



REVISTA DE ESTUDIOS JURÍDICO LABORALES Y DE SEGURIDAD SOCIAL

revista semestral

mayo-octubre 2022

REJLSS

ISSN-e 2660-437X

5

REVISTA DE ESTUDIOS JURÍDICO LABORALES Y DE SEGURIDAD SOCIAL

PERIODICIDAD SEMESTRAL

MAYO - OCTUBRE 2022

PRESIDENTE

Francisco Vila Tierno

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Málaga

DIRECTOR

Miguel Ángel Gómez Salado

Profesor Ayudante Doctor (Acreditado) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Málaga

COORDINADORA GENERAL

Belén del Mar López Insua

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

Universidad de Granada

SECRETARÍA GENERAL

Estefanía González Cobaleda

Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Málaga (España)

José Luis Ruiz Santamaría

Profesor Ayudante Doctor Doctor (Acreditado) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Málaga

Este número se enmarca dentro de las actividades de los siguientes proyectos:

- Proyecto de Investigación del Programa Estatal de I+D+i “Retos Investigación” orientado a los Retos de la Sociedad, “Retos, reformas y financiación del sistema de pensiones: ¿sostenibilidad versus suficiencia?” (ref. RTI2018-094696-B-I00), dirigido por Francisco Vila Tierno y Miguel Gutiérrez Bengoechea, y financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

- Proyecto de I+D+i del Plan Andaluz de Investigación, Desarrollo e Innovación (PAIDI 2020) orientado a los Retos de la Sociedad Andaluza, “Los mayores en el contexto del empleo y la protección social: un reto para el crecimiento y el desarrollo económico. Un análisis de la realidad andaluza” (ref. P18-RT-2585), dirigido por Francisco Vila Tierno y Miguel Gutiérrez Bengoechea, y cofinanciado por la Unión Europea (FEDER) y por la Junta de Andalucía.

ENFOQUE Y ALCANCE

La Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS) es una publicación científica editada por el Servicio de Publicaciones y Divulgación Científica de la Universidad de Málaga (UMA Editorial) que desde sus comienzos, en el año 2020, se distingue por dar a conocer trabajos originales, inéditos y dedicados a las materias que sean propias de la disciplina del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Se caracteriza por su acceso libre, abierto y gratuito, cuenta con una significativa presencia en Europa y Latinoamérica, está vinculada a la actualidad sociolaboral, quiere reflexionar y aportar soluciones en un contexto de evolución compleja de esta rama del Derecho, y tiene una clara vocación de continuidad, rigor, calidad y seriedad.

Asimismo, esta revista interuniversitaria es una publicación de periodicidad semestral, con dos números ordinarios por año (además de los números extraordinarios) que cubren los períodos mayo-octubre y noviembre-abril, editada en formato electrónico. Y se dirige a profesores universitarios, investigadores, estudiantes, abogados, graduados sociales, asesores y personas en general interesadas en los estudios jurídico-laborales, siempre con la finalidad de promover la investigación, la transferencia y la actualización académica y profesional dentro de su especialidad.

La revista incluye los siguientes contenidos:

- Presentación del número / Editorial
- Estudios doctrinales
- Estudios jurisprudenciales
- Tribuna de actualidad
- Reseñas normativas
- Reseñas bibliográficas

La revista se encuentra indexada en las siguientes bases de datos:

CIRC (D, Ciencias Sociales), **Dialnet**, **Latindex**, **MIAR**, **DRJI**, **REBIUN**, **ROAD**, **Wizdom**, **WorldCat**, **CSUC**, **Google Académico** (Google Scholar), **Crossref Metadata Search**, **EZB** (EZB Electronic Journals Library), **WZB** (WZB Berlin Social Science Center), **ZDB** (Zeitschriften Datenbank), **Dulcinea**, **REDIB** (Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico), **Journal TOCs**, y **Scilit**.



DISPONIBLE EN FORMATO ELECTRÓNICO EN
<http://www.revistas.uma.es/indexphp/REJLSS/>



PRESENTE EN TWITTER



PRESENTE EN FACEBOOK

REJLSS

Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social
mayo - octubre 2022 - núm 5 ISSN-e: 2660-437X



CONSEJO EDITORIAL

PRESIDENCIA

Francisco Vila Tierno

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga (España)

DIRECCIÓN EJECUTIVA

Miguel Ángel Gómez Salado

Profesor Ayudante Doctor Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga (España)

COORDINACIÓN GENERAL

Belén del Mar López Insua

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada (España)

SECRETARÍA GENERAL

José Luis Ruiz Santamaría

Profesor Ayudante Doctor Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga (España)

Estefanía González Cobaleda

Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga (España)

VICESECRETARÍA GENERAL

María Rosa Vallecillo Gámez

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Jaén (España)

Pompeyo Gabriel Ortega Lozano

Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada (España)

COORDINACIÓN DE PUBLICACIONES

María Salas Porras

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga (España)



CONSEJO ASESOR

VOCALES

José Luis Monereo Pérez

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Granada (España). Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social

Rosa Quesada Segura

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Málaga (España)

María Nieves Moreno Vida

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Granada (España)

Cristóbal Molina Navarrete

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Jaén (España)

Cristina Sánchez-Rodas Navarro

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Sevilla (España)

José Luis Tortuero Plaza

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad Complutense de Madrid (España)

José Ignacio García Ninet

Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Barcelona (España)

María José Romero Ródenas

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Castilla-La Mancha (España)

Adriana Topo

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Università degli Studi di Padova (Italia)

Marco Esposito

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Università degli Studi di Napoli «Parthenope» (Italia)

Paola Bozzao

Catedrática (acreditada) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Università degli Studi di Roma «La Sapienza» (Italia)

Riccardo Del Punta

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Università degli Studi di Firenze (Italia)

Ángel Luis De Val Tena

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Zaragoza (España)



Juan García Blasco

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Zaragoza (España)

Susana Rodríguez Escanciano

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de León (España)

Jordi García Viña

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Barcelona (España)

María Arántzazu Vicente Palacio

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Jaume I de Castellón (España)

Inmaculada Ballester Pastor

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Jaume I de Castellón (España)

Stefano Bellomo

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Università degli Studi di Roma «La Sapienza» (Italia)

Franco Scarpelli

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Università degli Studi di Milano-Bicocca (Italia)

Carmen Elena Domínguez Soto

Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Pontificia Universidad Católica de Chile (Chile)

Francisco Tapia Guerrero

Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Pontificia Universidad Católica de Chile (Chile)

COORDINACIÓN GENERAL

Antonio Márquez Prieto

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga (España)

CONSEJO DE REDACCIÓN

VOCALES

Francisco Miguel Ortiz González-Conde

Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Murcia (España)

José Luis Ruiz Santamaría

Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga (España)



Estefanía González Cobaleda

Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga (España)

Miguel Ángel Gómez Salado

Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga (España)

Stefano Bini

Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Córdoba (España)

Silvia Fernández Martínez

Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Santiago de Compostela (España)

Enea Ispizua Dorna

Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad del País Vasco (España)

María Rosa Martín Muñoz

Profesora contratada predoctoral
Universidad de Granada (España)

Antonio Megías Bas

Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Murcia (España)

Francisco Xabiere Gómez García

Profesor contratado predoctoral
Universidad de León (España)

Matthieu Chabannes

Profesor contratado predoctoral
Universidad Complutense de Madrid (España)

Gloria María Montes Adalid

Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga (España)

Raquel Castro Medina

Trabajadora Social y Coordinadora de Centros CPA
Granada (España)

Abdessadek Bounagui

Profesor
Université Hassan 1er Settat (Marruecos)

COORDINACIÓN GENERAL

Salvador Perán Quesada

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga (España)



SECRETARÍA GENERAL

Francisca Moreno Romero

Contratada Doctora Interina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Complutense de Madrid (España)

SECCIÓN JURISPRUDENCIA

COORDINACIÓN GENERAL

Francisco Lozano Lares

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga (España)

SECCIÓN TRIBUNA DE ACTUALIDAD

COORDINACIÓN GENERAL

Marina Fernández Ramírez

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga (España)

COMITÉ DE EVALUACIÓN EXTERNA

VOCALES

Miguel Ángel Almendros González

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada (España)

Isabel María Villar Cañada

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Jaén (España)

Margarita Miñarro Yanini

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Jaume I de Castellón (España)

Guillermo Rodríguez Iniesta

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Murcia (España)

Juan Antonio Maldonado Molina

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada (España)

Susana de la Casa Quesada

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Jaén (España)



Manuel García Jiménez

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Jaén (España)

Djamil Tony Kahale Carrillo

Catedrático (Acreditado) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Politécnica de Cartagena (España)

Olimpia Molina Hermosilla

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Jaén (España)

María Inmaculada Marín Alonso

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla (España)

Natalia Tomás Jiménez

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada (España)

María Teresa Igartua Miró

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla (España)

Daniela Da Rocha Brandão

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Pontificia Universidad Católica de Río de Janeiro (Brasil)

Miguel Gutiérrez Bengoechea

Catedrático de Derecho Financiero y Tributario
Universidad de Málaga (España)

Pepa Burriel Rodríguez-Diosdado

Profesora Titular Acreditada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Barcelona (España)

José Antonio Peña Ramos

Profesor Titular de Ciencia Política y de la Administración
Universidad de Granada (España)

Patricia Benavides Velasco

Profesora Titular de Derecho Mercantil
Universidad de Málaga (España)

Consuelo Chacartegui Jávega

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Pompeu Fabra (España)

David Montoya Medina

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Alicante (España)

Esperanza Macarena Sierra Benítez

Profesora Titular Acreditada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla (España)

María de Monserrate Rodríguez Egío

Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Murcia (España)



Miguel Ángel Martínez-Gijón Machuca

Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla (España)

Raquel Vela Díaz

Profesora Contratada Doctora (Acreditada) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Jaén (España)

David Gutiérrez Colominas

Profesor Contratado Doctor (Acreditado) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Autónoma de Barcelona (España)

Patricia Espejo Megías

Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Castilla-La Mancha (España)

Juan Alberto Tormos Pérez

Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Valencia (España)

Rafael Moll Noguera

Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Valencia (España)

María del Pilar Castro López

Profesora de Derecho Administrativo
Universidad de Málaga (España)

Alcides Antúnez Sánchez

Jefe del Departamento de Derecho
Universidad de Granma (Cuba)

Jorge Martínez Cumbreira

Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granma (Cuba)

Carlos David Aguilar Segado

Profesor de Derecho Financiero y Tributario
Universidad de Málaga (España)

Constanza Alejandra Richards Yáñez

Profesora de Derecho. Universidad de Santiago de Chile (Chile). Abogada y Jefa del Departamento de Sistemas Internacionales de Protección de los Derechos Humanos en la Subsecretaría de Derechos Humanos (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Chile)

Aurora Adriana Vimercati

Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Università degli Studi di Bari (Italia)

Lorenzo Giasanti

Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Università degli Studi di Milano-Bicocca (Italia)

Francisco Trujillo Pons

Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Valencia (España)

Juan Ignacio Caminos

Abogado (Argentina)



José Antonio Rueda Monroy

Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga (España)

María del Carmen Macías García

Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga (España)

María Iluminada Ordóñez Casado

Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga (España)

Carlos José Martínez Mateo

Profesor Ayudante Doctor (Acreditado) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Almería (España)

Albert Toledo Oms

Colaborador docente Universitat Oberta de Catalunya
Profesor Asociado Adjunto ESADE Business & Law School.
Profesor colaborador de Derecho laboral
UManresa-Fundació Universitària del Bages (España)

Juan José Rodríguez Bravo de Laguna

Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de la Laguna (España)

José Eduardo López Ahumada

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Alcalá (España)

