la prestación o subsidio por desempleo con la condición de cuidador no profesional de las personas en situación de dependencia, como se desprende del artículo 2.2.2.º párrafo, del Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo, por el que se regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia, si bien no existe la obligación de suscribir el convenio especial.

Asimismo, es compatible la prestación o subsidio por desempleo con los trabajos realizados en beneficio de la comunidad en cumplimiento de una pena.

En el caso del nivel asistencial, se debe carecer, además, de rentas en los términos indicados en el art. 275 apdos. 2 y 3 LGSS superiores al 75% del SMI, excluida la parte proporcional de pagas extraordinarias [art. 15.1.c) RD 625/1985].

dería, según la jornada de trabajo, o viceversa. Ejemplo de este reparto entre la percepción simultánea entre rentas del trabajo y prestaciones por desempleo es el desempleo parcial.

Desempleo parcial: En el desempleo parcial al trabajador se le «reduce temporalmente su jornada diaria ordinaria de trabajo, entre un mínimo de un 10% y un máximo de un 70%» (art. 262.3 LGSS), de manera que parte de la jornada sigue trabajando y cobrando el salario correspondiente por esa reducción, y simultáneamente percibe la prestación por desempleo, en cuantía equivalente a la parte proporcional de la jornada dejada de trabajar. Se advierte, que esa reducción de jornada debe llevarse a cabo de acuerdo con la legislación laboral. No se trata el desempleo parcial de una concurrencia, por así decir, a la carta, sino que requiere de unos procedimientos ajenos (laborales) a la institución del desempleo parcial⁹³, que de no cumplirse impediría acudir a esta figura.

Es por eso, que el desempleo parcial es una manifestación de la existencia de compatibilidad entre prestación y trabajo, en una figura bien asentada en el marco institucional de la Seguridad Social. No obstante, requiere un procedimiento complejo y está limitado por la exigencia de la temporalidad.

6.3 Desequilibrio en la compatibilidad de la actividad por cuenta propia con la prestación por desempleo

En este grupo se encuentran aquellas situaciones en las que se compatibiliza la prestación por desempleo con el trabajo por cuenta propia, con el matiz de que desaparece esa proporcionalidad entre la actividad por cuenta propia y la prestación. Ciertamente, tratándose de un trabajo por cuenta propia no existe, por el momento, la posibilidad de jornada parcial en los trabajadores autónomos porque se considera siempre a tiempo completo por lo que quiebra la proporcionalidad antes apuntada. A este respecto, contemplamos dos figuras, la compatibilización de la prestación contributiva por desempleo con el inicio de una actividad por cuenta propia del art. 33 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del trabajo autónomo, y los Programas de Fomento de Empleo por cuenta propia del art. 282.7 LGSS.

⁹³ La única limitación que se impone a las reducciones de jornada por parte de la Seguridad Social, es que no deben comprender «las reducciones de jornadas definitivas o que se extienda a todo el período que resta de la vigencia del contrato de trabajo» (art. 262.3 segundo párrafo LGSS).

6.3.1 COMPATIBILIZACIÓN DE LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO CON EL INICIO DE UNA ACTIVIDAD POR CUENTA PROPIA

Según el art. 33 LETA, los titulares del derecho a la prestación por desempleo de nivel contributivo, por haber cesado con carácter total y definitivo su actividad laboral, que causen alta como trabajadores por cuenta propia en alguno de los regímenes de Seguridad Social, podrán compatibilizar la percepción mensual de la prestación que les corresponda con el trabajo autónomo, por un máximo de 270 días o por el tiempo inferior pendiente de percibir, siempre que se solicite a la entidad gestora en el plazo de 15 días a contar desde la fecha de inicio de la actividad por cuenta propia, sin perjuicio de que el derecho a la compatibilidad de la prestación surta efecto desde la fecha de inicio de tal actividad. Transcurrido dicho plazo de 15 días el trabajador no podrá acogerse a esta compatibilidad.

Se excluirán de esta medida:

- Personas cuyo último empleo haya sido por cuenta propia.
- Quienes hayan hecho uso de este derecho o, hayan obtenido el pago único de la prestación por desempleo en los 24 meses inmediatamente anteriores.
- Quienes se constituyan como trabajadores autónomos y suscriban un contrato para la realización de su actividad profesional con el empleador para el que hubiese prestado sus servicios por cuenta ajena con carácter inmediatamente anterior al inicio de la situación legal de desempleo o una empresa del mismo grupo empresarial de aquella.

6.3.2 PROGRAMAS DE FOMENTO DE EMPLEO POR CUENTA PROPIA

Otra de las figuras que no mantiene la proporcionalidad de reducción entre la prestación y la jornada de trabajo es la de los programas de fomento al empleo destinados a colectivos con mayor dificultad de inserción en el mercado de trabajo. En ese sentido cuando se establezca algunos de tales programas de fomento al empleo, según el art. 282.7 LGSS, «se podrá compatibilizar la percepción de la prestación contributiva por desempleo pendiente de percibir con el trabajo por cuenta propia, en cuyo caso la entidad gestora podrá abonar al trabajador el importe mensual de las prestaciones en la cuantía y duración que se determinen, sin incluir la cotización a la Seguridad Social».

El interés de la figura radica, sobre todo, en el estímulo al emprendimiento que le permitirá al trabajador disponer de unas rentas, que sin duda le ayudarán en los comienzos de su actividad.

6.4 **Desequilibrio en la compatibilidad de la actividad laboral con el subsidio por desempleo: la creación del complemento de apoyo al empleo**

El Real Decreto-ley 2/2024, incorpora en el apdo. 3 del art. 282 LGSS, una figura ciertamente novedosa porque se trata de una nueva clase de compatibilidad entre el trabajo y el subsidio por desempleo.

Se caracteriza porque el trabajo se compatibiliza con el subsidio y no con la prestación contributiva. Además, es una compatibilidad reversible, en el sentido de que se puede acceder al subsidio, ya sea manteniendo uno o varios contratos a tiempo parcial o, al contrario, es decir, que siendo beneficiarios del subsidio se puede iniciar una relación laboral a tiempo completo o parcial, con lo que en estas circunstancias parecería que deja de tener sentido la figura del desempleo parcial. En consecuencia, partiendo de alguna de estas dos situaciones el subsidio se puede compatibilizar como CAE.

6.4.1 CUANTÍA DEL CAE

En estos casos, la cuantía del CAE se determina cada trimestre, en función de la jornada pactada al inicio de la compatibilización y del trimestre en que se encuentre en cada momento el perceptor del complemento de apoyo respecto al inicio del subsidio según la siguiente tabla:

Trimestre en que se encuentre el perceptor respecto al inicio del subsidio	CAE. Empleo a tiempo completo (% IPREM)	CAE. Empleo a tiempo parcial ≥ 75 % de la jornada (% IPREM)	CAE. Empleo a tiempo parcial < 75 % y ≥ 50 % de la jornada (% IPREM)	CAE. Empleo a tiempo parcial < 50 % de la jornada (% IPREM)
En el 1 trimestre.	80	75	70	60
En el 2 trimestre.	60	50	45	40
En el 3 trimestre.	40	35	30	25
En el 4 trimestre.	30	25	20	15
En el 5 trimestre y siguientes.	20	15	10	5

Pero lo sorprendente, es que a diferencia de lo que ha venido siendo habitual en las prestaciones y subsidios por desempleo, en que se complementa la retribución del trabajo con el importe del subsidio proporcional-

mente a la reducción de la jornada, en el CAE, se hace justamente lo contrario. Por ejemplo, si en el primer trimestre al perceptor con un trabajo a tiempo completo, se le complementa con un 80% del IPREM, es decir, el subsidio completo, en cambio, aquellos que no alcancen la media jornada de trabajo, se les complementa tan solo con un 60% del IPREM. Lo que puede dar que pensar a estos últimos, sobre el trato recibido comparado con el de sus compañeros con trabajo a jornada completa.

6.4.2 DURACIÓN SUSPENSIÓN Y EXTINCIÓN DEL CAE

El CAE se percibirá mientras se mantenga la relación laboral que lo originó. Durante su percepción, se consumirán tantos días de la duración del subsidio como los días percibidos en concepto de CAE.

La duración máxima será de 180 días, que podrá percibirse en uno o sucesivos periodos de compatibilidad, con el límite del número de días que restasen por percibir de la duración máxima del subsidio reconocido. Llegado a este límite o agotada la duración máxima del subsidio, este quedará suspendido por realizar un trabajo por cuenta ajena y sujeto a las condiciones generales de reanudación por esta causa o extinguido por agotamiento.

La extinción o suspensión de la relación laboral, o la interrupción de la actividad fija discontinua que haya originado el complemento de apoyo al empleo, deberá ser comunicada a la entidad gestora por el beneficiario, en el plazo de los quince días hábiles siguientes, e implicará la suspensión del subsidio, que podrá reanudarse sin compatibilidad, previa solicitud del interesado siempre que acredite situación legal de desempleo e inscripción como demandante de empleo y que cumpla los requisitos de carencia de rentas o de responsabilidades familiares.

No obstante, la norma señala que si en la fecha de extinción o suspensión de dicha relación laboral, o de interrupción de la actividad, se mantuviera otra, se podrá seguir percibiendo el CAE, previo ajuste de su cuantía considerando la jornada ordinaria de trabajo pactada y el trimestre en que se encuentre el subsidio en el momento de surtir efectos la variación.

6.4.3 EXCEPCIONES A LA COMPATIBILIDAD

La norma exceptúa la posibilidad de compatibilizar el subsidio con el desempeño de un empleo por cuenta ajena cuando la contratación sea efectuada por:

- a) Empresas que tengan autorizado ERE en el momento de la contratación.
- b) Empresas en las que el desempleado beneficiario del subsidio haya trabajado en los últimos doce meses anteriores.

Tampoco se aplicará la compatibilidad respecto de las relaciones laborales suspendidas en virtud de expediente de regulación de empleo o del Mecanismo RED, ni cuando se trate de contrataciones que afecten al cónyuge, ascendientes, descendientes y demás parientes por consanguinidad o afinidad, o en su caso por adopción, hasta el segundo grado inclusive, del empresario o de quienes ostenten cargos de dirección o sean miembros de los órganos de administración de las entidades o de las empresas que revisitan la forma jurídica de sociedad, así como las que se produzcan con estos últimos.

Se trata en definitiva de supuestos en los que la sospecha de fraude en connivencia con otros se ataja evitando que se lleven a cabo acuerdos con determinadas empresas en las que por diversas circunstancias tienen o han tenido relación con el trabajador que busca el CAE.

6.4.4 REFLEXIÓN SOBRE EL OBJETIVO DEL COMPLEMENTO DE APOYO AL EMPLEO

Es evidente, que lo que debería ser una política pasiva, por encontrarse en el régimen de prestaciones de la protección por desempleo, es una clara apuesta por el fomento de empleo, instrumentalizando prestaciones de Seguridad Social, que deberían ser derivadas mediante ayudas económicas procedentes de políticas activas de fomento de empleo más propias de las atribuciones competenciales de las Comunidades Autónomas.

A mi entender, la filosofía de esta nueva forma de compatibilidad no es la de ofrecer una ayuda a la retribución derivada de la actividad que pueda desarrollar por cuenta ajena. Ni siquiera, una ayuda para iniciar una actividad por cuenta ajena. Más bien parece que la idea es la de incentivar un trabajo con el mayor porcentaje de jornada, pues a medida que sea mayor ese porcentaje mayor será el porcentaje de subsidio. Lo que en cierto sentido podría plantear algunas dudas sobre el grado de equidad que representa tal regulación. De modo, que no existe proporcionalidad entre las rentas del trabajo y el importe del subsidio que se compatibiliza. Algo que puede resultar incoherente y que se aleja de cualquier criterio aplicado hasta el momento. De ahí, que se trata de una medida inédita y de dudosa eficacia.

7. LA INCOMPATIBILIDAD DE LAS PENSIONES DE INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL, ABSOLUTA Y GRAN INCAPACIDAD CON EL TRABAJO, UNA VEZ APLICADOS LOS AJUSTES RAZONABLES

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 18 de enero de 2024 (asunto C-631/22), exige que la empresa antes de extinguir el contrato de una persona trabajadora declarada en situación de incapacidad permanente total debe realizar ajustes razonables de su puesto de trabajo. De manera que la extinción del contrato solo puede proceder si dichos ajustes no fueran posibles.

Con la llegada de la Ley 2/2025⁹⁴, se ha intentado seguir la doctrina del TJUE, con dos modificaciones: desde el ámbito laboral en el ET y desde la Seguridad Social, en la LGSS. Debe tenerse en cuenta que la nueva regulación tiene su origen en la extinción del contrato de trabajo, cuyos efectos alcanzan a la acción protectora de la Seguridad Social, en particular respecto a la compatibilidad de la pensión de incapacidad permanente con el trabajo, una vez se han realizado los ajustes.

Y aunque, no es objeto de la investigación, también se incluye por la Ley 2/2025, un tercer aspecto que tiene que ver con los ajustes razonables desde el ámbito de la prevención de riesgos. Brevemente, en ese sentido, se prevé que los servicios de prevención determinarán, previa consulta con la representación de las personas trabajadoras en materia de prevención de riesgos laborales, el alcance y las características de las medidas de ajuste, incluidas las relativas a la formación, información y vigilancia de la salud de la persona trabajadora, e identificarán los puestos de trabajo compatibles con la nueva situación de la persona trabajadora.

7.1 Ámbito laboral

En lo que nos interesa, se modifica la letra e) del art. 49.1 ET, suprimiendo la posibilidad de extinguir el contrato de trabajo por gran incapacidad, o incapacidad permanente total o absoluta del trabajador. Y se añade una nueva letra n), por la que solo se admite la extinción del contrato, en los casos de gran incapa-

⁹⁴ Ley 2/2025, de 29 de abril, por la que se modifican el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, en materia de extinción del contrato de trabajo por incapacidad permanente de las personas trabajadoras, y el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, en materia de incapacidad permanente.

cidad, o incapacidad permanente total o absoluta del trabajador, en tres supuestos: «cuando no sea posible realizar los ajustes razonables por constituir una carga excesiva para la empresa, cuando no exista un puesto de trabajo vacante y disponible, acorde con el perfil profesional y compatible con la nueva situación de la persona trabajadora o cuando existiendo dicha posibilidad la persona trabajadora rechace el cambio de puesto de trabajo adecuadamente propuesto»⁹⁵.

