

RECENSIÓN DE LA OBRA *EL TRABAJO EN EL MERCADO NO PRODUCTIVO Y EN OTROS ÁMBITOS DE INTERÉS SOCIAL*, DIRIGIDA POR LOS PROFESORES IGNACIO GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ Y PAZ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, KRK EDICIONES, OVIEDO, 2024

ENOL ÁLVAREZ FERNÁNDEZ

*Graduado en Derecho
Universidad de Oviedo*

Haciendo propias las palabras del Profesor Joaquín García Murcia, esta obra constituye un «perfecto muestrario» de una parte del trabajo que, en buena medida, ha escapado de la mirada de la doctrina laboralista, centrada, casi en exclusiva, en las distintas formas de prestación de servicios en el sector lucrativo o de mercado. De su lectura queda patente que la tradicional concepción de las relaciones laborales, entendida como la prestación de servicios remunerada en el seno de una organización empresarial que hace suyos los frutos del trabajo para lucrarse de su venta en el mercado, ya no sirve para recoger todas las manifestaciones del trabajo asalariado.

Cada vez son más las fórmulas de trabajo en las que no están presentes, en sentido estricto, todas las notas características de las relaciones laborales. Quizás el caso más problemático sea el de la nota de ajenidad, cuya identificación puede traer dificultades, tanto en la prestación de servicios para las empresas familiares, como en aquellas entidades u organizaciones que no pretenden propiamente obtener un beneficio económico, sino que tratan de poner los frutos del trabajo, directa o indirectamente, al servicio de terceros, para lograr así, la satisfacción de un interés general (este es el caso del sector público) o la consecución de una finalidad social (como ocurre en el llamado «tercer sector» no lucrativo).

La obra se divide en cinco capítulos. Los dos primeros están destinados al análisis de la prestación de servicios en el particular entorno del sector público. Haciéndolo, además, desde dos ópticas diversas, como son la doctrina administrativista y la laboralista, pero que, gracias a esta obra, logran confluir en una relación simbiótica.

Representando a la doctrina administrativista, se encuentra la contribución de las profesoras Eva María Menéndez Sebastián y Alejandra Boto Álvarez que, tras

exponer la problemática que plantean los términos «empleo público», «función pública» y «sector público», explican con precisión las distintas formas de gestión de los servicios públicos y, finalmente, formulan un ilustrativo análisis de la reciente Sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2022 (Roj. 270/2022).

Respecto a esta última, lamentan que haya permitido, mediante la aplicación extensiva del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, el acceso al empleo público fijo del personal de empresas contratistas, al margen de los principios de igualdad, mérito y capacidad¹, en los supuestos de recuperación del servicio público gestionado de forma indirecta por una empresa privada, cuando se produce una transmisión de elementos patrimoniales y/o personales suficiente para entender que existe una sucesión de empresas. Señalan, asimismo, que dicha situación no ha sido, por desgracia, la única vía impropia de acceso al empleo público, a la que se deben añadir el reconocimiento de «indefinidos no fijos» tras la sucesión de contratas «fraudulentas» y los procesos de consolidación del empleo, convocados al hilo de la Ley 20/2021, en los que se dificulta enormemente la libre concurrencia a los candidatos externos.

Resulta destacable la idea de que esta jurisprudencia ha contribuido a añadir, si cabe, un factor más de rigidez en el empleo público, ya de por sí caracterizado por una regulación inmóvil que no se adapta a las necesidades actuales de la Administración. Exponen estas profesoras, a mi parecer con gran acierto, la necesidad de combatir esta rigidez, impulsando la ciudadanía administrativa en todas sus facetas (participación, transparencia y rendición de cuentas) y la planificación estratégica, para adaptar así la estructura, puestos, tareas y procesos selectivos a los perfiles profesionales requeridos en la actualidad.

En el segundo capítulo, nos adentramos en la contribución de la profesora Alba García Torres, que ofrece una descripción pormenorizada de las formas de empleo en el sector público, al tiempo que nos proporciona unas interesantes reflexiones, desde la óptica laboralista, sobre el pasado, el presente y el futuro de la contratación laboral en este sector.