Oriol Cremades Chueca

Profesor lector de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universitat Rovira i Virgili (España)

Luis Ocaña Escolar

Profesor asociado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla (España)

Lucía Aragüez Valenzuela

Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga (España)

Jorge Baquero Aguilar

Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga (España)

María Fátima Poyatos Chacón

Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga (España)

María del Pilar Giménez Murugarren

Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga (España)

Carlos de Fuentes García-Romero de Tejada

Profesor Contratado Doctor Interino de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Complutense de Madrid (España)



Jennifer Batista Torres

Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de La Habana (Cuba)

Reynaldo Jorge Lam Peña

Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de La Habana (Cuba)

Mirentxu Marín Malo

Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Navarra (España)

Maria Angustias Benito Benítez

Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Cádiz (España)

María del Mar Crespí Ferriol

Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de las Islas Baleares (España)

Sara Guindo Morales

Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada (España)

COORDINACIÓN GENERAL

Juan Carlos Álvarez Cortés

Catedrático (Acreditado) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga (España)

CONSEJO DE GESTIÓN Y EDICIÓN DIGITAL

VOCALES

Constanza Alejandra Richards Yáñez

Profesora de Derecho. Universidad de Santiago de Chile (Chile)
Abogada y Jefa del Departamento de Sistemas Internacionales de Protección de los Derechos Humanos
en la Subsecretaría de Derechos Humanos (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Chile)

Silvia Fernández Martínez

Miembro del Comité Ejecutivo Técnico de la Comunidad CIELO Laboral
Secretaria General y Responsable de la Plataforma informática de la Red Cielo Laboral

José Erick Chávez Marín

Profesor de Derecho Internacional Público
Pontificia Universidad Católica de Chile (Chile)

Sofía Louise Martínez Martínez

Técnica de investigación de la "Cátedra de Emprendimiento Sostenible"
Universidad de Málaga (España)



Mario Millán Franco

Profesor Contratado Doctor (Acreditado) de Trabajo Social y Servicios Sociales
Universidad de Málaga. Miembro de la Comunidad CIELO Laboral

Jesús Avellaneda Menchón

Investigador predoctoral en la Universidad de Málaga e ingeniero informático en la empresa privada

Daiana Ana Maria Pițică

Investigadora

Universidad de Málaga (España)

COORDINACIÓN GENERAL

Antonio López-Quiñones García

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga (España)



SUMARIO

EDITORIAL

Francisco Vila Tierno

RENTAS, RENTAS Y RENTAS...

INCOMES, INCOMES AND INCOMES... 17-18

ESTUDIOS DOCTRINALES

José Luis Monereo Pérez

EL INSTITUCIONALISMO AMERICANO Y LA ESCUELA DE ECONOMÍA DEL TRABAJO Y DE LAS RELACIONES LABORALES: THORSTEIN BUNDE VEBLÉN Y LA ESCUELA DE WISCONSIN

AMERICAN INSTITUTIONALISM AND THE SCHOOL OF LABOR ECONOMICS AND INDUSTRIAL RELATIONS: THORSTEIN BUNDE VEBLÉN AND THE WISCONSIN SCHOOL 20-49

Ignacio García-Perrote Escartín

SUBCONTRATACIÓN Y CONVENIO COLECTIVO APLICABLE. El nuevo artículo 42.6 del Estatuto de los Trabajadores a la luz de tres previas sentencias de la sala de lo social del Tribunal Supremo

OUTSOURCING AND APPLICABLE COLLECTIVE BARGAINING AGREEMENT. The new article 42.6 of the Statute of Workers from the scope of three prior rulings of the labour chamber of the Supreme Court 50-64

Juan Gorelli Hernández

LA PROTECCIÓN A LAS FAMILIAS EN LA SEGURIDAD SOCIAL

THE PROTECTION OF FAMILIES IN SOCIAL SECURITY 65-100

Arantzazu Vicente Palacio

ALCANCE DEL REEMBOLSO DE GASTOS MÉDICOS EN SUPUESTOS DE ASISTENCIA SANITARIA DISPENSADA EN ESTADO MIEMBRO DISTINTO AL ESTADO COMPETENTE.

Una revisión de la última jurisprudencia comunitaria y el grado de adecuación de la normativa española
SCOPE OF THE REIMBURSEMENT OF MEDICAL EXPENSES IN CASE OF HEALTH CARE PROVIDED IN A MEMBER STATE OTHER THAN THE COMPETENT STATE. A review of the latest community jurisprudence and the degree of adequacy of the Spanish regulations 101-120

Inmaculada Ballester Pastor

EL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO (LEGAL Y CONVENCIONAL) DE RELACIONES LABORALES EN LA ESTIBA PORTUARIA: ¿Cumple ya las exigencias de la liberalización del sector que impone el TJUE?

THE NEW LEGAL AND CONVENTIONAL REGULATION OF LABOR RELATIONS IN PORT STOWAGE: Does it already meet the demands of the liberalization of the sector imposed by the CJEU? 121-152



Francisco Javier Hierro Hierro

EL COMPLEMENTO POR MATERNIDAD: REFLEXIONES SOBRE SU RETROACTIVIDAD

THE MATERNITY SUPPLEMENT: REFLECTIONS ON ITS RETROACTIVITY 153-180

Marina Fernández Ramírez

NUEVOS PARADIGMAS PARA LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJO
EN LA ERA TECNOLÓGICA

NEW PARADIGMS FOR FUNDAMENTAL LABOUR RIGHTS IN THE TECHNOLOGICAL AGE 181-204

María del Carmen Macías García

EL INGRESO MÍNIMO VITAL Y LOS VAIVENES DEL LEGISLADOR

THE MINIMUM VITAL INCOME AND THE UPS AND DOWNS OF THE LEGISLATOR 205-223

Raquel Castro Medina

DISCAPACIDAD, GÉNERO E INCLUSIÓN LABORAL. Incentivos sociolaborales
para el autoempleo y el emprendimiento en Andalucía

*DISABILITY, GENDER AND LABOR INCLUSION. Social and labor incentives for self-employment
and entrepreneurship in Andalucía* 224-243

Patricia Gallo Cariddi

FLUJOS MIGRATORIOS EN AMÉRICA LATINA. Dos casos paradigmáticos de precariedad
laboral en el lugar de destino: ciudadanos paraguayos y bolivianos en Argentina

*MIGRATORY FLOWS IN LATIN AMERICA. Two paradigmatic cases of job insecurity in the place of destination:
Paraguayan and Bolivian citizens in Argentina* 244-261

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

Carmen Sáez Lara

PROHIBICIÓN DE CONCURRENCIA Y VIGENCIA ULTRA-ACTIVA DEL CONVENIO COLECTIVO

PROHIBITION OF CONCURRENCE AND ULTRA-ACTIVE VALIDITY OF COLLECTIVE AGREEMENTS 263-274

Ángel Arias Domínguez

ÚLTIMOS PRONUNCIAMIENTOS JURISDICCIONALES SOBRE LA INDEMNIZACIÓN ADICIONAL
POR TRANSGRESION DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN LOS DESPIDOS NULOS

*LATEST COURT RULING ON ADDITIONAL COMPENSATION FOR VIOLATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN
NULL DISMISSALS* 275-289

Arturo Montesdeoca Suárez

LA VIDEOVIGILANCIA EN EL ÁMBITO LABORAL: EL PODER DE CONTROL DEL EMPRESARIO
VERSUS EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS

*VIDEO SURVEILLANCE IN THE WORKPLACE: THE CONTROL POWER OF THE BUSINESSMAN VERSUS
THE WORKERS' RIGHT TO DATA PROTECTION* 290-302



TRIBUNA DE ACTUALIDAD

Gloria Montes Adalid

UNA BREVE APROXIMACIÓN AL TELETRABAJO COMO OPCIÓN PARA POSPONER LA JUBILACIÓN. Especial referencia a la sostenibilidad del sistema de pensiones

A BRIEF APPROACH TO TELEWORKING AS AN OPTION TO POSTPONE RETIREMENT. Special reference to the sustainability of the pension system.

304-318

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

Alejandro Muros Polo

RESEÑA DE “LA REFORMA LABORAL DE 2021: ESTUDIO TÉCNICO DE SU REGIMEN JURÍDICO”

320-325

Arturo Montesdeoca Suárez

RESEÑA DE “LA FATIGA INFORMÁTICA EN EL TRABAJO”

326-328

Violanda Marshavka Trach

RESEÑA DE “LA PROTECCIÓN DE SEGURIDAD SOCIAL A LAS PERSONAS MAYORES, RETOS PARA EL SIGLO XXI. Estudio comparado de los países latinoamericanos y del sur de Europa” . . .

329-330

RENTAS, RENTAS Y RENTAS...

INCOMES, INCOMES AND INCOMES...

Francisco Vila Tierno

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Málaga

Magistrado (supl) TSJA / Consejero CES Andalucía (Grupo de Expertos)

fvila@uma.es ORCID ID [0000-0001-5718-4160](https://orcid.org/0000-0001-5718-4160)

Recibido: 13-07-2022 - Aceptado: 13-07-2022 - Publicado: 21-07-2022

Páginas: 17-18

Cuando todavía estamos debatiendo sobre la reforma laboral y de las Pensiones y analizando cuáles serán los próximos pasos habrían de darse en estas materias, nos topamos, de lleno, con un elemento que puede condicionar tanto los efectos de aquellas como su aplicabilidad. Nos referimos a la inflación. Una inflación que se mide con dos dígitos en la parte entera, más los correspondientes decimales.

Y el problema, por lo que parece, va para largo...

No parece que la crisis energética ni la guerra de Ucrania vayan a tener un fin inmediato, pero es que no debemos olvidar que todavía no hemos terminado de superar la pandemia, que otros males en forma de enfermedad acechan y que han existido problemas logísticos y de distribución, subida de tipos de interés, ralentización del crecimiento...

Esta situación ha sacudido y sacude, de lleno, al panorama de relaciones laborales en tanto que la representación empresarial, refiriendo el encarecimiento de las materias y de los costes de producción, alega las dificultades que están teniendo para mantener su actividad. Las organizaciones sindicales, ante este panorama, ya anuncian movilizaciones puesto que un IPC al alza y desbocado empobrece extraordinariamente a los trabajadores y ello solo se puede compensar, en parte, con subidas salariales que mantengan el poder adquisitivo.

Frente a esa reivindicación nos hemos encontrado con la ausencia de un nuevo acuerdo en materia de negociación colectiva que articule, de manera pactada y general, las subidas salariales, como en años precedentes. Y es más, la patronal ha llegado a recomendar, como última ratio, acudir a los descuelgues convencionales.

El siguiente colectivo afectado, seguro, será el de empleados públicos, porque, no nos engañemos, siempre ven afectados sus salarios con congelaciones o subidas exiguas cuando la crisis llama a la puerta.



Por si ello fuera poco, volvemos, de nuevo, al recurrente tema de las pensiones. Y, como no, al de la sostenibilidad financiera. Y así, el discurso se retoma como siempre: “en estas circunstancias y con una revisión de las pensiones conforme al incremento del IPC, el Sistema no es sostenible”. No debemos negar una realidad aplastante: son necesarios ajustes, serios ajustes, lo que justifica que estemos en un proceso de reformas que no ha concluido. Proceso que deberá articular las medidas para que sea sostenible económicamente, pero también desde el punto de vista social. Y es que la cuestión es muy simple: si las rentas que perciben —según el desarrollo demográfico— un 25% de la población se reducen ¿no afecta al consumo, a la demanda agregada y a la economía en general? ¿y en consecuencia al empleo? Garantizar unas rentas suficientes es garantizar la propia suficiencia de nuestro sistema económico.