Por el contrario, si la persona trabajadora decide continuar en la empresa dispondrá de un plazo de 10 días naturales desde la fecha en que se le notifique la resolución en la que se califique la incapacidad permanente en alguno de los grados que figuran la letra n) art. 49.1 párrafo primero ET para manifestar por escrito a la empresa su voluntad de mantener la relación laboral⁹⁶.

Otra cuestión importante que desarrolla la letra n) del art. 49.1 ET, es la que se refiere al significado de lo que debe entenderse por carga excesiva para la empresa, en el caso de que proceda aplicar los ajustes razonables. También este precepto ofrece una respuesta concreta cuando señala que, «para determinar si la carga es excesiva se tendrá particularmente en cuenta el coste de las medidas de adaptación en relación con el tamaño, los recursos económicos, la situación económica y el volumen de negocios total de la empresa». Sin embargo, sigue diciendo a continuación, que, «la carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas, ayudas o subvenciones públicas»⁹⁷. Ofreciendo, además en este sentido, la particularidad de que «en las empresas que empleen a menos de 25 personas trabajadoras se considerará excesiva la carga cuando el coste de adaptación del puesto de trabajo, sin tener en cuenta la parte que pueda ser sufragada con ayudas o subvenciones públicas, supere la cuantía mayor de entre las siguientes:

1.^a La indemnización que corresponde a la persona trabajadora equivalente a 33 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los

⁹⁵ Este rechazo, por la persona trabajadora, del cambio de puesto de trabajo, cabría ampliarlo a la negativa del puesto, una vez adaptado, especialmente, cuando vea que se le suspende su pensión.

⁹⁶ Por otro lado, la empresa dispone de un plazo máximo de 3 meses, contados desde la fecha de la notificación de la resolución en la que se califique la correspondiente incapacidad permanente, para que realice los ajustes razonables o el cambio de puesto de trabajo. Si el ajuste supusiera una carga excesiva o no existiera puesto de trabajo vacante, la empresa dispone del mismo plazo para proceder a la extinción del contrato. Se entiende que ese plazo, se refiere al mismo periodo de 3 meses desde la notificación de la resolución. La decisión debe ser motivada y debe comunicarse por escrito a la persona trabajadora [art. 49.1.n) párrafo quinto ET].

⁹⁷ Tales significados se hayan, sin duda, influenciados por el art. 40.2 segundo párrafo del RD-legislativo 1/2013, de 29 de noviembre (Ley General de Derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social), según el cual, «para determinar si una carga es excesiva se tendrá en cuenta si es paliada en grado suficiente mediante las medidas, ayudas o subvenciones públicas para personas con discapacidad, así como los costes financieros y de otro tipo que las medidas impliquen y el tamaño y el volumen de negocios total de la organización o empresa».

períodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de 24 mensualidades, según se prevé por el art. 56.1. ET.

2.^a Seis meses de salario de la persona trabajadora que solicita la adaptación.

Se trata ciertamente, de una regulación novedosa, pues hasta la Ley 2/2025, no se detallaba con tanta minuciosidad el significado de lo que constituye una «carga excesiva para la empresa». En este sentido, es claro que ese significado se aplica al caso concreto de la extinción del contrato de trabajo del presente supuesto. La cuestión que se plantea es si la aplicación de tal concepto o significado, podría ampliarse a otros ámbitos de las relaciones laborales. Por lo que, una vez más, se ha perdido la oportunidad de considerar con carácter general, tal significado de «carga excesiva para la empresa».

7.2 Acción protectora

Y llega el problema nuclear que se plantea desde el ámbito de la acción protectora, cuando se declara una incapacidad permanente en los grados de total, absoluta o gran incapacidad y posteriormente no se produce la extinción de la relación laboral, por llevar a cabo la empresa la correspondiente adaptación razonable, necesaria y adecuada del puesto de trabajo a la nueva situación de incapacidad declarada o por haber destinado a otro puesto a la persona trabajadora. Y es un problema, porque en cualquiera de esos casos «la prestación de incapacidad permanente se suspenderá durante el desempeño del mismo puesto de trabajo *con adaptaciones u otro que resulte incompatible* con la percepción de la pensión que corresponda» (art. 174.5 párrafo tercero LGSS).

Sobre la cuestión de la compatibilidad entre la pensión de incapacidad permanente y el trabajo, la norma nos remite al art. 198 LGSS, cuyo apdo. 1 nos aclara en el caso concreto de la incapacidad permanente total, que es compatible con el salario que pueda percibir el trabajador en la misma empresa o en otra distinta, siempre y cuando *las funciones no coincidan con aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente total*. Y esta es la clave, pues si coinciden las funciones que realizaba antes de los ajustes, que podría ocurrir en la mayoría de ocasiones, la pensión se suspenderá, precisamente por «el desempeño del mismo puesto de trabajo», en el que el legislador presume que se realizan las mismas funciones que antes de la aplicación de las adaptaciones o ajustes.

Se trata de una normativa, posiblemente influida por la reciente doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, más restrictiva con respecto a la compatibilidad de la pensión de incapacidad permanente con las rentas procedentes del trabajo. Sin embargo, cabría replantearse tales criterios, especialmente en el caso de las personas con discapacidad, por el derecho constitucional al trabajo que les asiste.

8. BIBLIOGRAFÍA

- DE ALCÁNTARA Y COLÓN, José Miguel: «La jubilación parcial: de los trabajadores a los funcionarios», *Información Laboral. Jurisprudencia*, núm. 9, 2008.
- ESTEVE SEGARRA, Amparo: «Regímenes especiales de Seguridad Social de los funcionarios públicos». *Derecho de la Seguridad Social II*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2024.
- FERNÁNDEZ ORRICO, Fco. Javier.: *La contratación laboral a tiempo parcial y de relevo. Obligaciones y responsabilidad empresarial*. Editorial Aranzadi Thomson Reuters. Cuadernos de Aranzadi Social núm. 42. Cizur Menor. 2012.
- *Sostenibilidad y Suficiencia en la pensión de Jubilación: Un dúo difícil de conciliar (perspectiva de la situación en España y en la Unión Europea)*. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor, 2018.
- *Las pensiones de Seguridad Social: un panorama incierto que urge despejar*. Thomson Reuters Aranzadi. Colección Grandes Tratados Aranzadi. Cizur Menor, 2022.
- FERRADANS CARAMÉS, Carmen: «El derecho a la jubilación parcial de los funcionarios públicos». *Aranzadi Social. Revista Doctrinal*, núm. 13 (nov.), 2009.
- GALA DURÁN, Carolina: «El Real Decreto Ley 11/2024: una apuesta por la jubilación gradual y la compatibilidad entre trabajo y pensión». *Los Briefs de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Las Claves de 2024*. Grupo editorial Cinca. Madrid. 2025.
- LLOBERA VILA, Mireia y LÓPEZ GANDÍA, Juan: *La jubilación parcial y el contrato de relevo tras la reforma de 2024*. Editorial Bomarzo. Albacete. 2025.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel: «Pérdida de la relación del servicio». *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*. Director: Miguel Sánchez Morón, 2.^a ed., Editorial Lex Nova. Valladolid. 2008.

CAPÍTULO XL

LAS RETRIBUCIONES SALARIALES EN EL IRPF

ROSA GALAPERO FLORES
Universidad de Extremadura

1. GRAVAMEN DE LOS RENDIMIENTOS DEL TRABAJO PERSONAL: SITUACIÓN ACTUAL

Las rentas del trabajo constituyen una parte muy importante, desde el punto de vista recaudatorio, de la base imponible del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Se trata de un hecho imponible del IRPF que afecta a un número muy elevado de contribuyentes. Además, el IRPF es el tributo más importante, desde el punto de vista recaudatorio de todos los que integran el sistema impositivo español.

El factor trabajo soporta una presión fiscal de las más acusadas en nuestro país. El coste fiscal sobre el trabajo puede desglosarse en tres componentes: las cotizaciones sociales a cargo del empleador, el Impuesto sobre la Renta satisfecho por el trabajador, y las cotizaciones sociales que recaen sobre éste. Evidentemente, su incidencia, no solamente sobre el mercado laboral, sino sobre la competitividad de la economía es tan importante que existe una notable investigación empírica sobre él.

Durante las cuatro últimas décadas el trabajo se ha convertido en el factor productivo que soporta una mayor presión fiscal en la mayor parte de los esta-

dos miembros de la OCDE y, singularmente, en los de la Unión Europea (UE); y muy especialmente en España.

Se debe tender a una minoración del gravamen de este tipo de rentas, por cuanto, en la actualidad, debido a la situación de desempleo, recae mucha carga fiscal sobre las personas que perciben rentas del trabajo. Siendo ésta la fuente de renta a través de la cual más dinero ingresa la Hacienda Pública.

El Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas es uno de los pilares sobre los que se edifica la reforma fiscal presentada por la Comisión de Expertos para la Reforma de Sistema Tributario Español, conocida como Comisión Lagares. En este Informe se estableció que se pretendía llevar a cabo una reforma del sistema tributario español, para que éste sea más sencillo, sea suficiente que favorezca el desarrollo económico del país y el desarrollo social.

Esta Comisión apuntó que los rendimientos del trabajo personal deberían ser objeto de una reforma que tendiera no a su sencillez, porque en la actualidad la legislación fiscal que afecta al gravamen de estas rentas no es complicado, pero sí que se suavizara la carga fiscal sobre este tipo de rentas. Un menor gravamen de estos rendimientos llevaría a evitar la economía sumergida de este tipo de rendimientos.

Una minoración de estos rendimientos también compensaría la escasa posibilidad de deducción de gastos para la determinación del rendimiento neto.

La situación con la que nos podemos encontrar si la economía de nuestro país no repunta con solvencia y se generan un gran número de puestos de trabajos, es que las cada vez menos personas que reciban rendimientos del trabajo personal tengan que tributar para compensar la falta de este tipo de perceptores. Esto significa que en España el peso de las rentas del ha disminuido debido a la destrucción de puestos de trabajo que desde 2007 viene produciéndose de forma alarmante.

2. CONCEPTO Y TIPOS

Los rendimientos íntegros del trabajo personal están regulados en el artículo 17 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, Ley 35/2006, de 28 de noviembre, donde se establece en primer lugar qué debemos entender por este tipo de rentas. Conforme a este precepto, se considerarán rendimientos íntegros del trabajo todas las contraprestaciones o utilidades, cualquiera que sea su denominación o naturaleza, dinerarias o en especie, que

deriven, directa o indirectamente, del trabajo personal o de la relación laboral o estatutaria y no tengan el carácter de rendimientos de actividades económicas.

Las características que deben reunir los ingresos para ser calificados como rendimientos del trabajo personal a efectos de su gravamen en el IRPF son:

- Se considera como rendimiento íntegro del trabajo cualquier «contraprestación o utilidad»¹, esto es, cualquier tipo de remuneración, en esta definición se encuentran recogidos expresamente tanto las retribuciones dinerarias como las percibidas en especie, que a juicio de Menéndez Moreno², se trata de «una indicación totalmente prescindible, si se tiene en cuenta el viejo aforismo jurídico que reconoce que donde la Ley no distingue no se debe distinguir, con lo que sin indicación expresa al respecto resulta evidente el sometimiento al Impuesto de todos los rendimientos, sea cual sea la forma dineraria o en especie, en que se materialicen». La percepción de las retribuciones en especie del trabajo personal tiene un límite, forman parte del salario y no pueden superar el 30 por 100 de las percepciones salariales del trabajador³. No obstante, la regulación de este tipo de retribuciones se encuentra en preceptos distintos, artículos 43 y 44, a los que regulan los rendimientos del trabajo. Esto implica que no únicamente se pueden recibir retribuciones en especie que provengan del trabajo personal, sino se trata de un tipo de retribución encuadrable en el resto de los rendimientos.

- Tanto los ingresos dinerarios como los rendimientos en especie provienen de una relación laboral, directa o indirecta entre el pagador de los rendimientos y el perceptor. Esto es, en palabras de Muñoz del Castillo⁴, que «se trata de un trabajo dependiente o por cuenta ajena lo que conlleva, a su vez,

¹ En torno a la utilización de estos términos por parte del legislador, la doctrina ha señalado que hubiera bastado con el empleo del término contraprestación donde también se consideran incluidas las posibles utilidades derivadas del trabajo personal o de una relación laboral o estatutaria. «Rendimientos del Trabajo. Rentas especie (arts. 16 a 18 y 43-44) en la obra de AA.VV., *Comentarios al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y al Impuesto sobre la Renta de No residentes*, Cuatrecasas, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2000, p. 283; MENÉNDEZ MORENO, Alejandro escribe en torno a esta delimitación legal que se trata de una redundancia por tanto es innecesario repetir lo mismo con distintas palabras. «Determinación de la capacidad económica sometida a gravamen. Determinación de la renta gravable. Rendimientos del trabajo. Rendimientos del capital mobiliario e inmobiliario», en la obra colectiva, *El nuevo Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, Lex Nova, Valladolid, 1999, p. 60.

² *El nuevo Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, ob. cit., p. 61.

³ Artículo 26.1 del Estatuto de los Trabajadores.

⁴ En «Los rendimientos dinerarios del trabajo», ob. cit., p. 266. En términos semejantes PÉREZ ROYO, Ignacio, que señala al respecto que: «La clave de bóveda del concepto no es, pues, que estos rendimientos provengan del trabajo del contribuyente, lo que puede darse también con ciertos rendimientos empresariales o profesionales, sino del trabajo prestado por cuenta ajena». En *Manual del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, 3.ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 88.

que el empleador asume el riesgo de su actividad el empleado debe cumplir con los cometidos que se le asignan, percibiendo por ello una remuneración». La situación de dependencia entre el trabajador y el pagador de los rendimientos puede tener su base en una relación laboral o estatutaria.

– Se toma como referencia el carácter excluyente los rendimientos que puedan ser encuadrados en la fuente calificada como rendimientos de actividad económica, lo que implica atribuir un carácter residual a los rendimientos del trabajo respecto de los rendimientos de actividades económicas⁵.