La preferencia originalmente otorgada por el Tribunal Constitucional al personal funcionario (sobre el personal laboral) se va desfigurando, al hilo de los cambios legales y doctrinales, a medida se avanza en las páginas de la obra. Así, se explica que, aunque el Estatuto Básico del Empleado Público siga manteniendo una cláusula general de atribución de las potestades públicas al personal funcionario, ello no ha supuesto sin más una preferencia general por este tipo de personal. De hecho, según se expone, el personal laboral ha pasado, en el transcurso de unas décadas, de ocupar puestos de naturaleza no permanente o discontinua o de actividad propia de oficios, a convertirse en la fórmula más utilizada en el empleo público.

1. Contraviniendo, incluso, el artículo 103 de la Ley de Contratos del Sector Público, que restringe la posibilidad de subrogación de plantillas a los supuestos en que se prevea expresamente en una norma, convenio colectivo o acuerdo general.

La profesora García Torres lamenta, no obstante, la ausencia de una relación laboral especial de empleo público, considerando insuficientes las meras modulaciones en determinadas materias que rigen a este personal. Para cerrar el capítulo y, predestinando, en parte, lo ocurrido a raíz de la reciente doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea², se vaticina que las previsiones de la Ley 20/2021 puedan animar a los tribunales a reconocer la fijeza de los trabajadores irregularmente contratados en el sector público.

Saliendo del ámbito del empleo en el sector público, encontramos, a continuación, una completa y necesaria radiografía del trabajo en el tercer sector, cuyo creciente interés e importancia, contrastan con la insuficiencia con que hasta ahora había sido tratado por la doctrina. Así, en el capítulo tercero, el profesor Ignacio González del Rey Rodríguez resuelve con solvencia la compleja tarea de delimitar las entidades que componen este heterogéneo sector, al tiempo que explica en profundidad todas sus fuentes de regulación y nos ofrece un detallado análisis de las formas de prestación de servicios en el mismo.

Destaca la claridad con que se aborda la distinción entre «tercer sector» y «economía social», siendo el primero, el conjunto de entidades de carácter no lucrativo (generalmente, asociaciones y fundaciones) orientadas a generar, principalmente, beneficios a terceros, mediante la consecución de un fin o interés social. El segundo, por el contrario, se define como una serie de fórmulas societarias y cooperativas de carácter lucrativo que tratan de producir beneficios, mayoritariamente, para sus socios o miembros³.

En lo que respecta a la regulación, se pone de manifiesto su carácter incipiente, así como la especial omisión de reglas específicas en materia laboral. En la legislación estatal, las referencias son escasas y, salvando unas pocas excepciones⁴, no se encuentra en la legislación autonómica ninguna regulación sobre el trabajo asalariado en el tercer sector. La negociación colectiva, no obstante, parece ser un

2. Las Sentencias del TJUE de 22 de febrero de 2024, «MP y otros», C-59/22, C-110/22 y C-159/22 (Roj. 149/2024) y de 13 de junio de 2024, «KT y otros», C-331 y 332/22 (Roj. 496/2024) han motivado el reconocimiento de fijeza de trabajadores que eran o cumplían las notas propias de los «indefinidos no fijos» por varios órganos judiciales nacionales, entre los que destaca el TSJ del País Vasco, en su Sentencia de 22 de abril de 2024 (Roj. 74/2024). Véase, al respecto, Álvarez Fernández, E., «El trabajador indefinido no fijo a la luz de la última doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 69, 2024.

3. No obstante, explica el profesor González del Rey Rodríguez, existe una zona de confluencia entre ambos sectores, compuesta por entidades de economía social que, aunque en puridad no cumplen todos los principios del tercer sector, persiguen fines de interés general y no únicamente mutualísticos. Estas son las llamadas cooperativas de iniciativa social, a las que se añaden las entidades con fines relacionados con el empleo y la formación de colectivos vulnerables. Estas son: las empresas de inserción, los centros especiales de empleo, los centros ocupacionales y, en menor medida, las fundaciones laborales.

4. Las leyes del tercer sector de Extremadura, Castilla y León y Castilla-La Mancha son la excepción. No obstante, como indica el profesor González del Rey Rodríguez, solo contienen regulaciones de mínimos, principios y previsiones genéricas.