Pero estos mismos argumentos son los que pueden alegarse respecto a los trabajadores y funcionarios, garantizando, no obstante, la viabilidad de las empresas.

Volvemos la vista, entonces, al mismo camino que hemos visto que puede ser un éxito: el diálogo social, ahora mediante el deseado pacto de rentas —otra cuestión es que el debate de las pensiones, aunque nunca desconectado al de las relaciones laborales (el error es cuando se separan de manera absoluta), tenga su propia autonomía—. Es más, es que corremos el riesgo de que los avances conseguidos mediante ese diálogo social, queden en nada ante un escenario de conflictividad social.

Hay, ciertamente, otros temas y materias de enorme trascendencia y relevancia en el ámbito laboral, que están sobre la mesa y que requieren una reflexión para su posible cambio o transformación, pero si el espíritu, como se ha trasladado, es querer reconducirlo todo al marco de ese reiterado Diálogo Social, no parece que las expectativas sean las más propicias en un contexto de choque de intereses derivado de la ausencia de acuerdo en cuanto a las rentas y de conflictividad social. Como tampoco parece lo más adecuado para nuestro interés general dado el panorama económico que se nos presenta.

Es preciso, en tal caso, hacer una nueva llamada a los agentes sociales para que se potencie cualquier posibilidad de acuerdo en esta materia.

Y es que, como ya se nos dijera en el Quijote “aquel oficio que no da de comer a su dueño, no vale dos habas”. O dicho de otro modo, demos importancia a lo que nos garantiza la subsistencia y suficiencia... rentas, rentas y rentas...

Málaga, a 13 de julio de 2022.



ESTUDIOS DOCTRINALES

REJLSS

REJLSS

Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social
mayo - octubre 2022 - núm 5 ISSN-e: 2660-437X

EL INSTITUCIONALISMO AMERICANO Y LA ESCUELA DE ECONOMÍA DEL TRABAJO Y DE LAS RELACIONES LABORALES: THORSTEIN BUNDE VEBLÉN Y LA ESCUELA DE WISCONSIN

AMERICAN INSTITUTIONALISM AND THE SCHOOL OF LABOR ECONOMICS AND INDUSTRIAL RELATIONS: THORSTEIN BUNDE VEBLÉN AND THE WISCONSIN SCHOOL

José Luis Monereo Pérez

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Granada

Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social

Director de la Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum

jmonereo@ugr.es ORCID ID [0000-0002-0230-6615](https://orcid.org/0000-0002-0230-6615)

Recibido: 27-06-2022 - Aceptado: 16-07-2022 - Publicado: 21-07-2022

Páginas: 20-49

■ 1. INTRODUCCIÓN. ■ 2. VEBLÉN Y EL INSTITUCIONALISMO COMO CORRIENTE DE PENSAMIENTO CRÍTICO. ■ 3. LA ESCUELA DE ECONOMÍA DEL TRABAJO Y DE LAS RELACIONES LABORALES. ■ 4. BIBLIOGRAFÍA. 4.1. Obras de Thorstein Veblen. Selección y Traducciones al castellano. 4.2. Bibliografía sobre Veblen, su época y materias conexas.

RESUMEN

Desde finales del siglo XIX, la sociología Norteamericana ha tenido un gran desarrollo. Han existido dos corrientes de la sociología americana, la conservativa o conservadora de Summer a Parsons y la radical de Veblen a Mills, especialmente en lo relativo al conocimiento de la propia sociedad en sus principios y en sus diversos elementos. En su libro *Teoría de la clase ociosa* (subtitulada, *Un estudio económico sobre la evolución de las instituciones*), aparecido en 1899, analiza la dicotomía fundamental, desde su punto de vista, entre los productivos y los improductivos, entre el instinto de laboriosidad y el innecesario e insoportable despilfarro del ocio ostentoso. El lujo social de la clase ociosa es el resultado coherente del régimen de la propiedad privada y de su dominio de las fuentes de riqueza. Son los capitanes de industria los que consiguen al mismo tiempo, en virtud de su propiedad, el ocio y el poder. El Gobierno estatal acaba por encarnar la defensa de los intereses de los negocios (*Teoría de la empresa de negocios*). Veblen se muestra crítico respecto al “hombre de negocios” de la modernidad, pero encuentra positiva la función del “ingeniero” o experto técnico que trabaja productivamente y con el “trabajo útil” de los productores conscientes de su condición de ciudadanos en la empresa.

La penetrante influencia de Veblen se refleja —más allá de las diferencias innegables— en la concepción de John R. Commons y Selig Perlman sobre el fenómeno sindical. Su visión se puede configurar como la propia de un “sindicalismo de negocios”. En esta lógica limitativa de acción colectiva el sindicato es refractario a la acción política estricta (actuación frente a los poderes públicos) y privilegia a la negociación colectiva como instrumento principal de acción sindical.

PALABRAS CLAVE: Institucionalismo norteamericano, Escuela de Economía del Trabajo y de las Relaciones Laborales, empresa de negocios, sindicalismo, sociedad opulenta, clase ociosa, gobierno de la economía, teoría del movimiento obrero, negociación colectiva, convenios colectivos de trabajo.

ABSTRACT

Since the end of the 19th century, American sociology has undergone a great development. There have been two currents of American sociology, the conservative or conservative from Summer to Parsons and the radical from Veblen to Mills, especially as regards knowledge of society itself in its principles and in its various elements. In his book *Theory of the Idle Class* (subtitled, *An Economic Study of the Evolution of Institutions*), which appeared in 1899, he analyzes the fundamental dichotomy, in his view, between the productive and the unproductive, between the instinct of industriousness and the unnecessary and unbearable waste of ostentatious leisure. The social luxury of the idle class is the consistent result of the regime of private property and its domination of the sources of wealth. It is the captains of industry who attain at the same time, by virtue of their property, leisure and power. State government ends up embodying the defense of business interests (*Theory of the Business Enterprise*). Veblen is critical of the “businessman” of modernity, but finds positive the function of the “engineer” or technical expert who works productively and with the “useful labor” of the citizen-conscious producers in the enterprise.

Veblen’s pervasive influence is reflected —beyond the undeniable differences— in John R. Commons’ and Selig Perlman’s conception of the trade union phenomenon. Their vision can be configured as that of a “business unionism”. In this limiting logic of collective action, the union is refractory to strict political action (action vis-à-vis the public authorities) and favors collective bargaining as the main instrument of union action.

KEYWORDS: American Institutionalism, School of Labor Economics and Industrial Relations, business enterprise, trade unionism, affluent society, idle class, government of the economy, labor movement theory, collective bargaining, collective bargaining agreements.

“El trabajo adquiere un carácter irritante a causa de la indignidad que se le atribuye”

Thorstein Veblen¹

1. INTRODUCCIÓN

Thorstein Bunde Veblen (1857-1929) teórico social y economista y fundador de la Escuela institucionalista norteamericana. Estuvo muy influenciado por el marxismo, pero también por el darwinismo y el spencerismo evolucionista². Su ideología puede considerarse socialista democrática (perteneció al Partido Socialista), aunque mantuvo una estrecha relación con las direcciones progresistas del pensamiento norteamericano, señaladamente con el ala izquierda del liberalismo liberal. Ello permite comprender que editara el prestigioso *Journal of Political Economy*, en un diálogo permanente con intelectuales como John Dewey³, Jane Addams, y Franza Boas; y asimismo que en 1918 trabajara como editor de la revista política *The Dial*, y que en el año 1919, junto a Charles Beard, James Harvey Robinson y John Dewey, contribuyera a la fundación de la Nueva Escuela de Investigación Social (*New School for Social Research*, conocida como *The New School*). Sería testigo crítico de las grandes transformaciones que se estaban produciendo en su época, caracterizada por una crisis holística, en sus dimensiones políticas, sociales (cuestión social) y económicas (sobre todo el crack económico-financiero de 1929, conocido como la “Gran Depresión”).

Veblen intervino con el grupo heterogéneo de intelectuales críticos en la revuelta contra el formalismo imperante⁴, pero, además, planteó la realidad de polarización creciente de la sociedad norteamericana que propiciaban las políticas liberales de principios del siglo veinte. Esa polarización regía en el sistema de clases en general, pero también en el mundo de la empresa y de las relaciones laborales: entre los que llamaba “capitanes de industria” (empresarios/hombre de negocios) y la “subyacente población” (los trabajadores; aunque también el conjunto de las clases populares).

1 Veblen, TH., *Teoría de la clase ociosa*, México, FCE, 1944.

2 Véase Monereo Pérez, J. L., “La ideología del “darwinismo social”: la política social de Herbert Spencer (I y II)”, en *Documentación Laboral*, números 87 (2009) y 90 (2010), págs. 11-80, y págs. 11-57, respectivamente; y con referencia más específica a la influencia que el darwinismo y el spencerismo social ejercieron en el pensamiento de Veblen, puede consultarse Monereo Pérez, J. L., *La teoría crítica social de Thorstein Veblen. Sociedad opulenta y empresa de negocios*, Granada, Comares, 2010, espec., págs. 43 y sigs. (“El darwinismo en la teoría social de Veblen”) y asimismo págs. 1 y sigs.

3 Dewey, J., *Liberalismo y acción social y otros ensayos*, Valencia, Alfons El Magànim, 1996.

4 La revuelta contra el formalismo operado en todos los campos del saber, incluido el Derecho. Véase en el ambiente cultural de la época de Veblen, Holmes, O. W., *The Common Law*, trad. Fernando N. Barrancos y Vedia, revisión, edición y estudio preliminar, “La crítica iusrealista del formalismo jurídico de la cultura del “Common Law” tradicional: la concepción funcional e instrumental del Derecho de Oliver Wendell Holmes” (págs. IX-XLIX), a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2020.

2. VEBLLEN Y EL INSTITUCIONALISMO COMO CORRIENTE DE PENSAMIENTO CRÍTICO

La teoría social de Veblen es una teoría evolutiva que pretende reconfigurar la imagen económica del hombre con base a la influencia de esquemas darwinistas y bajo la influencia de Karl Marx⁵ y en menor medida de Max Weber. Para él, el hombre es el producto final de un complejo proceso de selección sobre el que tiene poco o ningún dominio⁶. El hombre no está aislado, sino que se encuentra inmerso en una red institucional y cultural; ese acervo pervive a través de hábitos e instituciones, pero no era meramente natural, sino que se encuentra determinada por transformaciones derivadas de la actuación de fuerzas tan exógenas como la guerra, el hambre, la enfermedad y el desarrollo tecnológico. La evolución está presidida por el cambio institucional. Pensaba que la economía estaba moldeada por la cultura y que no existía una naturaleza humana universal que pudiese explicar la extraordinaria variedad de normas y comportamientos descubiertos por las ciencias sociales como la antropología.

El institucionalismo como corriente de pensamiento encontró su manifiesto fundamental en el ensayo de Veblen intitulado “¿Por qué no es la economía una ciencia evolutiva?”, publicada en 1898⁷. El pensamiento institucionalista de Veblen es, a su vez, deudor de las aportaciones de la escuela histórica alemana, el Historicismo en economía, que parte de Wilhelm Rosche y ante todo de Gustav Schmoller. Piensa que la base de la cultura contemporánea está representada por despilfarro ostensible, en términos de recursos y de esfuerzo. Esto subyace a las concepciones de lo verdadero, lo bueno y lo bello, las cuales han sido modeladas por el imperativo del derroche ostensible y el consumo ostensible; un consumo que se opera no tanto sobre la base del sistema de necesidades humanas, sino obre todo sobre las cualidades del objeto reflejadas en categorías eminentemente sociales y culturales (ostentación, prestigio, despilfarro por manifestación de capacidad de derroche y deseo de exhibición en la esfera de las relaciones sociales)⁸, lo que constituye una variante amplia-

5 Veblen, T., “The socialist economics of Karl Marx and his followers. The theories of Karl Marx”, *Quarterly Journal of Economics* 20, 4 (1906), págs. 575-595. Se hace visible que acepta algunos postulados de Marx, pero siendo socialista no era marxista.