– Tras esta definición el artículo 17 elabora una relación de retribuciones que tienen la consideración de rendimientos íntegros del trabajo personal, a título de ejemplo, lo que significa que en el caso de existir algún tipo de retribución que reúna las características que establece la normativa citada, también tendrán la consideración de retribuciones del trabajo, entre esta lista se encuentran los sueldos, salarios, prestaciones por desempleo, remuneraciones en concepto de gastos de representación, dietas y asignaciones para gastos de viaje. A continuación determina una serie de prestaciones que en todo caso tendrán la consideración de rendimientos del trabajo, se trata de un imperativo legal, aunque alguna de las citadas pudiera encajar en otro supuesto de hecho del IRPF de los definidos en su ley reguladora, este es el caso de rendimientos de actividad en la normativa anterior, como son los derivados de impartir cursos, conferencias, coloquios, seminarios y similares, así como los rendimientos derivados de las relaciones laborales especiales de artistas en espectáculos públicos y de representantes de comercio. Pero esta matización no tiene sentido alguno por cuanto cuando se reúnan estas circunstancias sencillamente son rendimientos de actividad económica, puesto que, al darse la obtención de los rendimientos por cuenta propia, no puede haber relación de dependencia con un tercero mediante un contrato laboral o similar, porque ambas situaciones son excluyentes, o se es trabajador por cuenta ajena o se obtienen rendimientos por cuenta propia⁶. Ahora bien, como pone de manifiesto Menéndez Moreno⁷ la alusión a esta situación

⁵ En el mismo sentido se pueden consultar los trabajos de los profesores MUÑOZ DEL CASTILLO, José Luis en «Los rendimientos dinerarios del trabajo», en la obra colectiva *Estudios sobre el impuesto sobre la renta de las personas físicas*, Perfecto Yebra Martul-Ortega (coord.), César García Novoa (coord.), Miguel Ángel Caamaño Anido (coord.), Antonio López Díaz (coord.), Lex Nova, 2000, p. 267 y MENÉNDEZ MORENO, Alejandro «Determinación de la capacidad económica sometida a gravamen. Determinación de la renta gravable. Rendimientos del trabajo. Rendimientos del capital mobiliario e inmobiliario», ob. cit., p. 61

⁶ De la misma opinión es PEREZ ROYO, Ignacio. En *Manual del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, 3.ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 91.

⁷ «Determinación de la capacidad económica sometida a gravamen. Determinación de la renta gravable. Rendimientos del trabajo. Rendimientos del capital mobiliario e inmobiliario», ob. cit., p. 64.

no carece de fundamento, lo que sucede es que esta no ha sido la forma más clara de regularla.

2.1 Clasificación jurídica de los rendimientos del trabajo

El artículo 17 LIRPF, en su apartado primero establece que se incluirán como rendimientos del trabajo, en particular ⁸:

a) Los sueldos y salarios.

Se incluye cualquier retribución derivada de relación laboral del trabajador (p. e., salarios, pagas extras, incentivos, trienios, complementos específicos, pluses por transporte, etc.).

b) Las prestaciones por desempleo.

Se trata claramente de rentas sujetas a gravamen, tienen su origen en la relación laboral que se prestó cuando el trabajador estaba en activo, aunque en el caso de que las prestaciones por desempleo se perciban en la modalidad de pago único, de acuerdo con lo previsto en el RD 1044/1985, la cantidad percibida podrá imputarse a cada uno de los períodos impositivos en que, de no haber mediado el pago único, se hubiese tenido derecho a la prestación, con el fin de evitar el juego de la progresividad del impuesto. Esta imputación se realizará en proporción al tiempo que en cada período impositivo se hubiese tenido derecho a dicha prestación. En cualquier caso, conviene recordar la exención que afecta a estas prestaciones en pago único en los términos previstos en el artículo 7 de la LIRPF.

c) Las remuneraciones en concepto de gastos de representación.

Este apartado se refiere a las retribuciones asignadas a los empleados, en función de las especiales características del puesto que ocupan, como complemento salarial para la cobertura de gastos protocolarios que el trabajador tendría que soportar para cumplir con la función de representación de la empresa. En este sentido, conviene recordar que los gastos en que incurra el trabajador por

⁸ Vamos a seguir en la realización de este epígrafe el trabajo de RUBIO GUERRERO, Juan José., «Comentario al art. 17 de la Ley 35/2006, del IRPF: los rendimientos íntegros de carácter personal», en la Obra colectiva, *Estudios y Comentarios Legislativos El Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas* (BIB 2009/777), Aranzadi, 2009.

cuenta exclusiva de la empresa, como mero intermediario, en tanto la factura vaya a nombre y por cuenta de la empresa representada, sin asignación particular, no se incluye en este concepto. Será un gasto deducible, en su caso, de la empresa, pero su compensación no representa un rendimiento del trabajo para el empleado.

d) Las dietas y asignaciones para gastos de viaje, excepto los de locomoción y los normales de manutención y estancia en establecimientos de hostelería con los límites que reglamentariamente se establezcan.

Se consideran, en principio, gravadas este tipo de compensaciones, aunque se exceptúan las que cubren los gastos de locomoción y los normales de manutención y estancia, con los límites y condiciones que se establecen en el art. 9 del RIRPF, y que pasamos a comentar.

La dieta, como dispone el art. 9 del RD 462/2002 es la cantidad que se devenga diariamente para satisfacer los gastos que origina la estancia fuera de la residencia oficial, y conforme al art. 26 del Estatuto de los Trabajadores, «No tendrán la consideración de salario las cantidades percibidas por el trabajador en concepto de indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral...». Con las dietas y asignaciones para gastos de viaje se compensan los gastos que tiene el trabajador –o a efectos fiscales quien obtiene rendimientos que derivan directa o indirectamente del trabajo personal y no son de actividad económica–, por el desplazamiento y manutención, gastos que no son habituales, y la legislación del IRPF excluye su gravamen para los de locomoción y los normales de manutención y estancia en establecimientos de hostelería con los límites reglamentarios.

No se gravan las asignaciones para gastos de locomoción y gastos normales de manutención y estancia en establecimientos de hostelería que cumplan los requisitos señalados a continuación.

– Asignaciones para gastos de locomoción:

Son las cantidades destinadas por la empresa a compensar los gastos de locomoción del trabajador que se desplace fuera de la fábrica, taller, oficina, o centro de trabajo, para realizar su trabajo en lugar distinto al habitual (sea o no en el mismo municipio), con las siguientes condiciones e importe:

Si utiliza medios de transporte público: importe justificado con factura u otro documento justificativo de transporte: billete, pasaporte de transporte, etc.

En otro caso, 0,19 euros por kilómetro recorrido 1, si se justifica la realidad del desplazamiento, más los gastos de peaje y aparcamiento debidamente justificados.

Es conveniente destacar que están sujetas al Impuesto las cantidades percibidas por el desplazamiento del empleado entre su domicilio y lugar de trabajo, aun cuando los mismos estén situados en distinto municipio. Asimismo, si el medio de transporte lo pone la empresa, bien porque el vehículo sea de su propiedad, o porque corra directamente con el gasto de desplazamiento, no se generará ningún ingreso para el empleado y, en consecuencia, no hay ninguna retribución sujeta.

– Asignaciones para gastos de manutención y estancia:

Son las cantidades destinadas por la empresa a compensar los gastos normales de manutención y estancia en restaurantes, hoteles y demás establecimientos de hostelería, en municipio distinto del lugar de trabajo habitual de percceptor y del que constituya su residencia habitual.

Salvo en los casos de la letra b siguiente, si el desplazamiento y permanencia continuada es superior a nueve meses, no se exceptúan de gravamen tales asignaciones al considerarse que se trate de un desplazamiento permanente. A estos efectos, no se descuenta el tiempo de vacaciones, enfermedad u otras circunstancias que no impliquen alteración del destino. Por lo tanto, no se pierde el derecho a la exención si el trabajador se desplaza por un período superior a 9 meses, cuando es consecuencia de varios desplazamientos sucesivos a distintos municipios.

Un ejemplo de asignaciones por este concepto gravadas íntegramente son las percibidas por comisiones de servicios o la realización de cursos de formación de duración superior a nueve meses, computándose este plazo de fecha a fecha, sin que la finalización del período impositivo interrumpa el cómputo.

a) Son asignaciones para gastos normales de manutención y estancia, exclusivamente (cualquier compensación por encima de estas cuantías se considera renta gravable).

b) Son dietas exceptuadas de gravamen, en su totalidad, las siguientes cantidades:

- El exceso que perciban los funcionarios públicos españoles con destino en el extranjero sobre las retribuciones totales que obtendrían en el supuesto de hallarse destinados en España según la normativa específica que fija estos excesos y retribuciones.

- El exceso que perciba el personal al servicio de la Administración del Estado con destino en el extranjero sobre las retribuciones totales que obtendría por sueldos, trienios, complementos e incentivos, en los supuestos de hallarse destinado en España.

Se trata con ello de evitar hacer tributar por unas compensaciones cuyo objetivo es el mantenimiento del nivel de vida del trabajador en el extranjero. Sin embargo, existe una cuestión de cierta trascendencia como es la determinación de la existencia de un destino real en el extranjero o, por el contrario, un mero desplazamiento por motivos de trabajo. En el ámbito funcional no existen mayores problemas dada la necesidad de una orden de servicio o un nombramiento oficial para el cargo correspondiente. En el ámbito privado, sin embargo, habrá que dilucidar, en función de la organización de la empresa, la naturaleza del desplazamiento para determinar su tratamiento fiscal.

Asimismo, conviene recordar que esta exención es incompatible, para los empleados de empresas, con la exención para los rendimientos percibidos por trabajos realizados en el extranjero que se recoge en el artículo 7.p) de la LIR-PF. En consecuencia, habrá que optar por la aplicación de una u otra exención, en función del interés del empleado.

- Trabajadores de empresas con centro de trabajo móviles o itinerantes. En estos casos se aplica el régimen general de las dietas y gastos de viaje, exceptuados de gravamen, pero siempre que correspondan a desplazamientos a municipio distinto del que constituya la residencia habitual del trabajador. En consecuencia, desaparece como requisito el de desplazamiento fuera del municipio del lugar habitual de trabajo al diluirse su consideración dada la movilidad del mismo.

Dietas no gravadas. Reglas especiales.

a) Relaciones laborales especiales de carácter dependiente (previstas en el Estatuto de los Trabajadores).

Los gastos de estancia seguirían la regla general expuesta y son los gastos de locomoción y manutención los que se verían afectados por la regla especial. En concreto, se establece que, cuando no les sean específicamente resarcidos por las empresas estos gastos, los trabajadores podrán minorar sus ingresos, para la determinación de sus rendimientos netos, siempre que justifiquen la realidad de su desplazamiento, en las cantidades establecidas en la normativa.

b) Asignaciones por traslado.

Están exoneradas de gravamen las cantidades recibidas con motivo de traslado de lugar del puesto de trabajo, siempre que se cumplan dos condiciones:

- Que se trate de un traslado a un municipio distinto, lo que supone un traslado geográfico de residencia.
- Las cantidades percibidas correspondan exclusivamente a gastos de locomoción y manutención del empleado o trabajador y sus familiares durante el traslado y a los gastos de desplazamiento de su mobiliario y enseres. Conviene, en cualquier caso, señalar que las cantidades abonadas por este concepto sujetas a tributación por no cumplir las condiciones tributarán como rendimiento del trabajo obtenido de forma notoriamente irregular en el tiempo, lo que supone una reducción del 40%, siempre y cuando estas cantidades se imputen en único período impositivo.

c) Jurados y miembros de mesas electorales.

Están exonerados de gravamen los conceptos retributivos percibidos por desplazamientos, alojamientos y manutención por los candidatos a jurados y por los jurados titulares y suplentes, de acuerdo con lo previsto en el RD 385/1996, así como los percibidos por los miembros de las mesas electorales, según lo establece la OM de 3 de abril de 1991.

e) Las contribuciones o aportaciones satisfechas por los promotores de planes de pensiones previstos en el Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre (RCL 2002, 2909), o por las empresas promotoras previstas en la Directiva 2003/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de junio de 2003 (LCEur 2003, 2942), relativa a las actividades y la supervisión de fondos de pensiones de empleo.

Una de las modalidades de articulación de sistemas de planes de pensiones es el denominado «Sistema de Empleo» que se caracteriza porque el promotor es un empresario, en sentido amplio, y los partícipes son los empleados de aquél. Las cantidades aportadas por el empleador constituyen una retribución indirecta del trabajo personal puesto que se trata de un salario diferido en el tiempo ya que las cantidades aportadas pasan a engrosar el Fondo de Pensiones del trabajador, al que quedan vinculadas.

En este sentido, la LIRPF considera como rendimiento del trabajo, a integrar en la renta del empleado, la contribución que realiza el promotor en cada período y que se imputa a cada partícipe en función de las condiciones establecidas en el correspondiente Plan de Pensiones. Se trata de un rendimiento del trabajo en especie, no sometido a ingreso a cuenta (art. 102.2 del RIRPF).

No obstante, conviene tener en cuenta que este rendimiento no va, en principio, a soportar la tributación en el ejercicio de la aportación realizada ya que el contribuyente tiene derecho, sujeto a ciertos límites, a reducir de la base imponible del impuesto, tanto la aportación de la empresa como la suya propia, en consonancia con lo establecido en el artículo 51 de la LIRPF que regula las reducciones de la base imponible general por aportaciones y contribuciones a sistemas de previsión social. En consecuencia, se produce un diferimiento del impuesto de acuerdo con su naturaleza de salario diferido, de manera que la tributación se producirá en el ejercicio fiscal en que se perciban las prestaciones como consecuencia de la aplicación de las contingencias previstas en el Texto Refundido de la Ley Reguladora de los Planes y Fondos de Pensiones (art. 8.6).

Destacar que la Ley 22/2005 incorporó el régimen fiscal de las aportaciones transfronterizas a fondos de pensiones en el ámbito de la Unión Europea, lo que supone que, a partir del 1 de enero de 2005, se consideran rendimientos íntegros del trabajo todas las contribuciones o aportaciones satisfechas por las empresas, previstas en la Directiva 2003/41/CE del Parlamento Europeo. Con ello se pretende dar un mismo tratamiento fiscal a las contribuciones de las empresas promotoras y a las aportaciones de los partícipes a los planes de pensiones regulados en dicha Directiva, cuando los fondos de pensiones estén domiciliados en otros Estados miembros de la UE, en las mismas condiciones que si se hicieran en instituciones financieras domiciliadas en territorio español, en el ámbito de los sistemas colectivos o de empleo.

f) Las contribuciones o aportaciones satisfechas por los empresarios para hacer frente a los compromisos por pensiones en los términos previstos por la disposición adicional primera del texto refundido de la Ley de regulación de los planes y fondos de pensiones, y en su normativa de desarrollo,

cuando aquellas sean imputadas a las personas a quienes se vinculen las prestaciones. Esta imputación fiscal tendrá carácter voluntario en los contratos de seguro colectivo distintos de los planes de previsión social empresarial, debiendo mantenerse la decisión que se adopte respecto del resto de primas que se satisfagan hasta la extinción del contrato de seguro. No obstante, la imputación fiscal tendrá carácter obligatorio en los contratos de seguro de riesgo. Cuando los contratos de seguro cubran conjuntamente las contingencias de jubilación y de fallecimiento o incapacidad, será obligatoria la imputación fiscal de la parte de las primas satisfechas que corresponda al capital en riesgo por fallecimiento o incapacidad, siempre que el importe de dicha parte exceda de 50 euros anuales. A estos efectos se considera capital en riesgo la diferencia entre el capital asegurado para fallecimiento o incapacidad y la provisión matemática.