ámbito emergente, donde destacan los convenios de empresa en actividades sanitarias y sociosanitarias, los convenios de grandes organizaciones, los convenios sectoriales estatales y los convenios propios de los centros especiales de empleo. En la particularidad de estos últimos pone énfasis el profesor González del Rey Rodríguez, habida cuenta de que están referidos a un tipo especial de empresa y de trabajo, y no, como ocurre normalmente, a un tipo de actividad.

Por último, se definen de forma precisa los distintos títulos jurídicos a través de los cuales se puede producir la prestación de servicios en este sector: asociativo, orgánico, voluntariado y asalariado. Señalando, a modo de conclusión, que tanto las actividades internas de gestión, como las externas de acción e intervención social, se pueden realizar por cualquiera de estas fórmulas. Siendo habitual, de hecho, que las personas pasen de una fórmula a otra, en función de la disponibilidad de recurso de la entidad, o que, incluso, presten sus servicios simultáneamente a través de varios títulos jurídicos. Algo que, en opinión del profesor y, a mi parecer, con gran acierto, no es del todo deseable, pues puede impedir la profesionalización de estas actividades, dificultar la creación y el mantenimiento del empleo y contribuir a su precarización.

En el cuarto capítulo, se encuentra la contribución de la profesora Paz Menéndez Sebastián, en la que se ofrece un interesante análisis de la presunción de no laboralidad de los trabajos familiares, contenida en el artículo 1.3.e) del Estatuto de los Trabajadores. Según esta, se excluyen del ámbito laboral, salvo prueba en contrario, los trabajos realizados por el cónyuge y los ascendientes, descendientes y colaterales, por afinidad o consanguineidad, hasta el segundo grado, que convivan con el empresario.

El análisis se aborda, en un comienzo, de un modo dinámico, explicando los orígenes y la evolución de esta regla y de la figura del autónomo colaborador⁵ y, conectando, magistralmente, el Derecho Laboral con el Derecho de la Seguridad Social, mientras se ponen de manifiesto las divergencias entre ambas legislaciones. Entre estas, se debe destacar la necesidad de «depender del empresario» para la aplicación de la presunción de no laboralidad a efectos de Seguridad Social, pero no a efectos laborales.

Tras esto, se exponen las principales problemáticas que plantea la delimitación subjetiva de esta norma, haciendo especial hincapié, en primer lugar, en la situación de la pareja de hecho y sus familiares, cuya inclusión «por la puerta de atrás»⁶ en la presunción de no laboralidad, ha ido acompañada no solo de una conveniente exigencia, a efectos de seguridad jurídica, de registro o elevación a documento público de la pareja de hecho, sino también de una injustificada exigencia de convivencia durante cinco años, que les impide entrar en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos hasta que haya transcurrido dicho periodo. En segundo lugar, se expo-

5. Creado para dotar de protección social a los familiares que trabajan en el negocio familiar.

6. Sin modificar la Ley General de la Seguridad Social para incluirlas en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, simplemente equiparándolas al cónyuge a efectos de bonificaciones de cotización.

nen los problemas que podrían derivarse de la extinción del parentesco por afinidad, así como la inexistencia de prestación por pérdida de condición de autónomo colaborador para el cónyuge de hecho y sus familiares.

También se incluye, en este capítulo, un minucioso análisis de la aplicación de esta regla en las distintas formas empresariales, explicando las dificultades que plantea el requisito de convivencia con el empresario en las formas societarias; así como las reglas de levantamiento del velo y las presunciones contenidas en la regulación de la Seguridad Social, utilizadas para determinar cuándo se entiende que existe convivencia en una unidad familiar que tenga un control efectivo sobre una sociedad pluripersonal de capital.

A continuación, se analiza la excepción que ha supuesto, a la presunción de no laboralidad, la concesión a los trabajadores autónomos de la facultad para contratar como asalariados, aunque haya convivencia, a sus hijos menores de 30 años o, mayores de 30 años con especiales dificultades de inserción laboral.

Por último, se ofrecen unas interesantes conclusiones que cierran el capítulo. En concreto, se subraya, con buen criterio, la necesidad de abordar una reforma legal del régimen jurídico del conviviente de hecho, habida cuenta de la enorme extensión de esta figura en la sociedad actual, y del régimen del autónomo colaborador, dada la alta precariedad y feminización que sufre esta figura.