6 La diferencia con la situación actual es que el hombre es capaz de control e influir decisivamente sobre el proceso de selección natural. Véase el referente de la sociobiología moderna, Wilson: *Consilience. La unidad del conocimiento*, Barcelona, Galaxia Gutenberg-Círculo de Lectores, 1999.

7 Ensayo recogido en Anexo en la obra de Veblen, TH., *Teoría de la empresa de negocios*, trad. Carlos Alberto Tripodi, revisión técnica, edición y estudio preliminar, “La teoría de la empresa de negocios en Thorstein Veblen” (págs. VII-XXXI), a cargo de José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2009, págs. 237-253.

8 La influencia de estas construcciones se hacen sentir en autores como Bourdieu, P., *La distinción: criterios y bases sociales del gusto*, Madrid, Taurus/Santillana, 1998. En esta obra Bourdieu trata de demostrar que el gusto constituye un exponente de hegemonía cultural, que contribuye a garantizar la reproducción social y la reproducción cultural de las clases dominantes sobre las clases dominadas. Siendo así que los gustos sociales son gustos culturalmente preformados por las clases dominantes que hacen prevalecer sus gustos y preferencias de consumo y estéticas sobre las demás clases y grupos dominados.

da y expansiva de la teoría del fetichismo de la mercancía formulada por Karl Marx⁹. Nuestras vidas quedan condicionadas por esas orientaciones mercantilizadoras (*La teoría de la clase ociosa*). En su teoría social Veblen oscila entre libre albedrío del hombre y determinismo, entre humanismo y conductismo en la desenvolvimiento vital¹⁰.

En la perspectiva del institucionalismo de Veblen el progreso no es una ley natural sino un resultado de la acción humana. Fue el artífice de las bases de una economía evolutiva postdarwinista¹¹. Según Veblen el motivo del fracaso austríaco parece estriba “en una concepción defectuosa de la naturaleza humana, defectuosa para el propósito actual, así sea adecuada para cualquier otro. En todas las formulaciones recibidas de la teoría económica, bien sea de manos de los economistas ingleses o de los del continente, el material humano del que se ocupa la investigación se concibe en términos hedonistas, es decir, en términos de naturaleza humana dada, pasiva y, en esencia, inerte e inmutable... La concepción hedonista del hombre como calculador instantáneo de placeres y dolores que oscila como un glóbulo homogéneo de deseo y felicidad merced al impulso de estímulos que lo desplazan por la superficie”¹². Una concepción hedonista basada en el utilitarismo benthamiano; es célebre la formulación de Jeremy Bentham de su principio de utilidad: “la mayor felicidad del mayor número, es la base de la moral y de la legislación”; y la visión del *homo oeconomicus* que guiado por su interés conduce al equilibrio en el mercado competitivo expresado en la “mano invisible” de Adam Smith¹³. Esta concepción antropológica conduce a una visión mercantilizadora de la naturaleza humana. Una nueva ciencia económica evolucionista debe apoyarse en una concepción distinta del hombre, acen- tuando más los elementos de solidaridad y cooperación frente al individualismo posesivo y egoísta, que en el capitalismo desarrollado de su tiempo había mostrado un insaciable afán de lucro, de rapiña y de acumulación de riqueza a costa de la explotación de los trabajadores y del mínimo interés por el bien público. Los caracteres de un capitalismo salvaje y depredador sin reglas ni asunción de responsabilidades colectivas; un capitalismo que encajaría con la teoría depredadora de la ganancia formulada por Thorstein Veblen. Para él existía una contradicción entre la lógica interna de la ganancia privada en la industria y la conformación de las fuerzas productivas. A ello se añade el referido carácter extractivo y parasitario de las clases especuladoras y las clases ociosas y rentistas. El dominio del capitalismo financiero su racionalidad especulativa suponía también un freno para el desarrollo

Y ello tiende a ser aceptado para evitar la desaprobación social de parecer personas inadaptadas o incluso vulgares y, por tanto, propicias para ser objeto del rechazo de la sociedad (cuyos miembros, a su vez, tienen gustos preformados a través de la educación o de los medios de comunicación de masas).

9 Marx, K., *El Capital. Crítica de la Economía Política*. Tomo I. El proceso de Producción del Capital, traducción, advertencia y notas de Pedro Scaron, Siglo Veintiuno editores, México, vigesioctava reimpression, 2008, Vol. 1. Libro I, Capítulo I, Apartado IV (“El carácter fetichista de la mercancía y su secreto”), págs. 87-102.

10 Seckler, D., *Thorstein Veblen y el institucionalismo*, México, FCE, 1977, págs. 34 y sig., y 95 y sigs.

11 Véase Veblen, T. H., “Por qué la economía no es una ciencia evolutiva” (1898), en Veblen, TH., *Fundamentos de economía evolutiva. Ensayos escogidos*, Bogotá (Colombia), Universidad Externado de Colombia, 2005, págs. 31 y sigs.

12 Veblen, TH., “Por qué la economía no es una ciencia evolutiva” (1898), cit., pág. 46.

13 Véase Méndez Baiges, V., *El filósofo y el mercader. Filosofía, derecho y economía en la obra de Adam Smith*, México, FCE, 2004.

de las potencialidades productivas. No hace progresar la producción social, sino que la condiciona y entorpece al someterla a una lógica de financiarización tendencialmente especulativa. Su crítica iba dirigida hacia la ineficiencia, pero también a la falacia moral y los sentimientos morales en una economía sujeta a fines exclusivamente egoístas. Creía, por el contrario, que esta forma de capitalismo salvaje, especulativo, ineficiente socialmente y egoísta podría tener una alternativa en organización empresarial más técnica (gobierno de los ingenieros y los técnicos), con una mayor integración de los trabajadores en la productividad y en el reparto de beneficios¹⁴.

Según Veblen “la *psicología* posterior, reforzada por la investigación antropológica moderna, ofrece una concepción diferente de la naturaleza humana. Según esta concepción, lo característico del hombre es obrar, no simplemente sufrir placeres y dolores mediante el impacto de las fuerzas apropiadas. No es simplemente un manojito de deseos que deba saturar situándose en la trayectoria de las fuerzas del ambiente, es más bien una estructura coherente de propósitos y hábitos que buscan realización y expresión en el desarrollo de una actividad. Según esta visión, la actividad humana, y la actividad económica como parte de ella, no se entienden como algo incidental al proceso de saturación de unos deseos dados. La actividad es en sí misma el hecho sustancial del proceso, y los deseos bajo cuya guía se lleva a cabo la acción son circunstancias de temperamento que determinan la dirección específica en que la actividad se desarrolla en el caso dado”. Es así que “*la historia de la vida económica del individuo es un proceso acumulativo de adaptación de medios a fines que se modifican acumulativamente a medida que avanza el proceso, y el agente y su ambiente son en cada punto el resultado del proceso anterior. Sus métodos de vida de hoy le son impuestos por los hábitos de vida transmitidos desde ayer y por las circunstancias que quedan como residuo mecánico de la vida anterior. Lo que es válido para el individuo a este respecto es válido para el grupo en que vive. Todo cambio económico es un cambio en la comunidad económica, una modificación de los métodos de la comunidad para transformar las cosas materiales, que debemos explicar. El cambio es siempre en última instancia un cambio en los hábitos de pensamiento. Es válido aun en el caso de los cambios en los procesos mecánicos de la industria. Esto es válido aun en el caso de los cambios en los procesos mecánicos de la industria. Un artefacto dado para lograr ciertos fines materiales se convierte en una circunstancia que afecta el desarrollo ulterior de los hábitos de pensamiento —los métodos habituales de procedimiento— y se convierte así en punto de partida para el desarrollo posterior de los métodos para cumplir los fines que se buscan y para la variación posterior de los fines que se busca cumplir. En este flujo no hay un método de vida definitivamente adecuado a ningún fin de la acción que sea definitivo ni absolutamente digno, en lo que concierne a la ciencia que se empeña en formular una teoría del proceso de la vida económica*”¹⁵.

La visión cultural de la economía se expresa perfectamente cuando afirma que “La historia de la vida económica de cualquier comunidad es la historia de su vida en cuanto está condicionada

¹⁴ Véase Monereo Pérez, J. L., *La teoría crítica social de Thorstein Veblen. Sociedad opulenta y empresa de negocios*, Granada, Comares, 2010, espec., págs. 87-111 (sobre la teoría crítica de la empresa de negocios y su crítica a la clase especulativa y ociosa).

¹⁵ Veblen, TH., “Por qué la economía no es una ciencia evolutiva”, cit., págs. 46-47.

por el interés de los hombres en los medios materiales de vida. Este interés económico ha condicionado en gran medida el desarrollo cultural de todas las comunidades... *una economía evolutiva deber ser la teoría de un proceso de desarrollo cultural en cuanto está determinado por el interés económico, una teoría de una secuencia acumulativa de instituciones económicas expresada en términos del proceso mismo*" (*Ibid.*, pp. 48-49)¹⁶. Dicho esto, piensa que: se puede "retornar a la pregunta de por qué la economía no es una ciencia evolutiva. *El objetivo de dicha economía es investigar el efecto acumulativo del interés económico sobre la secuencia cultural. Debe ser una teoría del proceso de la vida económica de la especie o de la comunidad*". Por el contrario, arguye, "los economistas han aceptado las preconcepciones hedonistas acerca de la naturaleza humana y la acción humana, y la concepción del interés económico que ofrece una psicología hedonista no proporciona material para una teoría del desarrollo de la naturaleza humana. En el hedonismo, el interés económico no se concibe en términos de acción. Por consiguiente, no lo entiende ni lo valora en términos de un desarrollo acumulativo de los hábitos de pensamiento, y no induce, aunque se prestase a ello, a un tratamiento mediante el método evolutivo. Al mismo tiempo, las preconcepciones antropológicas presentes en la noción de sentido común de la naturaleza humana a la que habitualmente recurren los economistas tampoco obligan a formular la naturaleza humana en términos de un desarrollo acumulativo de los hábitos de vida. Estas preconcepciones antropológicas recibidas hicieron posibles las explicaciones conjeturales normalizadas del trueque primitivo con las que están familiarizados todos los lectores de obras de economía, así como la no menos convencional derivación normalizada de la propiedad de la tierra y de la renta, y la discusión sociológico filosófica de la "función" de ésta o de aquella clase en la vida de la sociedad o de la nación". Con todo, "las premisas y el punto de vista requeridos para una economía evolutiva están a la espera"¹⁷. En la visión del proceso institucional, subyace en Veblen el sustrato tecnológi-

16 Para él las instituciones reflejan funciones particulares del individuo y de la comunidad en tanto que aceptadas o asumidas por la generalidad de los individuos pertenecientes a las sociedades constituidas, pero también expresan los hábitos predominantes de pensamiento. Los hábitos establecen rutinas repetitivas, pero el desenvolvimiento vital de la comunidad *moldea* la conducta subjetiva de los individuos, de manera que en las instituciones coexisten dimensiones objetivas y subjetivas que obedecen a cambios de mentalidades y transformaciones de las realidades sociales mediatizadas históricamente (avances científicos, cambios de costumbres, crisis económicas o culturales o ideológicas, incluso "modas" y pautas sociales de comportamiento, etcétera), y por tanto en continuo movimiento. Se comprende, pues, que el cambio social e institucional es para Veblen un desarrollo no lineal ni mecánico, pues depende de la concurrencia de factores que concurren y coevolucionan de manera compleja y no armónica y sin contradicciones. En ese proceso de cambio institucional interactúan las conductas individuales y la dinámica de las propias institucionales sujetas al cambio del ambiente.