No obstante, lo previsto en el párrafo anterior, en todo caso, la imputación fiscal de primas de los contratos de seguro antes señalados será obligatoria por el importe que exceda de 100.000 euros anuales por contribuyente y respecto del mismo empresario, salvo en los seguros colectivos contratados a consecuencia de despidos colectivos realizados de conformidad con lo dispuesto en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores.

En cuanto a la regulación actual de este componente de renta, la Ley 26/2014, de 27 de noviembre, por la que se modifican la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas modifica el artículo 17.1 f) de la LIRPF:

- Que no se trate de planes de previsión social empresarial,
- que se mantenga la decisión respecto al resto de primas que se satisfagan hasta la extinción del contrato de seguro, y,
- que no se trate de contratos de seguro de riesgo.

En ningún caso, la imputación tendrá carácter obligatorio en los contratos de seguro en los que se cubran conjuntamente las contingencias de jubilación y de fallecimiento o incapacidad. Esta puntualización tiene como fin aclarar el tratamiento fiscal de los seguros mixtos.

En cuanto al tratamiento fiscal, debemos diferenciar:

- Si hay imputación fiscal al trabajador, es decir, inclusión en nómina, se considera la existencia de un rendimiento del trabajo personal en especie, y sometido a ingreso a cuenta como tal.
- Si no hay imputación, no existe rendimiento del trabajo personal.

En cualquier caso, haya o no imputación fiscal del empresario al trabajador, no se practicará la reducción en la base imponible del Impuesto, tanto de la aportación del empresario ni, en su caso y si existe, de las realizadas por el propio trabajador, ya que no se prevé en el artículo 51 de la LIRPF. Esto significa que sí se produce una tributación efectiva en el momento de la aportación, de manera que cuando se perciba la prestación sólo se tributará por la diferencia entre ésta y las aportaciones satisfechas por empresarios que fueron imputadas fiscalmente y, en su caso, las realizadas por el trabajador.

En relación a los Planes de Previsión Social Empresarial, la imputación fiscal a los asegurados de las primas satisfechas por el tomador es obligatoria (art. 51.4 de la LIRPF), aunque también se habilita la reducción en la base imponible general de estas primas y de las aportaciones realizadas por los trabajadores, reconociéndose en estos casos un tratamiento fiscal similar al de los planes de pensiones de empleo.

Por último, un caso especial es de la Mutualidades de Previsión Social. Cuando en una Mutualidad de Previsión Social todos los mutualistas sean empleados, los promotores sean empresas en las que prestan aquéllos sus servicios y las prestaciones sean únicamente consecuencia de acuerdos de previsión social a favor de los empleados, se entiende que la mutualidad actúa como instrumento de previsión social empresarial. En este caso, el tratamiento fiscal es equiparable al de los Planes de Pensiones, por cuanto las contribuciones empresariales a estas entidades se imputan fiscalmente a los trabajadores, teniendo para éstos la consideración de rendimientos íntegros del trabajo, con carácter de retribución en especie sin que quepa la obligación de ingreso a cuenta. Adicionalmente, las aportaciones, tanto del empresario como del trabajador destinadas a cubrir las mismas contingencias que las de los planes de pensiones, pueden ser objeto de reducción en la base imponible del Impuesto en los términos establecidos artículo 51 de la LIRPF, quedando fuera del ámbito de la reducción fiscal las aportaciones destinadas a cubrir las contingencias de accidentes, enfermedad u otras prestaciones.

No obstante, lo previsto en el párrafo anterior, en todo caso, la imputación fiscal de primas de los contratos de seguro antes señalados será obligatoria por el importe que exceda de 100.000 euros anuales por contribuyente y respecto del mismo empresario, salvo en los seguros colectivos contratados a consecuencia de despidos colectivos realizados de conformidad con lo dispuesto en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores.

2.2 Relación de prestaciones que tienen la calificación de rendimientos del trabajo

Conforme al dictado legal, tienen la consideración de rendimientos del trabajo las prestaciones que relaciona el artículo 17.2 de la Ley del IRPF, lo que hace que no haya duda ninguna acerca de la consideración legal a efectos de su gravamen de este tipo de rentas.

a) Las siguientes prestaciones:

1.^a Las pensiones y haberes pasivos percibidos de los regímenes públicos de la Seguridad Social y clases pasivas y demás prestaciones públicas por situaciones de incapacidad, jubilación, accidente, enfermedad, viudedad, o similares, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 7 de esta Ley.

2.^a Las prestaciones percibidas por los beneficiarios de mutualidades generales obligatorias de funcionarios, colegios de huérfanos y otras entidades similares.

3.^a Las prestaciones percibidas por los beneficiarios de planes de pensiones y las percibidas de los planes de pensiones regulados en la Directiva 2003/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de junio de 2003, relativa a las actividades y la supervisión de fondos de pensiones de empleo.

4.^a Las prestaciones percibidas por los beneficiarios de contratos de seguros concertados con mutualidades de previsión social, cuyas aportaciones hayan podido ser, al menos en parte, gasto deducible para la determinación del rendimiento neto de actividades económicas, u objeto de reducción en la base imponible del Impuesto.

En el supuesto de prestaciones por jubilación e invalidez derivadas de dichos contratos, se integrarán en la base imponible en el importe de la cuantía percibida que exceda de las aportaciones que no hayan podido ser objeto de reducción o minoración en la base imponible del Impuesto, por incumplir los requisitos subjetivos previstos en el párrafo a) del apartado 2 del artículo 51 o en la disposición adicional novena de esta Ley.

5.^a Las prestaciones percibidas por los beneficiarios de los planes de previsión social empresarial.

Asimismo, las prestaciones por jubilación e invalidez percibidas por los beneficiarios de contratos de seguro colectivo, distintos de los planes de previsión social empresarial, que instrumenten los compromisos por pensiones asumidos por las empresas, en los términos previstos en la disposición adicional primera del Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos

de Pensiones, y en su normativa de desarrollo, en la medida en que su cuantía exceda de las contribuciones imputadas fiscalmente y de las aportaciones directamente realizadas por el trabajador.

6.^a Las prestaciones percibidas por los beneficiarios de los planes de previsión asegurados.

7.^a Las prestaciones percibidas por los beneficiarios de los seguros de dependencia conforme a lo dispuesto en la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia.

b) Las cantidades que se abonen, por razón de su cargo, a los diputados españoles en el Parlamento Europeo, a los diputados y senadores de las Cortes Generales, a los miembros de las asambleas legislativas autonómicas, concejales de ayuntamiento y miembros de las diputaciones provinciales, cabildos insulares u otras entidades locales, con exclusión, en todo caso, de la parte de aquellas que dichas instituciones asignen para gastos de viaje y desplazamiento.

c) Los rendimientos derivados de impartir cursos, conferencias, coloquios, seminarios y similares.

d) Los rendimientos derivados de la elaboración de obras literarias, artísticas o científicas, siempre que se ceda el derecho a su explotación.

e) Las retribuciones de los administradores y miembros de los Consejos de Administración, de las Juntas que hagan sus veces y demás miembros de otros órganos representativos.

Aunque se trata de una relación mercantil y no laboral, a efectos fiscales, tienen la consideración de rendimientos del trabajo, pero sujetos a un tipo de retención especial del 35%. Cuando por la naturaleza de la Sociedad (p. e., PYMES), el contribuyente ejerza diferentes funciones: Administrador, trabajador y/o socio de la entidad, habrá que estar al origen y causa de los rendimientos, diferenciando y dándoles el tratamiento correspondiente en función de Administrador (rendimiento del trabajo especial), trabajador (rendimiento del trabajo normal) y socio perceptor de dividendos o asimilados (rendimiento del capital).

f) Las pensiones compensatorias recibidas del cónyuge y las anualidades por alimentos, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 7 de esta Ley.

g) Los derechos especiales de contenido económico que se reserven los fundadores o promotores de una sociedad como remuneración de servicios personales.

El artículo 11 de la Ley de Sociedades Anónimas establece que los fundadores y promotores de una sociedad puedan reservarse un conjunto de derechos especiales de contenido económico cuyo valor, en conjunto, cualquiera que sea su naturaleza, no podrá exceder del 10% de los beneficios netos obteni-

dos según balance, una vez deducida la cuota destinada a la reserva legal, y por un período máximo de diez años. De esta forma se retribuyen los trabajos preparatorios inherentes a la puesta en marcha de una sociedad. Además, estos derechos se pueden incorporar a títulos nominativos distintos de las acciones, susceptibles de transmisión y de generación de plusvalías, aunque esta posibilidad de enajenación puede limitarse en los estatutos sociales.

Estos títulos, desde un punto de vista fiscal, constituyen un rendimiento del trabajo en especie para el perceptor. Su valoración se recoge en el artículo 47 del RIRPF, estableciéndose, como mínimo, en el 35% del valor equivalente del capital social que permita la misma participación en los beneficios que la reconocida a los citados derechos. Los posteriores «dividendos» que, como consecuencia de la tenencia de estos títulos, se generen por la participación en los beneficios de la sociedad, tributarán como rendimientos del capital mobiliario.

- h) Las becas, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 7 de esta Ley.
- i) Las retribuciones percibidas por quienes colaboren en actividades humanitarias o de asistencia social promovidas por entidades sin ánimo de lucro.
- j) Las retribuciones derivadas de relaciones laborales de carácter especial.
- k) Las aportaciones realizadas al patrimonio protegido de las personas con discapacidad en los términos previstos en la disposición adicional decimoctava de esta Ley.

No obstante, cuando los rendimientos a que se refieren los párrafos c) y d) del apartado anterior y los derivados de la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos y de la relación laboral especial de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios sin asumir el riesgo y ventura de aquéllas supongan la ordenación por cuenta propia de medios de producción y de recursos humanos o de uno de ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios, se calificarán como rendimientos de actividades económica.

Como podemos apreciar de la lectura de este prolijo precepto, prácticamente se encuentran reguladas y tratadas como rentas del trabajo todas las contraprestaciones que en el desarrollo de la vida laboral puede percibir el trabajador. A pesar de lo señalado, se trata de una lista abierta lo que significa que, aun no estando en el listado siguiente, si, respecto a cualquier otra partida, se dan las condiciones genéricas recogidas en el concepto deben incorporarse como rendimientos del trabajo.

3. EXENCIONES EN EL IMPUESTO SOBRE LA RENTA QUE AFECTAN A LOS RENDIMIENTOS DEL TRABAJO

En los últimos años se han venido introduciendo cambios normativos en la tributación a efectos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas de las indemnizaciones abonadas por las empresas a sus trabajadores y miembros de los órganos de administración en los supuestos de finalización de la relación existente entre las partes.

Estos cambios afectan tanto a la aplicación de la exención contenida en el artículo 7 de la Ley del IRPF, como a la reducción por rendimiento irregular contemplada en el artículo 18 de dicho cuerpo legal y, si bien en ocasiones han servido para dotar de mayor seguridad jurídica en algunos de los aspectos más controvertidos, con carácter general, han supuesto un empeoramiento del tratamiento fiscal aplicable.

3.1 Indemnizaciones por despido

La exención de gravamen de las indemnizaciones por despido es un beneficio fiscal concedido con la finalidad de proteger la economía de los trabajadores, asegurando que la compensación recibida no sea gravada⁹.

La tributación de las indemnizaciones en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas está regulada en el artículo 7 apartado e) como renta exenta; uno de los supuestos de *numerus clausus* establecidos en esta norma¹⁰.

«e) Las indemnizaciones por despido o cese del trabajador, en la cuantía establecida con carácter obligatorio en el Estatuto de los Trabajadores, en su normativa de desarrollo o, en su caso, en la normativa reguladora de la ejecución de sentencias, sin que pueda considerarse como tal la establecida en virtud de convenio, pacto o contrato.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, en los supuestos de despidos colectivos realizados de conformidad con lo dispuesto en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, o producidos por las causas previstas en la letra c) del artículo 52 del citado Estatuto, siempre que, en ambos casos, se deban a causas económicas, técnicas, organizativas, de producción o por fuerza mayor,

⁹ BERNARD FUSTER, María, «Indemnizaciones por despido y su sombra fiscal», *Revista Quincena Fiscal*, n.º 4, 2024.

¹⁰ La Ley 26/2014, de 27 de noviembre, por la que se modifican la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, y otras normas tributarias, ha modificado la letra e) del artículo 7.

quedará exenta la parte de indemnización percibida que no supere los límites establecidos con carácter obligatorio en el mencionado Estatuto para el despido improcedente.

El importe de la indemnización exenta a que se refiere esta letra tendrá como límite la cantidad de 180.000 euros.»

La novedad radica en el establecimiento del límite a partir del cual la indemnización estará sujeta a gravamen, 180.000 euros¹¹. Esta nueva redacción del precepto incorpora el límite a partir del cual la indemnización estará sujeta a gravamen. Esto supone que las indemnizaciones por despido que no superen los límites establecidos en el Estatuto van a seguir considerándose exentas, siendo por elevado el número de indemnizaciones que superen la cantidad de 180.000 euros.

Tal y como estableció el Tribunal Constitucional, en Sentencia 214/1994 (RTC 1994, 214), Fundamento Jurídico 7.º, la Ley puede «declarar la exoneración de determinadas rentas cuando exista la oportuna justificación». En este supuesto estas razones son siguiendo a Calvo Ortega¹² son la involuntariedad y la pérdida de una capacidad específica de generación de renta.

Precepto que es desarrollado por los artículos 1 y 68.1 del Reglamento del IRPF (RCL 1991, 3026), en el primero de los citados se dispone que el disfrute de la exención prevista en el artículo 7 e) de la Ley del Impuesto quedará condicionado a la real efectiva desvinculación del trabajador con la empresa. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que se da dicha desvinculación cuando en los tres años siguientes al despido o cese el trabajador vuelva a prestar servicios a la misma empresa o a otra empresa vinculada a aquella en los términos previstos en el artículo 16 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre (RCL 1995, 3496 y RCL 1996, 2164), del Impuesto sobre Sociedades, siempre que en el caso en que la vinculación se defina en función de la relación socio-sociedad, la participación sea igual o superior al 25 por 100, o al 5 por 100 si se trata de valores negociados en mercados secundarios oficiales de valores españoles.