Por último, en el capítulo quinto se contiene la contribución de la profesora Ángeles Ceños Suárez, que complementa, a mi parecer, el trabajo del profesor González del Rey Rodríguez, en tanto ofrece un análisis del sector de la asistencia personal, cuya actividad es prestada, en muchos casos, por entidades no lucrativas que se integran dentro del tercer sector o por entidades lucrativas que concurren con el mismo.

Este estudio se aborda desde la óptica del Movimiento de Vida Independiente, que defiende la asistencia personal como un derecho de las personas con diversidad funcional que, alejándose del tradicional modelo médico-rehabilitador, permite que puedan desarrollar su vida con autonomía e independencia. En consecuencia, la persona que recibe la asistencia se convierte, desde esta perspectiva, en el centro de la toma de decisiones; siendo la persona que la presta, un mero ejecutor de las decisiones del primero. Los principios de este enfoque tienen su reflejo en la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad y, en la Observación General n.º 5 emitida por el Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad sobre el «derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad».

España, como Estado Parte de esta Convención, debe tomar las medidas efectivas y pertinentes para lograr que estos principios se cumplan. Lo que, de hecho, ya se ha afrontado, en parte, por medio de las distintas normas aprobadas en la materia durante los últimos años⁷. En esta línea, la Ley de Promoción de la Autonomía

7. Aunque aún debe realizarse un cambio en la desfasada redacción del artículo 49 de la Constitución.

Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia y el Real Decreto 1051/2012, configuran la asistencia personal como un derecho que implica, para quienes cumplan los requisitos previstos en la normativa autonómica, la posibilidad de obtener una prestación económica con la que financiar la contratación de dicho servicio.

Una vez sentado lo anterior, la profesora Ceínos Suárez analiza en profundidad la relación jurídica que se produce entre la persona que presta la asistencia personal y quien la recibe. Para ello, expone que esta puede llevarse a cabo a través de dos fórmulas distintas: mediante contrato con una empresa o entidad o mediante contrato directo con la persona que presta el servicio. Sin embargo, cada una de ellas plantea una serie de inconvenientes que la profesora explica con brillantez.

Por un lado, la contratación indirecta a través de una empresa, supone el establecimiento de una relación triangular entre la entidad empleadora, el prestador del servicio y el receptor del mismo. Al estar el trabajador insertado en el ámbito de la organización y dirección empresarial, se dificulta, en múltiples cuestiones, el ejercicio del necesario control en la toma de decisiones por parte del usuario. Por otro lado, la contratación laboral directa por parte del receptor, habida cuenta de la reducida cuantía de las prestaciones y de la ausencia de control y regulación, facilita la precarización y el ocultamiento de los contratos.

Para cerrar el capítulo, la profesora Ceínos realiza una interesante propuesta de *lege ferenda* que, acompañada de sólidos argumentos, se configura en torno a dos posibilidades: ampliar la relación laboral especial del personal al servicio del hogar para incluir a los prestadores de asistencia personal, con las debidas adaptaciones; o crear una relación laboral especial de asistencia personal, en la que la pérdida de confianza habría de ser, al igual que en la relación laboral especial del personal al servicio del hogar, una causa objetiva de extinción del contrato.

A tenor de todo lo expuesto, debo concluir que esta obra, aun sin tener ánimo de ser exhaustiva, proporciona al lector una amplia visión del trabajo fuera del ámbito del sector lucrativo, al tiempo que contiene algunas interesantes propuestas para adaptar el Derecho del Trabajo a la realidad del mundo actual. Muchos de los temas que se tratan, con toda seguridad despertarán, en el corto plazo, un creciente interés en la doctrina, habida cuenta de las recientes transformaciones que, con simultaneidad o posteridad a su publicación, se han experimentado en el ámbito del Derecho Laboral. Tómense, como ejemplos, los recientes cambios en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el empleo en el sector público, el incremento de la negociación colectiva en el tercer sector, o la creciente demanda de asistencia personal. Sin duda, esta monografía deberá servir de referencia para el estudio de todas estas cuestiones.