Puede consultarse, al respecto, Monereo Pérez, J. L., *La teoría crítica social de Thorstein Veblen. Sociedad opulenta y empresa de negocios*, Granada, Comares, 2010, espec., págs. 1 y sigs., y 43 y sigs. La influencia del pragmatismo de William James es patente en su modo de pensar. Véase James, W., *Un universo pluralista. Filosofía de la experiencia*. Buenos Aires, Editorial Cactus, 2009; *Ibid.*, *Las variedades de la experiencia religiosa: estudio de la naturaleza humana*. Barcelona, Península, 2002; *Ibid.*, *Pragmatismo: un nuevo nombre para viejas formas de pensar*, Madrid. Alianza editorial, 2000; *Ibid.*, *Principios de psicología*, México-Madrid-Buenos Aires, FCE, 1994.

17 Veblen, T. H., "Por qué la economía no es una ciencia evolutiva", cit., pág. 50. Precisamente, Veblen se ocupó expresamente sobre "Las preconcepciones de la ciencia económica" (1899-1900), *Ibidem.*, págs. 53 y sigs., págs. 81 y sigs., y III y sigs. Precisamente en estos últimos ensayos afirma que "El postulado fundamental de la ciencia evolucionista, la preconcepción siempre subyacente en la investigación, es la noción de una secuencia causal acumulativa, y los autores de economía tienen el hábito de reconocer que los fenómenos de que se ocupan están sujetos a dicha ley de desarrollo" (*Ibidem.*, pág. 135).

co-económico de la sociedad y la denuncia del predominio de un espíritu hedonista que absorbe el individualismo y los intereses de clase y de grupo.

Reconocer en Veblen el impulso más decisivo hacia la elaboración del punto de vista institucionalista en economía y en sociología sería ya suficiente para apreciar en él la condición de un referente permanente del pensamiento contemporáneo¹⁸. Dada las diversas versiones de la teoría institucional interesa retener que el elemento más relevante de una institución es que constituye una *rasgo estructural de la sociedad y/o* la forma de gobierno. La estructura puede ser formal (una legislatura, un organismo dentro de la burocracia pública o un marco legal) o informal (una red de organizaciones interactuantes, un conjunto de normas compartidas). Una institución trasciende a los individuos e implica a grupos de individuos a través de cierto conjunto de interacciones pautadas que son predecibles conforme a las relaciones específicas que existen entre los actores. Una segunda característica sería la existencia de cierta estabilidad a través del tiempo. La tercera característica de una institución es que debe afectar al comportamiento individual. En otras palabras, una institución debe, en cierta medida, restringir el comportamiento de sus miembros. Finalmente, entre los miembros de la institución de haber *cierto sentido de valores compartidos* (rasgo especialmente importante en la concepción del institucionalismo normativo de March y Olsen, pero también en otras influyentes concepciones institucionalistas¹⁹.

El institucionalismo ha tenido una expresión multívoca en distintos campos del saber cómo en la importante corriente plural del institucionalismo jurídico. El institucionalismo jurídico encontró sus mejores aportaciones en Maurice Hauriou, Santi Romano, Duguit²⁰ y Gurvitch y su singular institucionalismo y pluralismo jurídico²¹. El paradigma del modelo institucionalista clásicos es, sin duda, Santi

18 Veblen ha sido considerado como el "padre" de la economía "institucional" americana. En este sentido, Harris, A., *La ciencia económica y la reforma social*, cit., pág. 223.

19 Peters, B. G., *El nuevo institucionalismo. Teoría institucional en ciencia política*, Barcelona, Editorial Gedisa, 2003, págs. 36-37.

20 Para el significado y entidad innegable del institucionalismo jurídico, véase Calvo, J., *La institución jurídica*, Málaga, Universidad de Málaga, 1986; Hauriou, M., *Principios de derecho público y constitucional*, trad. Carlos Ruiz del Castillo, edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2003; Hauriou, M., *La teoría de la institución y de la fundación (Ensayo de vitalismo social)*, trad. Arturo Enrique Dampay, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968; Duguit, L., *Manual de Derecho Constitucional*, edición y estudio preliminar, "La Teoría Jurídica de León Duguit", a cargo de José Luis Monereo Pérez, y José Calvo González, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2005; Duguit, L., *Las transformaciones del derecho público y privado*, edición y estudio preliminar, "Objetivismo jurídico y teoría de los derechos en León Duguit", a cargo de José Luis Monereo Pérez, y José Calvo González, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2007; Monereo Pérez, J. L., *La soberanía en la Modernidad: Leon Duguit y la "crisis" de la Soberanía*, estudio preliminar a Duguit, L., *Soberanía y libertad*, trad. José G. Acuña, revisión y edición a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2012, págs. IX-LXXXVI, 2012. Este libro incluye un importante trabajo de Kirchheimer, O., *En busca de la soberanía (1944)*, cit., págs. 129-159; Ansuátegui Roig, F. J., *El positivismo jurídico neoinstitucionalista (Una aproximación)*, Madrid, Dykinson, 1996.

21 Gurvitch, G., *Elementos de sociología jurídica*, edición y estudio preliminar, "Pluralismo jurídico y Derecho social: la sociología del Derecho de Guvitch" (págs. XIII-CXLVI), a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2001; Gurvitch, G. (1932/2005): *L' idée du droit sociale*, París, Ed. Sirey, 1932,

Romano²² y Hauriou²³. En el nuevo institucionalismo o neoinstitucionalismo jurídico sobresalen las figuras descolantes de Ota Weinberger, John Searle y N. MacCormick²⁴. Pero tuvo igualmente un especial desarrollo en el campo de la economía, donde se desplegó la economía institucional clásica (así, Thorstein Veblen, Rexford G. Tugwell, John R. Commons²⁵, y S. Perlmar). El análisis institucional ha recuperado nuevos impulsos, con la aportación de autores de la talla de Douglas North (1990), Premio Nobel en la disciplina, y Williamson, y gracias a la creciente importancia de los modelos de elección racional de las instituciones políticas y sociales (Shepsle; Ostrom) que supieron tender un *punte entre la ciencia política y la economía*, con resultados realmente útiles para la comprensión explicativa del sistema social. Se trata de una reacción contra las direcciones individualistas en las ciencias sociales.

Por otra parte, en el ámbito de la sociología moderna existe una fuerte tradición de análisis institucional que encuentra sus orígenes en pensadores Marx, Weber, Durkheim y el propio Veblen. DiMaggio y Powell²⁶ han identificado las diferencias entre viejo y nuevo pensamiento institucional en *sociología*. Las anticipaciones de Veblen son fáciles de detectar cuando se repara en la noción de institución aportada por March y Olsen: "una institución no es necesariamente una estructura formal,

y su traducción al castellano, Gurvitch, G., *La idea del derecho social*, traducción, edición y estudio preliminar, "La idea del derecho social en la teoría general de los derechos: El pensamiento de Gurvitch" (págs. VII-LV), a cargo de J. L. Monereo Pérez y A. Márquez Prieto, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2005.

22 Romano, S., *El ordenamiento jurídico*, trad. de S. Martín Retortillo y L. Martín-Retortillo, estudio preliminar de S. Martín-Retortillo, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1963; Romano, S., *Fragmentos de un diccionario jurídico*, edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2002.

23 Hauriou, M., *La teoría de la institución y de la fundación (Ensayo de vitalismo social)*, Prólogo de T. D. Casares, trad. de A. E. Sampay, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968.

24 Véase Ansuategui Roig, F. J., *El positivismo jurídico neoinstitucionalista (Una aproximación)*, Madrid, Dykinson, 1996, y la bibliografía allí citada; Latorre, M., *Linguaggio, norme, istituzioni. Contributo a una teoria istituzionalista del diritto*, Florence, European University Institute, 1995.

25 Autores norteamericanos como Th. Veblen y John R. Commons se desviaron de la tradición clásica y principal de la economía. Son las figuras más descolantes de la "escuela de economistas institucionales". En cierto sentido se puede decir que el institucionalismo de Veblen constituye una variante diferenciada del "historicismo" alemán en la teoría económica (señaladamente, Gustav Schmoller), al entender las instituciones como un proceso de crecimiento no determinado de manera consciente. La influencia directa de los alemanes (a través de la mediación de Werner Sombart, ante todo) sobre el institucionalismo vebleniano parece que no ha sido tan grande, a pesar de su presencia y lo estrecha que es la afinidad doctrinal. Véase Harris, A. L., *La ciencia económica y la reforma social* (1956), Madrid, Tecnos, 1964, págs. 12-13. Para Werner Sombart (1863-1941) el capitalismo era un sistema socio-económico basado en el cambio permanente e impulsado por un espíritu adquisitivo ilimitado (pero también tendente al lujo y la ostentación). La lógica del beneficio o ánimo insaciable de lucro prevalece en el capitalismo moderno, siendo su realidad existencia la institucionalización del autointerés, sino se producen límites externos por parte del Estado. Véase Sombart, W., *El apogeo del capitalismo*, 2 vols., México, FCE, 1946 (varias ediciones posteriores); SOMBART, W., *El burgués. Contribución a la historia espiritual del hombre económico moderno*, Madrid, Alianza editorial, 1998; SOMBART, W., *Lujo y capitalismo*, Madrid, Revista de Occidente, 1928 (otras ediciones, Revista de Occidente, tercera edición, 1965, Sequitur, 2009). En muchos aspectos existen puntos de conexión con lo análisis de Max Weber, pero en otros las diferencias son notables, siendo el análisis de Max Weber más profundo y preciso. Puede consultarse, en una perspectiva de conjunto, Monereo Pérez, J. L., *Modernidad y capitalismo. Max Weber y los dilemas de la teoría política y jurídica*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013, págs. 261-331.

26 DiMaggio, P. J. y Powell, W. W., "Retorno a la Jaula de Hierro: el isomorfismo institucional y la racionalidad colectiva en los campos organizacionales", en DiMaggio, P. J. y Powell, W. W., *El nuevo institucionalismo en el análisis organizacional*, México, FCE, 1999, págs. 104 y sigs.

sino que más bien se la entiende como un conjunto de normas, reglamentaciones, supuestos; y sobre todo, *rutinas*²⁷. Los institucionalistas brindan una definición estipulativa de las instituciones como un conjunto de reglas y rutinas interconectadas que definen las acciones correctas en términos de relaciones entre roles y situaciones. Un proceso supone determinar cuál es la situación, qué papel se está desempeñando y cuál es la función de ese rol en una determinada situación. Veblen apunta a la fuerza de la rutina en el cambio institucional, pero sin eliminar el papel de la toma de decisiones en el proceso. El proceso de cambio depende de rutinas y del proceso de toma de decisiones conscientes o deliberadas. En lugar de conducirse exclusivamente por reglas formales establecidas, los miembros de instituciones se encuentran más *influidos por los valores contenidos dentro de las organizaciones (la creación de valores comunes —una “lógica de lo adecuado” que sea común a todo)*. En la perspectiva de la sociología económica se ha insistido en el lugar de la decisión política de la economía, esto es, en la importancia del gobierno de la economía²⁸. El *institucionalismo crítico* de Veblen nada tiene que con el neoinstitucionalismo en la teoría política, pero sí respecto a ciertas direcciones de pensamiento institucional —aún contemporáneas— de la ciencia económica. Para él las instituciones son producto de la naturaleza evolutiva de la realidad social y ellas mismas están sometidas a un cambio de naturaleza secuencial. Lo nuevo se desarrolla en el marco de lo anterior, los dos se nutren el uno del otro. Y siguen su evolución. El proceso de desarrollo social se hace acompañar siempre de una dinámica de cambio social, que exige una adaptación de los distintos actores implicados. En este proceso de adaptación de ordinario unos ganarán y otros perderán²⁹. Con todo, la lucha por la supervivencia tiene unas consecuencias trágicas en lo individual y en lo propiamente institucional.