El artículo 68.1 del Reglamento del IRPF se refiere a un aspecto de la gestión del Impuesto, por cuanto señala que cuando el contribuyente pierda la exención de la indemnización por despido o cese a que se refiere el artículo 1 del Reglamento del IRPF, deberá presentar declaración-liquidación complementaria, con inclusión de los intereses de demora, en el plazo regla-

¹¹ De esta forma se suaviza la redacción que contenía el Anteproyecto de reforma de la Ley del IRPF, que establecía un sistema impositivo más gravoso para este tipo de indemnizaciones.

¹² En la obra colectiva *El Nuevo Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, Lex Nova, Valladolid, p. 37.

mentario de declaración correspondiente al período impositivo en que se produzca dicha circunstancia.

Partiendo de los preceptos legales que regulan esta exención veamos a continuación un comentario sobre la misma.

Esta indemnización se erige como un mecanismo para reparar los daños, por tanto, no provoca un aumento patrimonial en el trabajador¹³.

Se trata, tal y como ha establecido Calvo Ortega¹⁴, de prestaciones que tienen un carácter indemnizatorio indiscutible y por ello la exención está plenamente justificada. Señalando a continuación que «la pérdida de la capacidad productiva para generar renta puede tener un carácter temporal, lo que lleva normalmente, a un ajuste también temporal y a la previsión de nuevas contrataciones y, por ello, de recuperación de la citada capacidad productiva»

Se exige en los distintos supuestos establecidos en el artículo 7 de la Ley del IRPF que exista una relación laboral, ordinaria o especial, cuya extinción involuntaria motiva para el trabajador la indemnización exenta¹⁵.

Se excluye del supuesto de la exención las cantidades percibidas por despido o cese del trabajador en virtud de convenio, pacto o contrato. En consecuencia, las cantidades establecidas en este tipo de convenios que sean percibidas por el trabajador están sujetas al IRPF. En este sentido la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia 43, núm. 281/1997, recurso contencioso-administrativo núm. 2196/1995 (JT 1997, 442), se determina: «(...) en los supuestos como el presente, en que la empresa indemnice al trabajador en una cantidad que exceda de los 45 días de salario por año trabajado, e incluso de las 42 mensualidades de salario, el exceso ha de entenderse satisfecho de forma voluntaria y no obligatoria por la misma, como consecuencia de un pacto concertado con el trabajador (principio de la autonomía de la voluntad), que está sujeto al IRPF». Del mismo modo están sujetas a gravamen, conforme señala el artículo 16.2.a) 1.ª de la Ley del IRPF las indemnizaciones percibidas por despido procedente, cese voluntario del trabajador sin justa causa y jubilación anticipada.

Así en la siguiente Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón núm. 134/2002 (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2.ª) de 15 de febrero se establece: Fundamento Jurídico Primero: Gira la cuestión traída ante esta Sala sobre la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Re-

¹³ Sobre la naturaleza de la indemnización por despido, véase el trabajo de GORDO GONZÁLEZ, Luis., y MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Cristina, «Reflexiones ante la propuesta de tributación de las indemnizaciones por extinción del contrato de trabajo», *Revista de Información Laboral* n.º 11/2014, Editorial Lex Nova.

¹⁴ *El Nuevo Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, ob. cit., p. 40.

¹⁵ Cfr. LÓPEZ CARBAJO, José Manuel, «Artículo 9. Rentas exentas» en la obra colectiva *Comentarios a las Leyes Tributarias*, Edersa, Madrid, 1998.

gional de Aragón de 23-9-1998, por la que se desestima el recurso interpuesto en su día por los actores, el Tribunal resuelve en base a considerar que la cantidad percibida por el actor lo es por cese voluntario de la Empresa, sin que en estos supuestos exista obligación de indemnizar, tratándose entonces de una renta irregular del trabajo personal. Rechazando que se trate de un supuesto de indemnización por incumplimiento del contrato, al no resultar así ni del certificado expedido por la empresa, ni por pruebas aportadas que ratifiquen esa interpretación. Los motivos de oposición argüidos por los actores se refieren a la falta de práctica de algunas pruebas solicitadas por la parte y a la cuestión de fondo, manteniendo la parte que se trataba de un supuesto de modificación sustancial en las condiciones de trabajo que redunden en perjuicio de su formación profesional o menoscabo de su dignidad.

Consta practicada en autos la prueba solicitada por la parte, primero dentro del período probatorio y después complementada como diligencia para mejor proveer, aunque, no obstante, la parte sigue considerando la practicada insuficiente. Del examen de la practicada que es la que deberá valorar la Sala para resolver la cuestión planteada, resulta que el actor Funcionario del Cuerpo Técnico de Correos, con fecha 1-4-1991 tomó posesión como Director Provincial de Caja Postal y en fecha 1-8-1991 conforme a la disposición adicional primera del Real Decreto-ley 3/1991, de 3 de mayo (RCL 1991, 1198), se incorporó a las plantillas laborales de Caja Postal, SA, que en aplicación del primer Convenio Colectivo de esta empresa, con efectos 1-1-1992, se le asignó la categoría laboral de Técnico Nivel III, desempeñando el puesto de Responsable de Dinero Institucional, hasta el día 3-11-1994. Es aquí donde el actor mantiene que su cese fue debido a la modificación de las condiciones existentes.

Pues bien, la prueba practicada no permite sostener la interpretación que hace el actor, pues la entidad Argentaria Caja Postal y Banco Hipotecario, SA informó que la extinción de la relación laboral entre Caja Postal, SA y el hoy recurrente fue de mutuo acuerdo, añadiendo en la diligencia para mejor proveer que en el tiempo en que fue empleado el actor de Caja Postal, SA, no ejercitó nunca la acción prevista en el art. 50 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997), ni comunicó a la empresa su intención de ejercitarla. Así las cosas, lo que ha quedado acreditado a tenor de la prueba practicada es que se trató de un cese voluntario, sin que conste la existencia de obligación de indemnizar por parte de la empresa.

Fundamento Jurídico Segundo: Constituye la causa de la extinción laboral, el concurso de voluntades empresario-trabajador y que la causa de la obtención de la cantidad señalada debió ser el mutuo acuerdo en torno a la extinción, de la relación laboral, y no la existencia de incumplimientos por

parte del empresario o de causa objetiva de extinción que pudiera dar lugar a indemnización.

En cuanto a la naturaleza jurídica del concepto que ha de atribuirse a la percepción tras un análisis del art. 9.d) y teniendo en cuenta la voluntariedad examinada, se concluye en su exclusión del carácter de indemnización pues si bien no constituye pura contraprestación del trabajo personal, tiene su origen en el pacto, y no puede atribuírsele carácter obligatorio al no constituir su causa el despido o cese para el que el Estatuto de los Trabajadores reconoce derecho a indemnización con carácter obligatorio para los empresarios.

La existencia de ese componente de voluntariedad, que excluye la existencia de daño indemnizable, ha sido ya examinada, aunque para un supuesto de jubilación anticipada, por el TS en Sentencia de 21 de mayo de 1992, y su doctrina recogida en Sentencias del TSJ de Madrid de 14 de septiembre (JT 1995, 1131) y de 8 de junio de 1995 (JT 1995, 740). En esta última frente a la alegación del actor del «proceso encubierto de reestructuración de plantilla» bajo la fórmula del pacto, se declaraba que «la voluntariedad es una opción laboral relativa; la elección de una alternativa rara vez se puede efectuar como un beneficio puro sino en razón a la otra alternativa existente... La voluntariedad no puede desvirtuarse por la imposibilidad de una garantía total e incondicional de permanencia en la empresa pues tal garantía no deja de ser utópica».

En suma y por cuanto antecede las cantidades percibidas por la actora no se hallan exentas del pago del IRPF y la resolución impugnada es conforme a derecho procediendo la desestimación del recurso.

Y en el mismo sentido que la señalada anteriormente, se ha decantado la Sentencia Tribunal Superior de Justicia Madrid núm. 1474/2000 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.^a), de 15 noviembre, donde se establece:

Que las indemnizaciones a trabajadores por cese, despido o traslados: indemnización por cese del trabajador, cuando tiene su origen en una renuncia voluntaria como consecuencia de un convenio entre el trabajador y la empresa no se produce la exención de la indemnización, por tanto, es una renta sujeta al IRPF.

3.1.1 DESPIDO PROCEDENTE Y DESPIDO IMPROCEDENTE

Existen dos tipos de despido disciplinario, el despido procedente y el despido improcedente.

En el supuesto de despido procedente, regulado en el artículo 57.7 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997), por incumplimiento de trabaja-

dor, en cuyo caso no existe obligación de indemnizar y las cantidades percibidas por el trabajador están sujetas y no exentas al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

En el supuesto de despido improcedente, la indemnización exenta será la que corresponde a cuarenta y cinco días de salario, por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año hasta un máximo de cuarenta y dos mensualidades, según establece el artículo 56 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.

López Carbaño¹⁶ señala que «puede originar confusión el hecho de que se realicen los correspondientes actos de conciliación en la Unidad de Mediación Arbitraje y Conciliación. Si las indemnizaciones son las obligatorias, según el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores, estarán exentas aunque estén reconocidas por las partes ante la Unidad de Mediación, Arbitraje y Conciliación como requisito previo y obligatorio al despido improcedente, mientras que si las cantidades se acuerdan en virtud de pactos, contratos o incluso por convenio colectivo, estarán sometidas al impuesto, aunque los acuerdos se realizaran ante la Unidad de Mediación, Arbitraje y conciliación o ante el Juzgado de los Social, en la medida en que excedieran de los límites señalados como obligatorios por el citado artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores. Es importante no confundir estas indemnizaciones con los denominados salarios de tramitación (regulados en el art. 56.1.b de ET), que se cobran en sustitución de los no percibidos por el trabajador desde el despido hasta la notificación de la sentencia y que están sometidas al Impuesto y a su sistema de retenciones a cuenta».

Tal y como ha escrito CHECA GONZÁLEZ¹⁷: «Véanse en este sentido las Sentencias del TSJ de Murcia de 8 de junio de 1999 (JT 1999, 934), núm. 518/1999, recurso contencioso-administrativo núm. 1937/1997, y 2 de febrero de 2000 (JT 2000, 251), núm. 115/2000, recurso contencioso-administrativo núm. 1938/1997 —en las que se ha declarado que «el límite máximo que está obligado a satisfacer el empresario, está constituido por la indemnización de 45 días de salario por año de servicio, jugando el salario correspondiente a 42 mensualidades, como se desprende con claridad del precepto, como un segundo límite en el supuesto de que el salario correspondiente a 45 días por año trabajado alcance o supere la cantidad correspondiente a dicho segundo límite, esto es al salario correspondiente a 42 mensualidades»—, y del TSJ de La Rioja de 14 de febrero de 2000 (JT 2000, 418), núm. 77/2000, recurso contencio-

¹⁶ Artículo 9. Rentas exentas. ob. cit., p. 84.

¹⁷ *Las Exenciones Tributarias en el Ordenamiento Estatal*, Lex Nova, Valladolid, 2001, p. 49.

so-administrativo núm. 331/1996, en la que se ha señalado que un despido realizado con posterioridad a un expediente de regulación de empleo, que afectaba a un parte de la plantilla de la empresa, pero no así al interesado, acordándose la indemnización del mismo en un acto de conciliación en el que se reconoció la improcedencia del despido efectuado, debía calificarse como despido improcedente, y no como despido por causas económicas, con la consiguiente aplicación de lo dispuesto al respecto por el artículo 56.1.a) del Estatuto de los Trabajadores».

En cuanto al personal de Alta dirección, cuyas indemnizaciones por despido no están dentro del supuesto de la exención recogido en la Ley del IRPF (RCL 1991, 1452, 2388); al respecto el TSJ Castilla-La Mancha, secc. 2.^a, S. 25-07-2001 (JT 2001, 1374), núm. 546/2001, rec. 1168/1998 46 ha establecido en su Fundamento Jurídico Segundo: «Como se deduce de la demanda, la única cuestión controvertida en el presente recurso es si ha de considerarse como renta exenta a efectos del IRPF la parte de la indemnización abonada por la «Caja R.» al actor con motivo de la extinción de la relación laboral de carácter especial ascendente a la suma de 45 días de salario por año de servicio con el límite de 42 mensualidades en aplicación de lo establecido en el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores en relación con lo dispuesto en el artículo 9.3 del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto (RCL 1985, 2011, 2156) (regulador de la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección) y 9. 1 d) de la Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas; habida cuenta de que según sostiene la demanda bajo la citada relación laboral de carácter especial subyacía una relación laboral común, que había sido simplemente suspendida al ser promovido el actor al cargo directivo citado de Director General, ya que con anterioridad había prestado servicios como trabajador por cuenta ajena para la mencionada entidad con antigüedad de 10 de diciembre de 1967 que se prolongó hasta el 28 de agosto de 1992, ocupando en esta fecha el puesto de Jefe de Primera. De manera que al extinguirse el contrato de alta dirección por decisión unilateral de la empresa no se admitió tampoco su reincorporación al antiguo puesto de trabajo que ocupaba en la empresa pese a la intención del trabajador, por lo que según reitera la demanda tiene derecho a que se considere exenta no sólo la indemnización obligatoria prevista en el artículo 11. 1 del Real Decreto 1382/85, esto es, 7 días de salario en metálico por año de servicio, con el límite de 6 mensualidades lo que supone la suma de 666.358 ptas., sino también la suma de 52.904.065 ptas., en concepto de indemnización por no readmisión en el referido antiguo puesto, a razón de 45 días de antigüedad por año de servicio, como decimos, con el límite de 42 mensuali-

dades, al amparo de los precitados artículos 56 del Estatuto de los Trabajadores y 9.3 del Real Decreto 1382/85; y ello porque que dichas indemnizaciones son ambas obligatorias de acuerdo con la normativa laboral y, por lo tanto, exentas en virtud del artículo 9. 1 d) de la Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

Y a continuación en el Fundamento Jurídico Tercero. –El problema de las indemnizaciones percibidas por el personal laboral de alta dirección como consecuencia de la extinción de la relación con la empresa a efectos de su repercusión fiscal en el IRPF fue tratado bajo el régimen de la Ley 44/1978, de 8 de septiembre (RCL 1978, 1936), del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas por la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1995 (RJ 1996, 3745).

Partía el Tribunal Supremo de la distinción en el artículo 11 del citado Real Decreto 1382/1985 de dos supuestos distintos: el concerniente a la extinción del contrato por desistimiento del empresario, en el que procederá la indemnización pactada en el contrato de alta dirección o, «a falta de pacto, la indemnización será equivalente a siete días de salario en metálico por año de servicio con el límite de seis mensualidades»; y el que contempla el despido improcedente, que da lugar a indemnización en las cuantías que se hubieren pactado en el contrato, siendo, en su defecto, de veinte días de salario en metálico por año de servicio y hasta un máximo de doce mensualidades.

Y afirmaba que «resulta que tal Real Decreto no establece ningún límite, ni mínimo ni máximo, de carácter obligatorio respecto de las indemnizaciones del personal de alta dirección, toda vez que los señalados en su artículo 11 son a falta de pacto y en su defecto y, por ello meramente subsidiarias de lo convenido, como ha tenido ocasión de decir la Sala Cuarta de este Tribunal Supremo en su Sentencia de 3 de abril de 1990 (RJ 1990, 3099). Ello es así porque si bien el artículo 3.1 c) del Estatuto de los Trabajadores establece la prohibición de que puedan pactarse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales o reglamentarias, su artículo 2.1 a) atribuye carácter especial a esta clase de prestación de servicios y relega a un posterior Real Decreto su regulación».

La adecuada relación entre las normas fiscales y laborales antes citadas determina que como indica «no habiendo ningún límite máximo señalado con carácter obligatorio por el Real Decreto 1382/1985 para los contratos de alta dirección, las indemnizaciones que por el cese de este personal se perciban quedan sujetas al Impuesto por imperio de la norma general que contiene el artículo 14 de su entonces Ley reguladora»,

Así el Fundamento Jurídico Cuarto. A nuestro modo de ver –coincidiendo en ello con la resolución recurrida– la solución no puede variar después de la regulación contenida en la Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, si bien ahora se reconduce a un supuesto de exención y no de no sujeción como antes ocurría, pues en efecto el artículo 9. 1 d) considera que «estarán exentas las siguientes rentas:... d) Las indemnizaciones por despido o cese del trabajador, en la cuantía establecida con carácter obligatorio en el Estatuto de los Trabajadores, en su normativa reglamentaria de desarrollo o, en su caso, en la normativa reguladora de la ejecución de sentencias, sin que pueda considerarse como tal la establecida en virtud del Convenio, pacto o contrato».

En efecto, la cuantía de la indemnización recogida en el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto (regulador de la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección) para los supuestos de cese por desistimiento unilateral del empresario –cese por despido o rescisión– no ha modificado su naturaleza de subsidiaria y en defecto de pacto que puede o bien no establecerla o establecer una diferente, tanto de cuantía inferior como igual o superior por lo cual la allí prevista para los supuestos de no existir convenición entre las partes no puede tener el carácter de obligatoria.

No desvirtúa la conclusión anterior ni convierte en exenta tampoco la suma pretendida de 52. 904.065 ptas, en concepto de indemnización por no readmisión del actor, a razón de 45 días de antigüedad por año de servicio, como decimos, con el límite de 42 mensualidades, el hecho de que la relación laboral de carácter especial se estableciese en el supuesto de autos como mera sucesión suspensiva de la relación laboral común antes subyacente entre el actor y la entidad que le contrató como Director General en promoción que reconocía contractualmente en caso de extinción del contrato de alta dirección, la posibilidad de optar por reanudar la relación de origen al amparo de lo previsto en el artículo 9.3 del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto (regulador de la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección) pues lo cierto y verdad es que en absoluto consta que al extinguirse dicho último contrato el actor formulase la citada opción ni que la ejerciese efectivamente. No podemos olvidar que la indemnización recogida en el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores es una indemnización mínima obligatoria por despido improcedente en el caso de que el empresario opte por la no readmisión, con lo cual es presupuesto de la misma que se hubiera reanudado la relación de origen y producido el despido improcedente, de lo cual no consta nada en absoluto.

No puede juzgarse suficiente como prueba de ello los certificados emitidos unilateralmente por el empresario aportados al expediente administrativo, pues no son documentos en sentido propio de la palabra sino informaciones testificadas documentadas que interpretan unos determinados hechos y voluntades, por lo que no cabe admitirlos como demostración de un extremo fáctico que ha de apoyarse en elementos objetivos y no en conjeturas e interpretaciones de las conductas o comportamientos.

En este caso no existe constancia de que la relación laboral de origen se reanudase sino de lo contrario: la relación de alta dirección finalizó y en ese momento se abonó al actor una indemnización que ha de considerarse de acuerdo con los elementos disponibles pactada o convenida. Es más, en la propuesta de liquidación obrante en el expediente se hace referencia a que la misma se elabora como en virtud de documento suscrito el día 7 de octubre de 1994. Y su cuantía se calculó no ya teniendo en cuenta el salario percibido en el supuesto puesto de trabajo de origen sino en el puesto directivo, algo inaceptable.

Por tanto, aunque admitiéramos que en el caso del personal de alta dirección existen determinadas indemnizaciones que han de considerarse obligatorias y estimásemos que en el supuesto de reanudación de la relación de origen suspendida si se le pone fin en virtud de despido considerado improcedente el trabajador tiene derecho a la indemnización por no readmisión preceptiva de acuerdo con el Estatuto de los Trabajadores, tampoco procedería la estimación del recurso porque en este caso los elementos disponibles abonan la conclusión fáctica de que la indemnización discutida fue abonada en virtud de pacto o convenio entre la parte empresarial y el trabajador al ponerse fin a la relación laboral, hasta tal extremo de que incluso podría ponerse en duda que existiera despido en el sentido propio del término y no una mera extinción por mutuo disenso.

Por ello resultaría de aplicación la excepción prevista en el artículo 9. 1 d) de que no se puede considerar como exenta la indemnización establecida en virtud del Convenio, pacto o contrato.

No debemos olvidar que según el contrato de alta dirección suscrito entre las partes y obrante en el expediente en caso de rescisión sin causa se contemplaban una indemnización a favor del actor sensiblemente más alta que las reconocidas en el artículo 11 del citado Real Decreto 1382/85, y aparte de ellas, concretamente de 5 anualidades del salario bruto que cobrase en aquella fecha. Tampoco se ha aportado a los autos el documento suscrito entre las partes al que hace referencia la citada propuesta de liquidación. Ello abona todavía más la tesis del convenio o acuerdo entre las partes.

Por tanto, señala pronunciamiento que no puede hablarse de discriminación proscrita por el artículo 14 de la CE (RCL 1978, 2836). En efecto, la situación del actor no puede ser en modo alguno comparada con la de cualquier trabajador que después de mantener una relación laboral común ve que se pone fin a la misma de manera improcedente, existiendo un elemento diferencial importante constituido por el ulterior contrato de alta dirección resuelto en los términos examinados.

3.1.2 CESE VOLUNTARIO

En el supuesto de cese voluntario, situación que se produce, conforme al artículo 50 del Real Decreto Legislativo 1/1995 (RCL 1995, 997), cuando se hayan producido modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo que redunden en perjuicio de la formación profesional del trabajador o en menoscabo de su dignidad; cuando se produzca la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado; o por cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del empresario, salvo los supuestos de fuerza mayor, así como por la negativa de éste a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo en los supuestos previstos en los artículos 40 y 41 de la norma citada; la indemnización exenta es la misma que la fijada para el despido improcedente.

No se trata, por tanto, como ha señalado López Carbajo ¹⁸, «de una extinción de la relación laboral por simple voluntad del trabajador, hecho que nunca daría lugar a indemnización obligatoria, sino de cese del empleado, pero motivado por incumplimiento del empresario de las condiciones del contrato lo que constituye causa justa para que el trabajador cese en la empresa, según los artículos 41.3 y 50 del Estatuto de los Trabajadores».

3.1.3 EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO FUNDADA EN CAUSAS ECONÓMICAS, TÉCNICAS, ORGANIZATIVAS O DE PRODUCCIÓN

En el caso de extinción del contrato de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, que permiten al empresario extinguir relaciones laborales previo expediente de regulación de empleo autorizado por la autoridad laboral competente.

¹⁸ Artículo 9. Rentas exentas. ob. cit., p. 83.

La indemnización exenta, según el artículo 51 del Real Decreto Legislativo 1/1995, es la de veinte días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, con un máximo de doce mensualidades, coincidiendo la misma con la fijada en el artículo 40 de esta misma disposición para cuando tenga lugar la extinción del contrato, por decisión del trabajador, con ocasión de un traslado del mismo.

Si el trabajador aceptase el traslado, tendrá también derecho a percibir una compensación por los gastos que por ello se le originen, debiendo atenderse en este caso a lo dispuesto en el artículo 8. B.2) del Reglamento del IRPF (RCL 1999, 368, 610), donde se establece que están exceptuadas de gravamen las cantidades que se abonen al contribuyente con motivo del traslado del puesto de trabajo a municipio distinto, siempre que tal traslado exija el cambio de residencia y correspondan, exclusivamente, a gastos de locomoción y manutención del contribuyente y de sus familiares durante el traslado y a gastos de traslado de su mobiliario y enseres.

Cuando estemos ante un expediente de regulación de empleo previo al despido colectivo, en este supuesto se ha establecido en Sentencia de 25 de octubre de 2002 (JT 2002, 1645) (núm. 960/2002. Recurso contencioso-administrativo núm. 70/2002) del Tribunal Superior de Justicia de Navarra 48, que la cuantía indemnizatoria estipulada en el expediente de regulación de empleo está incorporada al Convenio colectivo, y en consecuencia se trata de una renta exenta de gravamen en el IRPF, y así lo determina la Sentencia citada en su Fundamento Jurídico Cuarto: «La norma fiscal citada no distingue entre Convenio Colectivo extraestatutario y convenio colectivo estatutario, y tal distinción tampoco se compadece con la finalidad de esa norma, esto es, con la «ratio iuris» de la exención, pues ambos convenios son instrumentos para el ejercicio del derecho a la negociación colectiva del artículo 37 de la Constitución (RCL 1978, 2836) (...), sin que la menor fuerza vinculante del llamado extra-estatutario le prive de eficacia normativa pues tiene «fuerza de Ley» entre los trabajadores y empresarios representados por los firmantes¹⁹.

Es la menor legitimación de sus negociadores la que priva a ese convenio de efectos «erga omnes»; en lo demás su valor «normativo» es el mismo que el del Convenio estatutario (artículos 82 y 87 ET).

Se trata en ambos casos de ordenaciones convencionales de carácter general sometidas a los mismos requisitos de registro, depósito y publicación.

¹⁹ Puede consultarse en Jurisprudencia Tributaria Aranzadi, febrero 2003, n.º 20, pp. 1463 y ss. Y en el mismo sentido que el establecido véase Sentencia de 3 de septiembre de 2002 (JT 2002, 1545), núm. 780/2002. Recurso contencioso-administrativo núm. 702/2002 del Tribunal Superior de Justicia de Navarra. Jurisprudencia Tributaria Aranzadi, n.º 19, febrero 2003, pp. 1372 y 1373.

No hay, así, ninguna razón para no aplicar a los trabajadores acogidos al Convenio extra-estatutario la exención tributaria reclamada por los recurrentes, más teniendo en cuenta que el convenio (teoría del englobamiento) es el resultado de las prestaciones y contraprestaciones de las partes.

Se rompería esa unidad o relación de equivalencia si determinado beneficio no se aplicase a los trabajadores en razón únicamente a la menor eficacia de su convenio Colectivo.

Tal diferencia de trato no tiene como decimos ni sentido literal ni teleológico en la norma fiscal aplicable al caso.

Hablamos de estipulaciones de eficacia general, limitada o no limitada, y no de pactos individuales firmados con el propósito de beneficiar a un determinado trabajador, lo cual sería contrario no sólo a la finalidad sino también al texto de la norma fiscal, que restringe la exención a fuentes de otra clase, entre ellas y sin distinción el convenio colectivo».

Y, también en los supuestos de previo expediente de regulación de empleo, el TSJ Madrid, secc. 5.^a, S. 18-10-2000 (JUR 2001, 44150), núm. 1322/2000, rec. 933/1998 49 ha señalado en su Fundamento Jurídico Tercero.—La cuestión objeto del presente litigio se centra en determinar el límite de la exención que contempla el art. 9, 1, d) de la Ley 18/1991, de 6 de junio (RCL 1991, 1452, 2388), del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, en los supuestos de despidos por causas tecnológicas o económicas acordados conforme al art. 51 del Estatuto de los Trabajadores, pues el recurrente percibió una indemnización en el ejercicio de 1992 por despido, producido ese mismo año, por causas tecnológicas o económicas sobre cuyo exceso de la parte correspondiente a 20 días de salario por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades, se le practicó retención por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, presentando declaración-liquidación en la que considera exenta el importe correspondiente sin límite de mensualidades, habiéndose pronunciado esta Sala sobre dicha cuestión anteriormente en sentido adverso al solicitado por el recurrente, entre otras, en las sentencias, debiendo poner de manifiesto que siguiendo los criterios interpretativos establecidos en el art. 3,1 del Código Civil (LEG 1889, 27), es necesario tener en cuenta que el régimen que establece aquel precepto se remite a la exención de la cuantía de las indemnizaciones establecidas con carácter obligatorio en el Estatuto de los Trabajadores, sin que puedan equipararse las que establece en art. 51 para el despido por causas tecnológicas o económicas mediante expediente de regulación de empleo, a las contempladas en el art. 56 para el despido improcedente, pues la motivación sostenida por el recurrente del diferente trato que da el Legislador en uno y otro caso no puede en ningún caso llevar a considerarlos como supuestos equi-

parables, pues evidentemente se trata de situaciones diferenciadas, dentro de las posibles causas de cese de la relación laboral, aunque en ambas no exista voluntariedad por parte del trabajador, pero la ausencia de ésta no es la que determina el tratamiento dado por el Legislador, sino la causa del cese o despido.