La penetrante influencia de Veblen se refleja —más allá de las diferencias innegables— en la concepción de John R. Commons y Selig Perlman³⁰ sobre el fenómeno sindical. Su visión se puede configurar como la propia de un “sindicalismo de negocios” (*business unionism*), donde los sindicatos más que contestar el sistema del capitalismo en sí como base de los conflictos laborales conciben su acción sindical como un “negocio” sobre las condiciones de adquisición y uso de la fuerza de trabajo. En esta lógica limitativa de acción colectiva el sindicato es refractario a la acción política estricta (actuación frente a los poderes públicos) y privilegia a la negociación colectiva como instrumento principal de acción sindical. Según Veblen “La característica más notable del espíritu sindicalista es la negación de los dogmas tradicionales de derechos naturales, allí donde la estandarización mecá-

27 March, J. G. y Olsen, J. P., *Rediscovering Institutions*, Nueva York, Free Press, 1989, págs. 21-26.

28 Hall, P. A., *Gobierno de la economía. Implicaciones políticas de intervención*, Madrid, Ministerio de Trabajo, 1993.

29 Schmoller había advertido las implicaciones del desarrollo de la economía institucional. Véase Schmoller, G., *Política social y Economía Política*, edición y estudio preliminar, “La ‘escuela nueva’ en economía y la política de reforma social”, por José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2007; Monereo Pérez, J. L., “Reforma social y Ética en Economía Política: La Teoría de Gustav Schmoller”, en *Temas Laborales*, núm. 93 (2008), págs. 11 a 76. La influencia de Schmoller fue especialmente manifiesta en autores como Thorstein Veblen, que puede tenerse como el padre intelectual del institucionalismo de Estados Unidos, y muy especialmente en John R. Commons (1862-1945). Commons mantiene en su biografía intelectual comprometida con la reforma social y en los centros de interés de su producción científica una gran similitud de enfoques con la escuela histórica de Schmoller.

30 Perlman, S., *Teoría del movimiento obrero*, trad. Felix Caballero, México, Aguilar, 1958.

nica de la industria moderna se opone al funcionamiento de tales derechos naturaleza”³¹. El institucionalismo ha estado vinculado efectivamente a Thorstein Veblen (que ejerció un papel fundacional en esta amplia corriente de pensamiento), a John R. Commons y Michel, pero también con el precedente de Richard Ely, el cual estuvo, a su vez, muy influenciado por la “Escuela histórica” alemana de Kinies y sobre todo la figura descolante de Gustav Schmoller (es más, Ely fue discípulo de Knies y de Schmoller, y, a su vez, Veblen y Commons lo fueron de propio Ely)³². La relevancia de los factores históricos —y del método histórico— es reconocida por todos los integrantes de la Escuela. Y ello se aplicó, paradigmáticamente, en la teoría del movimiento obrero y en la construcción de los modernos sistemas de relaciones laborales³³. Las ciencias que tratan sobre el saber del mundo del trabajo y de las relaciones laborales no tenían una lógica propia al margen de la realidad y de la cultura en que se insertan, son también una construcción que capta la realidad del trabajo y de la empresa, pero que al mismo tiempo es influida por ella con carácter dinámico y permanente. El paradigma científico dominante no encajaba con este enfoque más holístico, histórico y comunicativo entre los distintos saberes que operan sobre el sistema de relaciones laborales y el desarrollo de las empresas y de las formas de trabajo. Este enfoque se oponía a la corriente de pensamiento propia de la teoría sociológica de carácter funcionalista y de las corrientes clásicas ortodoxas en la ciencia económica.

A pesar de asumir ciertas tesis del darwinismo evolucionista, Veblen no pensaba que el mercado fuera una entidad autosuficiente y autorregulada. La institución del mercado no es, ni puede subsistir, como entidad enteramente autónoma. Otra institucionalista, más allá de las innegables diferen-

31 VEBLEN, TH., *Teoría de la empresa de negocios*, trad. Carlos Alberto Tripodi, revisión técnica, edición y estudio preliminar, “La teoría de la empresa de negocios en Thorstein Veblen” (págs. VII-XXXI), a cargo de José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2009, pág. 195.

32 Schmoller, G., *Política social y economía política*, estudio preliminar, “La “escuela nueva” en economía y la política de reforma social”, a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2007; Schmoller, G., “Das Verhältnis der Kartelle zum Staate. Einleitungsworte zur Debatte der Generalversammlung des Vereins für Socialpolitik in Mannheim, den 27.9.1905”, en *Kleine Schriften zur Wirtschaftsgeschichte, Wirtschaftstheorie und Wirtschaftspolitik*, edición a cargo de Wolfram Fiedler y Rolf Karl, Zentralantiquariat de la República Democrática Alemana, Leipzig, 1985, vol. III, págs. 135-173; Schmoller, Gustav, Ernst Abbes Sozialpolitischen Schriften. Ein Beitrag zur Lehre von Wesen und Gewinn der modernen Grossunternehmung und von der Stellung der Arbeiter in ihr”, en *Kleine Schriften zur Wirtschaftsgeschichte, Wirtschaftstheorie und Wirtschaftspolitik*, edición a cargo de Wolfram Fiedler y Rolf Karl, Zentralantiquariat de la República Democrática Alemana, Leipzig, 1985, vol. III, págs. 175-203; Schmoller, Gustav, „Die Entstehung der deutschen Volkswirtschaft und der deutschen Sozialreform”, en *Kleine Schriften zur Wirtschaftsgeschichte, Wirtschaftstheorie und Wirtschaftspolitik*, edición a cargo de Wolfram Fiedler y Rolf Karl, Zentralantiquariat de la República Democrática Alemana, Leipzig, 1985, vol. III, págs. 565-596; Schmoller, G., “La lucha de clases y la dominación de clases”, trad. castellana de Yasmina Kharrazi Benhmad, en *Revista crítica de Historia de las Relaciones Laborales y de la Política Social*, núm. 8 (mayo 2014), págs. 70-81. Sobre Gustav Schmoller, véase Monereo Pérez, J. L., “El “socialismo de cátedra” de Gustav Schmoller en la construcción de la política social moderna”, en *Revista europea de historia de las ideas políticas y de las instituciones públicas*, núm. 11 (2017), págs. 33-120; Monereo Pérez, J. L., “Reforma social y ética en Economía Política: la teoría de Gustav Schmoller”, en *Temas Laborales: revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 93 (2008), págs. 11-76.

33 Un trabajo de envergadura es, sin la menor duda, el realizado desde una perspectiva holística (pues tomaba en consideración interdependiente todos los factores ambientales, culturales —incluida la mentalidad sindical y el imaginario colectivo—, económicos, sociales, políticos y psicológicos) por Perlman, S., *Teoría del movimiento obrero*, trad. F. Caballero, Madrid-México-Buenos Aires, 1962, en la que se consagra toda la Primera Parte a la consideración “Histórica”, espec., págs. 27-266. Recuérdese que también Veblen mantenía el criterio de que la ciencia económica debería colaborar necesariamente con las demás disciplinas de las ciencias históricas, sociológicas, políticas, jurídicas, etcétera. Ello conducía a afirmar una cierta unidad de las ciencias y saberes, pero no a su confusión.

cias, Karl Polanyi había afirmado que “la idea de un mercado que se ajuste a sí mismo era puramente utópica. Una institución así no podría existir de manera continuada sin aniquilar la sustancia humana y natural de la sociedad, sin destruir al hombre y sin transformar su entorno en un desierto. Inevitablemente, la sociedad tomó medidas para protegerse, pero todas las medidas, fueran cuales fueran, comprometieron la autorregulación del mercado, desorganizaron la vida industrial y expusieron así a la sociedad a otros peligros”³⁴. El capitalismo necesita ser regulado y controlado por la política pública democrática para afrontar adecuadamente los problemas planteados por las contradicciones de la economía capitalista y por sus consecuencias socialmente desfavorables para amplias capas de la población. El mercado, la “sociedad del mercado”, no se puede comprender sin el componente institucional, jurídico y político. No existe un ámbito libre de normas en la sociedad avanzada. Como Veblen, Polanyi estaba convencido de la incompatibilidad entre capitalismo y democracia, y que la única solución era la instauración de una forma de socialismo democrático descentralizado, basado en la *división funcional* y la creación de un sistema de empresas con un gobierno participativo que superare la avaricia y las tendencias depredadoras del mundo del capitalismo empresarial y del capital financiero improductivo y especular³⁵. En su obra *La gran transformación*, Polanyi entendió que los años treinta del siglo veinte señalan el final de la utopía liberal que pretendía instaurar un sistema de mercado autorregulador. En la sociedad del mercado que nació en el siglo XIX, se pretendía subordinar a las leyes del mercado la sustancia de la sociedad (el hombre, la tierra y la moneda son tratados como mercancías). El mercado no es una realidad natural que venga dada, es creación artificial en el marco de una organización social mínimamente estructurada. Ciertamente, se puede decir al respecto que la economía de mercado, lejos de presentarse como un orden extraído de la naturaleza y por esto inviolable e incontrovertible, revela su propia índole artificial, política e histórica. *Locus artificialis* el mercado no es un *locus naturalis*: éste es artificial, o sea hecho por el arte de legislar. Las normas lo conforman y constituyen: basta cambiar las reglas del juego, y cambiarán de valor cada pieza y el significado del movimiento de los jugadores. Piénsese en la artificialidad de la

34 Polanyi, K., *La Gran Transformación* (1944), Madrid, Ediciones de La Piqueta, 1989, págs. 83 y sigs. En fecha posterior se ha insistido sobre el carácter del “capitalismo regulado” u “organizado”. Véase Sapir, J., *Economistas contra la democracia. Los intereses inconfesables de los falsos expertos de la economía*, Barcelona, Ediciones B, 2004; y en una perspectiva histórico-jurídica, Monereo Pérez, J. L., *La organización jurídico-económica del capitalismo: El Derecho de la Economía*, Estudio preliminar a Ripert, G., *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2001. En realidad, no sólo en el mundo actual es impensable una lógica del mercado sin instituciones. Igualmente, Reich, N., *Mercado y Derecho*, Barcelona, Ariel, 1985, espec., págs. 67 y sigs.