Debiendo tener especialmente en cuenta que el contenido de la propia Disposición Adicional Undécima de la Ley 18/1991 revela que el Legislador ha querido dar un trato diferenciado a las indemnizaciones que tengan su causa en un despido por causas tecnológicas o económicas, de aquellos otros despidos declarados improcedentes, a partir de la fecha de 1 de enero de 1992, en la que entró en vigor la mencionada Ley, reconociendo ambas partes que en el presente caso no se dan los supuestos de aplicación de dicha Disposición Adicional. Tampoco considera esta Sala que vulnere el principio de capacidad económica establecido en el art. 31.1 de la Constitución Española (RCL 1978, 2836), teniendo en cuenta que aunque no medie la voluntariedad por parte del trabajador en el cese de la relación laboral, ello no implica que deba considerarse que atenta a su capacidad económica, pues el Legislador establece los límites que considera aplicables a la exención y así en la Ley del Impuesto tienen un tratamiento diferenciado los diferentes rendimientos que pueden obtenerse, tanto atendiendo al origen como a las circunstancias concurrentes como el tiempo de generación, sin que ello suponga una violación del principio mencionado que atiende a las concretas circunstancias subjetivas del rendimiento percibido y así establece unos límites a la exención en unos casos y en otros diferente. Por todo lo cual procede la desestimación del recurso contencioso-administrativo declarando conforme a Derecho la resolución recurrida.

Y en el mismo sentido la Sentencia TS 3.^a secc. 2.^a, S. 15-2-2002 (RJ 2002, 1683), rec. 8429/1996 50, el TS desestima la casación planteada contra Sentencia de la AN sobre liquidación del IRPF. Concluye al respecto que las indemnizaciones que constituyan compensación de la pérdida o deterioro de bienes o derechos que no sean susceptibles de integrar el hecho imponible en el Impuesto sobre el Patrimonio, y por tanto no sujetas al IRPF, sólo son, respecto de las indemnizaciones por cese laboral, aquellas que no excedan el límite máximo que, con carácter obligatorio, señale la legislación vigente, de donde no habiendo ningún límite máximo señalado con carácter obligatorio para los contratos de alta dirección, las indemnizaciones que por el cese de este personal se perciban, quedan sujetas al impuesto.

3.1.4 EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR CAUSAS OBJETIVAS

En el supuesto de extinción del contrato de trabajo por causas objetivas regulado en el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997), donde se establecen varias causas. La exención de la indemnización percibida se extiende a veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, y con un máximo de doce mensualidades, tal y como señala el artículo 53 del Real Decreto Legislativo 1/1995.

3.2 Indemnización prevista para los trabajadores desplazados

Otro de los supuestos de exención previstos en la norma es el establecido en el artículo 7.p de la Ley del IRPF; para analizarlo vamos a referirnos a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 2.ª, Sentencia 790/2022 de 20 jun. 2022, Rec. 3468/2020, RJ\2022\4576

En el presente recurso se trata de precisar el alcance de la expresión «rendimientos del trabajo percibidos por trabajos efectivamente realizados en el extranjero» contenida en el artículo 7.p) LIRPF a efectos de determinar si se puede aplicar a todos los rendimientos del trabajo o únicamente a algunos, en particular, a los rendimientos del trabajo derivados de una relación laboral o estatutaria, partiendo de la condición de trabajador por cuenta ajena, y determinar, en consecuencia, si puede aplicarse la exención a los rendimientos percibidos por los administradores y miembros de los Consejos de Administración.

Esta disposición legal, art. 7.p LIRPF, establece que aquellos trabajadores residentes fiscales en España tendrán derecho a aplicar una exención sobre los rendimientos del trabajo obtenidos en el extranjero.

La aplicación de esta exención puede permitirte reducir significativamente la carga fiscal en la declaración de la renta. La aplicación de esta exención es una herramienta valiosa para aquellos trabajadores que realizan sus actividades laborales en el extranjero y desean aprovechar los beneficios fiscales de esta normativa.

Para poder beneficiarse de la exención de los rendimientos del trabajo realizados en el extranjero, debes cumplir con dos requisitos específicos²⁰:

²⁰ Condiciones para la exención en IRPF de los salarios de los destinados fuera de España por comisión de servicios en organismos internacionales, Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 2.ª, Sentencia 428/2019 de 28 Mar. 2019, Rec. 3774/2017 (RJ\2019\1227).

1. En primer lugar, debes prestar servicios para una empresa o entidad no residente en España, o bien para un establecimiento permanente situado en el extranjero. Importante tener en cuenta, que tiene que ser un desplazamiento físico efectivo.

2. En segundo lugar, en el país donde llevas a cabo tu labor, debe existir un impuesto de naturaleza idéntica o similar al IRPF español, entendiéndose cumplido este requisito cuando entre España y el país extranjero exista un convenio para evitar la doble imposición (CDI).

Es importante destacar que la exención de los rendimientos del trabajo en el extranjero tiene un límite máximo de 60.100 euros anuales. Además, existe la posibilidad de establecer un procedimiento para calcular el importe diario exento.

En el fundamento jurídico TERCERO de la Sentencia que analizamos se establece El criterio interpretativo de la Sala con respecto a la cuestión con interés casacional.

Como se ha indicado en los antecedentes, la Administración consideró que no resultaba aplicable la exención prevista en el artículo 7.p) LIRPF, y desarrollada en el 6 RIRPF, aprobado por el Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, por la única razón de que los Sres. Sabino y Santiago, perceptores de los importes controvertidos en el marco del presente recurso, eran miembros del Consejo de Administración. No se discuten más extremos del régimen regulador de los rendimientos del trabajo percibidos por trabajos efectivamente realizados en el extranjero (entre otros, que en el territorio en que se realicen los trabajos, se aplique un impuesto de naturaleza idéntica o análoga a la de este Impuesto; que la exención no supere el límite de 60.100 euros anuales, etc.), por lo que restringimos nuestro análisis a ese aspecto, refiriéndonos a otros, únicamente, en la medida que sea necesario para su mejor comprensión.

Por ello, comenzamos reproduciendo parcialmente los artículos 7.p) LIRPF y 6 RIRPF.

El primero de ellos establece que estarán exentos:

«Los rendimientos del trabajo percibidos por trabajos efectivamente realizados en el extranjero, con los siguientes requisitos:

1.º Que dichos trabajos se realicen para una empresa o entidad no residente en España o un establecimiento permanente radicado en el extranjero en las condiciones que reglamentariamente se establezcan. En particular, cuando la entidad destinataria de los trabajos esté vinculada con la entidad empleadora del trabajador o con aquella en la que preste sus servicios, deberán cumplirse los re-

quisitos previstos en el apartado 5 del artículo 16 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo (...).

Por su parte, el segundo dispone:

«Estarán exentos del Impuesto, de acuerdo con lo previsto en el artículo 7. p) de la Ley del Impuesto, los rendimientos del trabajo percibidos por trabajos efectivamente realizados en el extranjero, cuando concurren los siguientes requisitos:

1.º Que dichos trabajos se realicen para una empresa o entidad no residente en España o un establecimiento permanente radicado en el extranjero. En particular, cuando la entidad destinataria de los trabajos esté vinculada con la entidad empleadora del trabajador o con aquella en la que preste sus servicios, se entenderán que los trabajos se han realizado para la entidad no residente cuando de acuerdo con lo previsto en el apartado 5 del artículo 16 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades pueda considerarse que se ha prestado un servicio intragrupo a la entidad no residente porque el citado servicio produzca o pueda producir una ventaja o utilidad a la entidad destinataria (...).

Ambos artículos utilizan expresiones similares; y, el reglamentario, en lo que ahora nos importa, no va más allá de lo que ya dice el precepto legal. Hablan de «rendimientos del trabajo», pero no definen cuales entienden por tales, también hablan de «trabajos efectivamente realizados en el extranjero», pero tampoco concretan que tipo de trabajo, limitándose a precisar, eso sí, que su realización debe ser efectiva.

Hemos dicho en ocasiones precedentes (sentencias de 28 de marzo de 2019, rec. cas. 3774/2017, y de 25 de febrero de 2021, rec. cas. 1990/2019, que el artículo 7, letra p), LIRPF, «no contempla cuál debe ser la naturaleza de los trabajos ni exige una determinada duración o permanencia, en los desplazamientos. En particular, no prohíbe que se trate de labores de supervisión o coordinación. Y no reclama que los viajes al extranjero sean prolongados o tengan lugar de forma continuada, sin interrupciones, por lo que, en principio, no se pueden descartar los traslados esporádicos o incluso puntuales fuera del territorio nacional, lo que no resulta incompatible con la finalidad de la exención (la internacionalización del capital humano con residencia». Pero sobre la cuestión aquí debatida no nos hemos pronunciado aún.

A la vista de ello, puesto que interesa saber el concepto de rendimientos de trabajo, debemos acudir a lo dispuesto en el artículo 17 LIRPF. No se produce una remisión expresa a él por parte del artículo 7.p) LIRPF, pero tampoco ofrece un concepto propio, a los efectos de la exención, de rendimientos de trabajo, ni siquiera, como hemos dicho, de trabajos efectivamente realizados

en el extranjero. La remisión, pues, es implícita, puesto que es en dicho artículo, que no en otro diferente, donde se definen los rendimientos de trabajo. Las alegaciones de las partes comparten que la remisión debe entenderse realizada a dicho precepto.

El artículo 17 LIRPF se divide en tres apartados, siendo los dos primeros los que han polarizado el debate en las instancias, judicial y administrativa, previas. No se ha traído a colación su apartado tres, y nosotros tampoco lo traeremos puesto que nada aporta para solucionar la discrepancia suscitada. En cambio, a tal fin, sí son relevantes los otros dos apartados.

En el apartado 1 se dispone que se consideran rendimientos íntegros de trabajo «todas las contraprestaciones o utilidades, cualquiera que sea su denominación o naturaleza, dinerarias o en especie, que deriven, directa o indirectamente, del trabajo personal o de la relación laboral o estatutaria y no tengan el carácter de rendimientos de actividades económicas». Tras esta definición genérica se incluye en dicho apartado un listado abierto de contraprestaciones o utilidades que se consideran por el legislador incluidos en dicho concepto genérico (sueldos y salarios, prestaciones por desempleo, remuneraciones en concepto de gastos de representación, etc.).

En el apartado 2 se incluyen otra serie de prestaciones que se califican como rendimientos de trabajo, que no se corresponden con el concepto genérico de rendimientos de trabajo contenido en el párrafo primero del dicho apartado 1, pero que, por razones técnicas, tienen la consideración, pese a ello y en todo caso, de rendimientos de trabajo, tales como las pensiones compensatorias recibidas del cónyuge y las anualidades por alimentos, las becas y las aportaciones realizadas al patrimonio protegido de las personas con discapacidad. La lista de supuestos incluida en el apartado 2 tiene carácter cerrado, a diferencia, como se ha dicho ya, de la incluida en el apartado 12. Prueba de la heterogeneidad del contenido de este apartado 2 es que en esa lista se comprenden, además de los supuestos ya indicados, varios más. Nos interesa citar dos de ellos:

e) Las retribuciones de los administradores y miembros de los Consejos de Administración, de las Juntas que hagan sus veces y demás miembros de otros órganos representativos. (...)

j) Las retribuciones derivadas de relaciones laborales de carácter especial.

En relación con este último se advierte que se trata de una relación laboral, aunque especial, que no está incluida en el apartado 1, señal inequívoca de que no todas las relaciones laborales, propiamente dichas, están incluidas en

dicho apartado, y de que no existen razones para excluir la aplicación de la exención a los supuestos incluidos en el apartado 2 por el único motivo de tal inclusión en el mismo.

En relación con la hipótesis prevista en la citada letra e) procede tener presente que, pese a lo dispuesto en ella, la Administración, siguiendo el criterio de diversas consultas de la Dirección General de Tributos, sostiene que la exención no resulta aplicable a todos los rendimientos del trabajo y, en particular, a los que ahora nos ocupan, esto es, las retribuciones de los administradores y miembros de los Consejos de Administración.

Es una interpretación restrictiva que no tiene apoyo en una interpretación literal, lógica, sistemática y finalista del artículo 7, p) LIRPF. Carece de sentido admitir que en el ámbito de la exención no se incluyan las retribuciones de los administradores, aunque existe una previsión expresa en dicha letra e) del artículo 17.2 LIRPF, sin discutir la categoría del trabajado realizado, máxime cuando, como ha quedado acreditado en la instancia, las retribuciones percibidas por los dos administradores derivan del ejercicio de funciones ejecutivas y de gestión; y esa valoración no puede revisarse en casación.

No puede, por principio, rechazarse que los rendimientos percibidos por los administradores y miembros del consejo de administración pueden acogerse a la exención controvertida. Eso es lo que ha sucedido en esta ocasión, puesto que se llega a esa conclusión sin entablarse, propiamente hablando, un debate sobre qué clase de trabajos son los realizados en el extranjero.

El artículo 4 del Código Civil, establece que «procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón». En el artículo 14 LGT se consagra que la prohibición de la analogía se extiende a las exenciones y demás beneficios o incentivos fiscales.

Sucede, sin embargo, que ni la sentencia recurrida ni AZVI se apoyan en la analogía para concluir que las prestaciones controvertidas, percibidas por los dos miembros del consejo de administración de dicha mercantil, están exentas.

Ello es así, puesto que, como declara la STS de 8 de junio de 2022, ref. cas. 6662/2019 «una cosa es la analogía y otra la interpretación de las normas jurídicas, pues mientras la primera –proscrita– constituye una actividad de integración del ordenamiento por la que se extiende una norma a presupuestos de hecho no contemplados implícita o explícitamente por ella, la segunda, por el contrario, tiene por objeto conocer el sentido, alcance y finalidad de la norma en el marco de la realidad social en el que la misma se aplica. Partiendo de esta elemental distinción necesariamente habrá que convenir en que la llamada interpretación analógica no es tal, puesto que no se trata de una actividad dirigida

a desentrañar el sentido de la norma, esto es, interpretativa, sino a integrar o completar las llamadas lagunas del derecho. Esta actividad exige, como es evidente, la previa interpretación de la norma que se pretende aplicar al supuesto de hecho no regulado, pero no por ello deben confundirse ambos fenómenos. Lo prohibido por el artículo 14 de la Ley General Tributaria es el recurso a la analogía para extender más allá de sus términos el ámbito de las exenciones y bonificaciones tributarias, pero dicho precepto no establece, sin embargo, ningún criterio específico de interpretación de las normas constitutivas de exenciones o bonificaciones, las cuales deberán ser interpretadas con arreglo a los mismos criterios o métodos que el resto de las normas tributarias».

No estamos, por tanto, en el ámbito de la analogía, nos movemos en el campo de la interpretación.

No existen criterios específicos para las exenciones, acabamos de decir. A las exenciones se aplican también los criterios recogidos en el artículo 12 LGT, que establece en su apartado 1 que las normas tributarias se interpretarán con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 3 del Código Civil. Éste, por su parte, dispone que «las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas».

Pues bien, no puede desconocerse que la exención controvertida se inscribe en el marco de una política económico fiscal encaminada a favorecer la internacionalización de las empresas en territorio español, mejorando su competitividad mediante la reducción de la carga tributaria de los trabajadores.