35 Fue partidario también como una democracia industrial (pero más elitista de gobierno de “los ingenieros” o técnicos; lo que llevaría a la defensa de un tecnocratismo) dentro de la lógica de las relaciones industriales e intersindicales, complementaria de la democracia política, como lo fueron —de manera distinta— otros pensadores socialistas de su época. Es el caso de Sidney Y Beatrice Webb (*La democracia industrial*, trad. M. Á. Simón, edición y estudio preliminar de J. J. y S. Castillo, Madrid, Biblioteca Nueva/Fundación Francisco Largo Caballero, 2004) y Laski, Harold J., *La Gramática de la Política. El Estado Moderno*, traducción de Teodoro González García, edición y estudio preliminar de José Luis Monereo Pérez, “La filosofía política de Harold J. Laski”, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2002, CXVIII+674 págs., LASKI, HAROLD J., *La libertad en el Estado moderno*, trad. Eduardo Warshaver, revisión, edición y estudio preliminar, “Harold J. Laski y las trayectorias del socialismo democrático en el mundo anglosajón” (págs. IX-XCVII), a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2021; Monereo Pérez, J. L., *La democracia en crisis: Harold J. Laski*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2004; Monereo Pérez, J. L.: “Democracia social y económica en la metamorfosis del estado moderno: Harold J. Laski. *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, 11(1), (2021), págs. 298–377. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.5426>.

sociedad por acciones, que constituye el instrumento por excelencia del capitalismo, y que todavía definimos como persona jurídica; o en los intercambios y relaciones de bolsa, regulados, con puntilloso escrúpulo, por lo que se refiere a la cualidad de los sujetos y de los bienes y de la tipicidad de los negocios. La artificiosidad del mercado, *su dependencia de la configuración legislativa, también evidencia su íntimo carácter político. Si artificial es siempre lo jurídico, y lo jurídico es determinado por la decisión política*, es manifiesto que los dos perfiles terminan por identificarse y por convertirse en las dos caras de un mismo fenómeno complejo³⁶. La economía de mercado es uno entre los posibles contenidos de la decisión política y de la elección legislativa. No se trata de un contenido impuesto por externas leyes de la naturaleza, sino propuesto por hombres a otros hombres, y por éstos negado o compartido, acogido o rechazado. Los sostenedores de la economía de mercado no oponen naturaleza a historia, sino política a otra política: no evitan el conflicto, sino que se sumergen dentro con la trágica seriedad de todas las luchas políticas³⁷.

Las intervenciones —las regulaciones— sobre el mercado se insertan en el Derecho regulador de la actividad económica o, si se quiere, en el Derecho de la Economía³⁸. Ni siquiera el mercado global, reflejo de la globalización de la economía mundial en una forma de economía desterritorializada³⁹, ha podido librarse de “regulaciones débiles” a pesar de la pretensión de ser una creación apolítica y extralegal y el hecho innegable de la intensa presencia regulativa de la llamada “nueva *Lex mercatoria*”⁴⁰. La racionalización jurídico-política de la globalización económica —del mercado global— se ha hecho más descentralizada (dando lugar a particularismos jurídicos y la formación de microsistemas normativos con lógicas jurídicas diferenciadas) y con un mayor dominio del Derecho privado de autorregulación de las fuerzas económicas. La crisis económica actual ha cuestionado el presupuesto ideológico de una economía global mínimamente regulada y descentralizada. Se piensa hoy que el mercado global debe ser objeto de re-regulación a través de nuevas reglas de juego que impidan la crisis de particular gravedad como la presente. En este sentido existe una cierta tendencia a cambiar el modelo de globalización hacia una globalización más regulada y ha-

36 Lo cual exige, de suyo, el reclamo del paradigma de la complejidad. Véase, en general, Morin, E., *Introducción al pensamiento complejo*, Barcelona, Ed. Gedisa, 2001; Monereo Pérez, J. L., “Conocimiento y crítica del derecho: por una teoría comprensiva y explicativa del derecho”, en *Revista de Derecho Social*, núm. 37 (2007), págs. 11 a 51.

37 Cfr. Irti, N., “Derecho y Mercado”, en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 3 (1999), págs. 21 y sigs., Irti, N., *L'ordine giuridico del mercato*, 2ª ed., Roma-Bari, Editori Laterza, 2004, págs. 3 y sigs., y 57 y sigs., y Reich, N., *Mercado y Derecho*, Barcelona, Ariel, 1988, págs. 25 y sigs. Asimismo, Monereo Pérez, J. L., “La ‘jurisprudencia sociológica’ de Roscoe Pound: La teoría del Derecho como ingeniería social”, estudio preliminar a Pound, R., *Evolución de la libertad. El desarrollo de las garantías constitucionales de la libertad*, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2004, págs. IX-LXXXIII.

38 Monereo Pérez, J. L., *La organización jurídico-económica del capitalismo: El Derecho de la Economía*, cit., págs. XIII y sigs.

39 Mercado, P., “El ‘Estado comercial abierto’. La forma de gobierno de una economía desterritorializada”, en Capella, J. R. (Coord.): *Transformaciones del Derecho en la mundialización*, Madrid, CJPJ, 2000, págs. 125 y sigs., Faria, J. E., *El Derecho en la economía globalizada*, Madrid, Trotta, 2001.

40 Osman, F., *Les principes généraux de la Lex Mercatoria*, París, LGDJ, 1992; Monereo Pérez, J. L., *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2017, págs. 54-109.

cia un redescubrimiento de las virtualidades de la soberanía estatal, que nunca se había perdido enteramente, por otra parte, pero sí había sido desplazada en muchos casos como espacio e instancia de regulación principal de los procesos económicos. Es así que la globalización e intervención pública, a nivel internacional y nacional, van a ser cada vez menos elementos antitéticos. La economía se ha *financiarizado* —y con ello el modelo de crecimiento y globalización—, con apoyo en las nuevas tecnologías, sobreponiéndose el capitalismo financiero a la que tradicionalmente se ha venido llamando economía real⁴¹. El capitalismo financiero se impone sobre la economía real⁴². La mano visible —no tan invisible— de las instancias de decisión económica a nivel internacional ha apostado por una alianza de las finanzas con las nuevas tecnologías. Las liberalizaciones llevadas cabo desde la década de los noventa han hecho posible la existencia de mercados y entidades financieras situada fuera del necesario control público. La crisis económica de inicios del presente siglo veintiuno, agrava con la Pandemia Covid-19 y la “Guerra de Ucrania”, ha supuesto una intensa intervención pública para recomponer la situación de equilibrio en el mercado financiero, la reestructuración de empresas y la emergencia sanitaria y de empleo. Pero es una política que si quiere ser efectiva —y no sólo justa— tiene que afrontar también el problema subyacente de la distribución de la renta, porque en esta crisis como en el crack del 29 late este problema y la crisis implícita del subconsumo latente. De ahí que las políticas económicas tienen que ser a la vez —y alcanzar un equilibrio— de oferta (grandes inversiones de infraestructura, investigación y desarrollo, formación, crecimiento, competitividad...) y de demanda (crecimiento de salarios reales vinculado con la productividad, modernización institucional, mantenimiento de sistemas públicos de protección social...). Políticas macroeconómicas activas de apoyo al crecimiento y la cohesión social considerada, ésta, no como una carga económica, sino como un activo.

De manera que una política económica tiene que ser racionalizadora del capital financiero (mercado y entidades financieras) y redistributiva para favorecer la demanda agregada (existe un gran endeudamiento crediticio de la población y se ha venido produciendo una reducción de los salarios reales). Schumpeter⁴³ había caracterizado al capitalismo como un sistema de “destrucción creadora”, pero ello no debe identificarse con la economía del despilfarro. Es ahí donde hay un lugar necesario para la política pública, a escala nacional y global. La crítica contra el capital financiero de Veblen y de la especulación financiera (capitalismo especulativo) frente a la economía real productiva de potencial utilidad para la comunidad en este sentido estaría plenamente vigente en su esencia

41 Monereo Pérez, J. L., *Espacio de lo político y orden internacional. La teoría política de Carl Schmitt*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2015, espec., págs. 382 y sigs.

42 Esta percepción analítica ya estaba hecha por Thorstein Veblen. Véase Monereo Pérez, J. L., *La teoría crítica social de Thorstein Veblen. Sociedad opulenta y empresa de negocios*, Granada, Comares, 2010, págs. 105 y sigs. Por lo demás, Veblen ponía de relieve que para captar las nuevas formas de capitalismo eran insuficientes los análisis de los economistas ortodoxos (Malthus, Marshall, etcétera).

43 Schumpeter, J. A., *Capitalismo, socialismo y democracia*, Barcelona, Folio, 1984, capítulo 7 (“El proceso de destrucción creadora”), págs. 118 y sigs.

de denuncia del “espíritu de rapiña” del capitalismo evolucionado⁴⁴. No en vano se ha denunciado las trampas de las finanzas mundiales y su incidencia en las crisis económicas, saliendo al paso del pensamiento único neoliberal, que ha prevalecido en la economía oficial dominante hasta el momento⁴⁵. En ese ámbito del discurso crítico se ha criticado la economía financiera y especulativa productora de la gran turbulencia global de la coyuntura actual⁴⁶. Pero también el papel asumido no sólo por el capital financiero en sí, sino también por las grandes empresas multinacionales y transnacionales en la actual coyuntura crítica, produciéndose en no pocas ocasiones una estrecha vinculación entre las mismas y el capital financiero global⁴⁷. De nuevo el capitalismo ha sido sensible al lado oscuro del ciclo económico, cuando muchos autores relevantes pensaban que las crisis económicas de largo alcance estructurar estaban ya superadas. De ahí el retorno de la economía de la depresión⁴⁸. Es el fin de las recientes ideologías económicas neoliberales y en particular del “euro-liberalismo”, es decir, del (neo)liberalismo económico de la Unión Europea⁴⁹.

Como Veblen, Polanyi pensaba que ante la crisis de la sociedad de mercado, solo cabían dos alternativas fundamentales, la alternativa socialista democrática y los fascismos. Polanyi también defendería la instauración de un socialismo funcional, un socialismo descentralizado, rechazando un sistema de economía dirigida por el Estado⁵⁰. La dirección centralizada de la economía no le

-
- 44 Es una de las preocupaciones que habían preocupado al socialista, dentro del marco discursivo de una crítica al imperialismo emergente, Hilferding, R., *El capitalismo financiero (1909)*, Madrid, Tecnos, 1973, con una especial preocupación del nexo existente entre capital financiero y las crisis económicas. Así analiza el papel asumido por el capital monetario y capital productivo durante las crisis (espec., Cuarta Parte, págs. 269 y sigs.). Puede sorprender ciertas proximidades de pensamiento crítico entre Hilferding y Veblen. Véase igualmente, Hobson, J., *Estudio del imperialismo*, Madrid, Alianza Editorial, 1981. Una evaluación posterior sobre el debate sobre los orígenes y desarrollo del capitalismo, puede consultarse Barbalet, J. M., *Weber, passion and profits: 'The Protestant ethic and the spirit of capitalism' in context*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, con referencias comparativas del pensamiento de Max Weber y Thorstein Veblen; Maddison, A., *Historia del desarrollo capitalista, sus fuerzas dinámicas: una visión comparada a largo plazo*, Barcelona, Ariel, 1991. Una exposición sucinta, donde se aprecia la huella del pensamiento de Veblen, sobre el desarrollo del capitalismo, en Heilbroner, R. L., *Naturaleza y lógica del capitalismo*, Barcelona, Eds. Península, 1990, cap. 6. Ampliamente, Monereo Pérez, J. L., *Modernidad y capitalismo. Max Weber y los dilemas de la Teoría Política y Jurídica*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013, espec., págs. 169 y sigs., y 261 y sigs.
- 45 Véase Chesnais, F. y Plihon, D. (Coords.): *Las trampas de las finanzas mundiales*, Madrid, Akal, 2003; Chesnais, F. et al., *La globalización y su crisis: interpretaciones desde la economía crítica*, Madrid, Libros de la Catarata, 2002; Chesnais, F., y Brunhoff, S. (Coord.): *La mundialización financiera: génesis, costos y desafíos*, Dore, R., *Capitalismo bursátil. Capitalismo de bienestar: Japón y Alemania versus los anglosajones*, Madrid, Akal, 2005.
- 46 Así, en una perspectiva histórico-evolutiva, Brenner, R., *La economía de la turbulencia global. Las economías capitalistas avanzadas de la larga expansión al largo declive, 1945-2005*, Madrid, Akal, 2009; Arrighi, G. et al., *Caos y orden en el sistema-mundo moderno*, Tres Cantos (Madrid), Akal, 2000.
- 47 Rugman, A. M., *Las multinacionales regionales. Las empresas multinacionales y la dirección estratégica global*, Madrid, Akal, 2007.
- 48 Krugman, P., *El retorno de la economía de la depresión y la crisis actual*, Barcelona, Ed. Crítica, 2009.
- 49 Sapir, J., *La fin de l'eurolibéralisme*, París, Seuil, 2006. También Capella, J. R., *El Crack del año ocho. La crisis. El futuro*, Madrid, Trotta, 2009, poniendo de manifiesto que la globalización estaba sustentada en un enorme y artificial globo crediticio que al explotar ha hecho pedazos el modelo neoliberal, incidiendo de modo significativo en la economía real.
- 50 Karl Polanyi asumió explícitamente un ideario socialista de tipo “gremial” (“guildista”), defendiendo un “socialismo funcional”. Ello se refleja en numerosos ensayos: Polanyi, K., *La libertà in una società complessa*, Turín, Ballati Boringhieri Editore, 1987, Parte Primera (“Democracia y socialismo”), págs. 3 y sigs. También desde el enfoque singular de la “economía del Derecho”, véase la excelente obra de Santini, G., *El comercio. Ensayo de economía del Derecho*, Barcelona, Ed. Ariel, 1988.