De otro lado, el apartado 2 de dicho artículo 12 dispone que «en tanto no se definan por la normativa tributaria, los términos empleados en sus normas se entenderán conforme a su sentido jurídico, técnico o usual, según proceda». Es claro que, en esta ocasión, los términos «rendimientos de trabajo» se definen, por remisión implícita, a lo dispuesto en el artículo 17 LIRPF.

Hemos dicho que no se contiene en el artículo 7.p) LIRPF una remisión expresa al artículo 17, pero también hemos afirmado que implícitamente sí se realiza una remisión a dicho artículo, a todo el artículo en su conjunto; no solo al apartado 1, sino también al apartado 2. Obviamente, algunos de los supuestos reflejados en este último, son rendimientos de trabajo incluidos por el legislador en el mismo, por razones técnicas; pero la calificación como rendimientos de trabajo de otra serie de supuestos, no parece contraria, conceptualmente hablando, a tal naturaleza, y, en todo caso, es una calificación legal expresa. La Administración, en cambio, reduce el ámbito de la exención, sin apoyo legal, llevando

a cabo una interpretación restrictiva, en la medida en que excluye, ya de partida, la aplicación al caso de la letra e) del apartado 2 del artículo 17.

El caso que nos ocupa es diferente al abordado en nuestra sentencia de 21 de marzo de 2021, rec. cas. 5596/2019, en la que se declara que si bien dicho precepto «no prohíbe que los trabajos efectivamente realizados fuera de España consistan en labores de supervisión o coordinación, sin embargo esas tareas de supervisión y coordinación con los representantes de otros Estados miembros que valoraba la sentencia, no resultan comparables con las propias de la dirección y control que se ejercen por un consejero que representa a la matriz en la entidad no residente, pues no se trata de una prestación personal del miembro del Consejo de Administración, sino del ejercicio de los poderes de dirección y supervisión propios de la entidad matriz».

En respuesta a la cuestión con interés casacional se establece en la Sentencia del TS, que en las circunstancias concurrentes en la presente ocasión, la exención prevista en el artículo 7.p) LIRPF sí puede aplicarse a los rendimientos percibidos por los administradores y miembros de los Consejos de Administración.

Por tanto, la exención prevista en el artículo 7.p) LIRPF sí puede aplicarse a los rendimientos percibidos por los administradores y miembros de los Consejos de Administración²¹.

4. SALARIOS DE TRAMITACIÓN

Los salarios de tramitación se consideran rendimientos del trabajo a los efectos del IRPF y se imputarán al período impositivo en el que adquirió firmeza la resolución judicial estableciendo su percepción. Por su parte, la indemnización por despido improcedente quedará exenta de IRPF en los términos del artículo 7.e) de la LIRPF, tributando los excesos sobre la cuantía exenta, en su caso, como rendimientos del trabajo e imputándose temporalmente conforme al artículo 14.2.a) de la LIRPF. Finalmente, los intereses de demora que se abonen al trabajador tendrán la consideración de ganancias patrimoniales y se imputarán al período impositivo en el que se reconozcan por resolución judicial.

Con independencia de que el Tribunal Supremo haya declarado que la naturaleza de los mismos a efectos laborales es una indemnización; en el ám-

²¹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 2.ª, Sentencia 790/2022 de 20 jun. 2022, Rec. 3468/2020 (RJ\2022\4576).

bito tributario no son considerados exentos como sí sucede con otro tipo de indemnizaciones.

En la sentencia que nos ocupa, aparte de la naturaleza de este concepto salarial; que a efectos tributarios no tiene transcendencia, porque no se consideran exentos, por tanto, son objeto de gravamen; es sí pueden ser calificados como rentas irregulares, que serían objeto de un gravamen más beneficioso porque se minora el objeto de gravamen; y, en segundo lugar, en qué momento son imputables las rentas, es decir, a qué ejercicio fiscal deben imputarse y por tanto, ser objeto de gravamen.

Las conclusiones que ratificamos también se han alcanzado en vía económica administrativa, en concreto se han ratificado por el Tribunal Económico Administrativo Central, sobre lo que podemos hacer cita de la resolución de 2 de noviembre de 2017, reclamación NUM001, al establecer los criterios para la imputación temporal en IRPF de salarios de tramitación impagados y recibidos posteriormente del FOGASA, como ha ocurrido en nuestro supuesto, que ratifica como doctrina, en recurso extraordinario de alzada para unificación de criterio, que (i) si los pagos del FOGASA corresponden a períodos anteriores a aquél en que se perciben, sobre los que no exista un litigio, el criterio de imputación será el año en que se perciben las retribuciones, imputándose a los distintos ejercicios en los que fueron exigibles, a través de la presentación de los correspondientes autoliquidaciones complementarias, pero (ii) cuando los pagos del FOGASA corresponden a períodos anteriores a aquél en que se perciben, existiendo un litigio sobre el derecho a percibir las retribuciones, las cantidades pagadas por el FOGASA se declaran como rendimiento del trabajo del ejercicio en que la resolución judicial adquiera firmeza.

La misma conclusión se ratifica, entre las más recientes, en la STSJ de Castilla y León, sede de Valladolid, n.º 332/2019, de 6 de marzo de 2019, recurso 433/2018 (ECLI: ES: TSJCL:2019:1073).

Por ello, el primer ámbito del debate se rechaza en los términos que hemos recogido en el Fundamento Jurídico Tercero.

En cuanto a la posibilidad de ser calificadas como rentas irregulares y tributar como tales, debemos retomar el art. 19 de la Norma Foral 3/2007 de IRPF, según el cual:

1. El rendimiento íntegro del trabajo estará constituido, con carácter general, por la totalidad de los rendimientos definidos en los artículos anteriores de este Capítulo.

2. No obstante, en los supuestos que se relacionan en este apartado, el rendimiento íntegro del trabajo se obtendrá por la aplicación de los siguientes

porcentajes al importe total de los rendimientos definidos en los artículos anteriores de este Capítulo:

a) Cuando los rendimientos de trabajo tengan un período de generación superior a dos años y no se obtengan de forma periódica o recurrente, el 60 por 100; este porcentaje será del 50 por 100 en el supuesto de que el período de generación sea superior a cinco años o se califiquen reglamentariamente como obtenidos de forma notoriamente irregular en el tiempo.

Aquí no cabe sino ratificar, con el acuerdo recurrido, que no estamos ante unos rendimientos con período de generación superior a dos años, dado que están limitados al período en el que legalmente se fijan los salarios de tramitación, en este caso entre la fecha del despido, el 2 de noviembre de 2010, hasta la fecha de la resolución judicial el 4 de febrero de 2011, sin que entren en consideración períodos concretos de generación, por lo que no es aplicable al supuesto el que se defiende con la demanda, cuando trae a colación el art. 14 del Reglamento de IRPF aprobado por Decreto Foral 76/2007 que señala:

A efectos de la aplicación del porcentaje de integración del 50 por 100 previsto en la letra a) del apartado. 2 del artículo 19 de la Norma Foral del Impuesto, se consideran rendimientos del trabajo obtenidos de forma notoriamente irregular en el tiempo los siguientes, cuando se imputen en un único período impositivo:

a) Las cantidades satisfechas por la empresa a los empleados con motivo del traslado a otro centro de trabajo que excedan de los importes previstos en el artículo 13 de este Reglamento.

b) Las indemnizaciones derivadas de los regímenes públicos de la Seguridad Social o Clases Pasivas, así como las prestaciones satisfechas por Colegios de Huérfanos e instituciones similares, en los supuestos de lesiones no invalidantes.

c) Las prestaciones satisfechas por lesiones no invalidantes o incapacidad permanente, en cualquiera de sus grados, por empresas y por entes públicos.

d) Las prestaciones por fallecimiento y por gastos de entierro o sepelio que excedan del límite exento de acuerdo con el artículo 9.23º de la Norma Foral del Impuesto, de trabajadores o funcionarios, tanto las de carácter público como las satisfechas por Colegios de Huérfanos e instituciones similares, empresas y por entes públicos.

e) Las cantidades satisfechas en compensación o reparación de complementos salariales, pensiones o anualidades de duración indefinida o por la modificación de las condiciones de trabajo.

f) Las cantidades satisfechas por la empresa a los trabajadores por la resolución de mutuo acuerdo de la relación laboral.

g) Los premios literarios, artísticos o científicos que no gocen de exención en este Impuesto. No se consideran premios, a estos efectos, las contraprestaciones económicas derivadas de la cesión de derechos de propiedad intelectual o industrial o que sustituyan a éstas.

Ello porque se presenta como claro que no estamos ante un supuesto de cantidades satisfechas en compensación o reparación de complementos salariales, pensiones o anualidades de duración indefinida o por la modificación de las condiciones de trabajo, dado que ha de estarse a la naturaleza específica de los salarios de tramitación, en relación con la indemnización durante el proceso ante la jurisdicción laboral, cuando ante acciones contra despidos nos encontramos, sobre lo que sólo cabe remitirnos al Estatuto de los Trabajadores y a la Ley de la Jurisdicción Social de 2011, con lo que se rechaza que estemos ante un supuesto de período de generación superior a dos años; también se rechaza que estemos ante un supuesto de rendimientos obtenidos de manera notoriamente regular en el tiempo, de conformidad con la normativa de IRPF.

5. BIBLIOGRAFÍA

- BERNARD FUSTER, María, «Indemnizaciones por despido y su sombra fiscal», *Revista Quincena Fiscal*, n.º 4, 2024.
- CALVO ORTEGA, Rafael, *El Nuevo Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, Lex Nova, Valladolid, 2000.
- CHECA GONZÁLEZ, Clemente, *Las Exenciones Tributarias en el Ordenamiento Estatal*, Lex Nova, Valladolid, 2001.
- GORDO GONZÁLEZ, Luis, y MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Cristina, «Reflexiones ante la propuesta de tributación de las indemnizaciones por extinción del contrato de trabajo», *Revista de Información Laboral* n.º 11/2014, Editorial Lex Nova.
- LÓPEZ CARBAJO, José Manuel, «Artículo 9. Rentas exentas» en la obra colectiva *Comentarios a las Leyes Tributarias*, Edersa, Madrid, 1998.
- MENÉNDEZ MORENO, Alejandro, «Determinación de la capacidad económica sometida a gravamen. Determinación de la renta gravable. Rendimientos del trabajo. Rendimientos del capital mobiliario e inmobiliario», en la obra colectiva, *El nuevo Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, Lex Nova, Valladolid, 1999.

- MUÑOZ DEL CASTILLO, José Luis: «Los rendimientos dinerarios del trabajo», en la obra colectiva *Estudios sobre el impuesto sobre la renta de las personas físicas*, Perfecto YEBRA MARTUL-ORTEGA (coord.), César GARCÍA NOVOA (coord.), Miguel Ángel CAAMAÑO ANIDO (coord.), Antonio LÓPEZ DÍAZ (coord.), Lex Nova, 2000.
- PÉREZ ROYO, Ignacio, En *Manual del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, 3.^a edición, Marcial Pons, Madrid, 2000.
- RÍO NOVO, Antonia, «Indemnizaciones por despido», en la obra colectiva *Rentas del trabajo: Propuestas de dinamización de su régimen fiscal*, Fundación Impuestos y Competitividad, Madrid, 2020.
- RUBIO GUERRERO, Juan José, «Comentario al art. 17 de la Ley 35/2006, del IRPF: los rendimientos íntegros de carácter personal», en la obra colectiva, *Estudios y Comentarios Legislativos El Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas* (BIB 2009/777), Aranzadi, 2009.
- VV. AA., «Rendimientos del Trabajo. Rentas especie (arts. 16 a 18 y 43-44), *Comentarios al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y al Impuesto sobre la Renta de No residentes*, Cuatrecasas, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2000.

Colección Derecho del Trabajo y Seguridad Social

Director:

Antonio V. Sempere Navarro

Últimos títulos publicados:

32. La solución del conflicto colectivo jurídico en el marco de la autonomía colectiva
Martín Borrego Gutiérrez
33. Una mirada laboralista a la fotografía. Fondos del Instituto del Patrimonio Cultural de España
Antonio V. Sempere Navarro
(Director)
José Manuel García Blanca
Inmaculada Baviera Puig
(Coordinadores)
34. La resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador. El artículo 50 del Estatuto de los trabajadores
Antonio V. Sempere Navarro
(Director)
35. Problemas y retos pendientes en el ejercicio de los derechos de conciliación
Carolina Blasco Jover
36. Metaverso y relaciones laborales
Icía Alzaga Ruiz y Francisco Javier Hierro Hierro
(Directores)
37. El contrato de trabajo
María Antonia Castro Argüelles
38. EU Labour and Employment Law. Interpretation by the Court of Justice (ECJ)
María Emilia Casas (et al)
(Directores)
39. Una mirada laboralista a la escultura
Carmen Sánchez Trigueros, Fermín Gallego Moya y Antonio V. Sempere Navarro (et al)
(Directores)
40. La modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas en el orden social
Inmaculada Hernández Morales
41. La forma del despido objetivo
Rubén Parres Miralles

Justicia social y condicionantes económicos, orden y espontaneidad, leyes de la naturaleza y reglas del mercado confluyen en la retribución del trabajo, dando lugar a una compleja variedad temática, que –sumando rigor académico y experiencia profesional– este libro ordena y sistematiza, empezando por las enseñanzas de la historia y la significación del salario, que excede de la mera función cambiaria.

¿Qué es salario? ¿Qué no lo es? ¿Cuál su estructura? ¿Su cuantía? A todo ello responde la presente obra: salario base y complementos, con especial atención a los vinculados a los resultados y técnicas retributivas más modernas; tendencias en la negociación colectiva; gratificaciones extraordinarias; compensación y absorción; descuelgue y modificación salarial; retribución de horas extraordinarias, nocturnidad y tiempos de descanso; patologías; compensación económica en los pactos de no competencia poscontractual y de plena dedicación; equidad salarial (en especial, entre mujeres y hombres); protección del salario (garantías de lugar, tiempo y modo de pago, inembargabilidad, preferencias crediticias, responsabilidad en supuestos de pluralidad empresarial, FOGASA), así como su especial tutela administrativa y judicial; colectivos con especialidades retributivas (hogar, directivos, deportistas, reclusos en centros penitenciarios, artistas, en el campo y el mar, cooperativistas de trabajo asociado, desplazados en una prestación transnacional de servicios, empleados públicos). Junto a todo ello, las implicaciones tributarias y de seguridad social.