parece eficiente. Las coincidencias entre Veblen y Polanyi derivan, entre otras cosas, de que ambos se inspiraron en el socialismo guildista inglés (en el caso de Polanyi la influencia más determinante fue la de Cole)⁵¹. El capitalismo no sólo no realiza la justicia social, sino que también en la era monopolista se opone al progreso técnico y supone un despilfarro de recursos. Este había sido el centro de la crítica formulada por Veblen en su obra *La empresa de negocios* (1904)⁵², el cual no se limitó a postular una reforma del capitalismo, sino un cambio de modelo económico. Según Veblen el sistema industrial constituye el fundamento material —expansivo en otros órdenes de la vida— de la civilización moderna, siendo la empresa de negocios (con su organización de medios o recursos y relaciones sociales de producción), en este contexto, la fuerza que mueve e impulsa a dicha civilización extendiendo su lógica de economicidad y mercantilización en el conjunto de la sociedad hasta el extremo de hacerla dominante, no sólo objetivamente, sino también en el campo de las mentalidades. Pero la economía capitalista está presidida por instituciones (“pecuniarias” e “industriales” o productivas) diversas y por dinámicas contradictorias y conflictos internos (incluidos los conflictos laborales). El capitalismo guiado por su propia lógica interna tiende a maximizar la búsqueda del beneficio o ganancia, aún a costa de la eficiencia técnica en la producción. Esto influye también en la lógica de acción en las relaciones de producción y en las relaciones de mercado. Al tiempo son los propietarios o detenedores del capital los que controlan el proceso de producción y los que adoptan las decisiones productivas y de mercado, y no las decisiones tomadas por los expertos o dirigentes técnicos más allá de cálculo unidireccional de la maximización de las ganancias. La eficiencia de la producción es sometida siempre a la lógica pecuniaria de la máxima ganancia inmediata. Así las potencialidades productivas pueden ser contrarrestadas por ese espíritu de maximización de la ganancia fuera de todo control social. Este fenómeno es agravado por la colaboración interesada entre el capital productivo y el capital financiero, entre los grandes grupos empresariales y las entidades financieras (de suyo no principalmente interesadas en la lógica de la eficiencia productiva). El resultado de esta disociación entre lógica productiva y lógica pecuniaria es que no se utiliza plenamente el trabajo disponible con las potencialidades que ofrecen las innovaciones tecnológicas y la cualificación de los trabajadores y su implicación (que no es alentada por la centralidad de la maximización del objetivo de las ganancias a ultranza, relegando la mejora

51 Sobre a las formas del “socialismo fabiano” y del “socialismo gremial”, véase del propio Cole, G. D. H., *Historia del pensamiento socialista. III. La Segunda Internacional 1889-1914*, México, FCE, 1974, espec., cap. III y IV, págs. 108 y sigs., y 177 y sigs., respectivamente; y Monereo Pérez, J. L., *La democracia en crisis: Harold J. Laski*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2004; LASKI, Harold J., *La Gramática de la Política. El Estado Moderno*, traducción de Teodoro González García, edición y estudio preliminar de José Luis Monereo Pérez, “La filosofía política de Harold J. Laski”, Granada, Comares, 2002, CXVIII+674 págs., Monereo Pérez, J. L., “Democracia social y económica en la metamorfosis del Estado moderno: Harold J. Laski”, en *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, 11(1), (2021), págs. 298–377. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.5426>

52 Veblen, TH., *Teoría de la empresa de negocios*, trad. Carlos Alberto Trípodí, revisión técnica, edición y estudio preliminar, “La teoría de la empresa de negocios en Thorstein Veblen” (págs. VII–XXXI), a cargo de José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2009. Un análisis de esa crítica de Veblen a la “empresa de negocios”, en Monereo Pérez, J. L., *La teoría crítica social de Thorstein Veblen. Sociedad opulenta y empresa de negocios*, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho. Sección Derecho Vivo), 2010, págs. 87 y sigs. (Teoría de la empresa y crítica de la “Empresa de negocios”: la contraposición de los negocios y la industrial y la propuesta de una nueva forma de dirección de los productores y dirigentes).

de las condiciones de trabajo y empleo de los trabajadores en una dirección que propiciaría más la productividad como objetivo de unas organizaciones empresariales que se debería caracterizar propiamente por organizaciones de producción de bienes y servicios útiles para el mercado y, a la vez, para la sociedad en su conjunto). De ahí que una sociedad organizada democráticamente requiere de la intervención pública para corregir las tendencias especulativas y contrarias al interés general del espíritu del capitalismo de rapiña, a la vez que favorecedoras de una productividad y utilidad general para la comunidad.

La proximidad de Polanyi con los institucionalistas americanos (Veblen, Mitchell y Commons, et cetera) es nítida⁵³. Todos ellos se inserta en lo que se podría llamar “economía crítica”. No obstante, Veblen se inclina por un régimen de socialismo tecnocrático, tal como el que describe en su obra *Los ingenieros y el sistema de precios* (1921), lo cual se aparta del socialismo descentralizado de tipo autogestionario defendido por Polanyi. Por el contrario, la idea de un capitalismo organizado, más razonable, encontró una formulación en autores como Commons (que no era socialista) y después Galbraith (un socialdemócrata coherente, considerado discípulo eminente de Thorstein Veblen)⁵⁴, que elaboró la teoría de la “tecnoestructura”, haciendo referencia a la revolución de los gerentes y a la disociación entre propiedad y gestión (en la dirección observada por Veblen y después por Berle-Means⁵⁵), la configuración de la sociedad contemporánea como una “sociedad opulenta” en la línea trazada por *La sociedad adquisitiva* de R. H. Tawney⁵⁶.

53 Véase Neale, W. C., “Karl Polanyi and American Institutionalism: a strange case of convergence”, en Polanyi, K-Levitt, K.(Dir): *The Life and Work of Karl Polanyi*, Montreal, Black Rose Bookes, 1990.

54 Galbraith, J. K., *El nuevo Estado industrial* (1967), trad. Manuel Sacristán Luzón, Barcelona, Ariel, 1974; Galbraith, J. K., *La sociedad opulenta* (1958), Barcelona, Planeta-Agostini, 1992.

55 La separación entre la propiedad y la dirección de las grandes sociedades anónimas fue objeto de un análisis iluminador por Berle, A. A. y Means, G. C., *The Modern Corporation and Private Property*, Nueva York, Commerce Clearing House, 1932; y la obra de Tecnos que quiero publicar en clásicos. Con base a esa separación se apunta que la toma de decisiones en las sociedades se realiza por los gerentes y directores profesionales, es decir, lo que Galbraith denominaría la tecnoestructura. La influencia de la tecnoestructura de las empresas es capaz de operar un cambio en las asignaciones económicas y en la localización del poder económico y político. Véase Galbraith, J. K., *El nuevo Estado industrial* (1967), trad. Manuel Sacristán Luzón, Barcelona, Ariel, 1974. En esta obra destaca que la gran empresa es la unidad económica estratégica de nuestra época. Esta forma de empresa exige una planificación racional y de expertos técnicos profesionales. No obstante, críticamente se puede decir que existe una cierta exageración sobre el poder de los expertos técnicos. Por lo demás, su misma legitimidad está condicionada por la eficacia de la gestión, de manera que ante un fracaso significativo pueden perder la confianza de los accionistas y ser sustituidos por otros gestores o directivos. Pero lo que es innegables es la presencia de cierta autonomización del poder de gestión. Weber había señalado algo al respecto en relación al incremento de la burocratización en la vida no sólo política sino también económica. Véase Nieto, A., *El pensamiento burocrático*, edición y estudio preliminar, “La burocracia en el proceso de racionalización occidental: variaciones sobre un ‘tema’ de Weber”, a cargo de José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2002; y ampliamente, Monereo Pérez, J. L., *Modernidad y capitalismo. Max Weber y los dilemas de la teoría política y jurídica*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013, Cap. IV (“Teoría política de la burocratización: El fenómeno burocrático...”), págs. 333-436.

56 Tawney, R. H., *La sociedad adquisitiva* (1921), Madrid, Alianza, 1972.

3. LA ESCUELA DE ECONOMÍA DEL TRABAJO Y DE LAS RELACIONES LABORALES

El verdadero inspirador de esta Escuela es Thorstein Veblen; y fundador, junto con John R. Commons, de la llamada Escuela institucionalista norteamericana. Pero su aportación sobrepasa estas dimensiones para constituir en fundador de la corriente institucionalista de las ciencias sociales, con manifiestas influencias en las ciencias jurídicas (señaladamente, la historia del Derecho y la sociología jurídica).

Los precursores inmediatos y directos de esta Escuela son Commons y Perlman. En la obra de Commons se sitúa el origen de la Economía del trabajo y un enfoque institucionalista de la economía. Commons era partidario de un modelo de capitalismo pluralista, donde el sindicalismo podía jugar un papel institucional y regulador del mercado de trabajo. El autor se centra en estudiar cómo la práctica de la acción colectiva es productora de normas, además de reguladora de las actividades de trabajo y estabilizadora de los conflictos de intereses. Es pionero del estudio de la rutina y las normas consuetudinarias como fuente de regulación del contrato de trabajo. Orientó sus esfuerzos teóricos en el conocimiento de los “fundamentos jurídicos” del capitalismo⁵⁷, y el origen diverso de las fuentes reguladoras en el derecho. La fuente más dinámica es la negociación colectiva, que surge del propio conflicto social —espontáneo u organizado—. El conflicto laboral supone implícitamente el reconocimiento de intereses comunes de los trabajadores y antagónicos con los intereses del capital, implica la generación de un sentimiento de pertenencia al grupo, la maduración de una identidad y solidaridad colectiva y crítica frente al individualismo representado por la economía liberal. Como Veblen, Commons y Perlman, no ve posible erradicar el conflicto inherente a las sociedades avanzadas, pero sí defiende la posibilidad de racionalizarlo a través de soluciones más equilibradas, justas y eficientes en la lógica de la productividad social. De este modo encuentra posible superar las tendencias depredadoras y hedonistas del tipo de *homo oeconomicus* que fomenta el capitalismo liberado de reglas de contención a través de fuerzas internas y externas a las organizaciones empresariales y a las entidades financieras. Ello resulta aplicable a la civilización de las relaciones laborales relegando las condiciones de explotación de los trabajadores e incrementando su sentido de pertenencia (ello favorece, según pensaba Veblen, el instinto de “laboriosidad útil”⁵⁸) y asimismo haciendo prevalecer una lógica tecnocrática de dirección a través de los expertos o técnicos (“ingenieros” en sentido amplio).

57 Commons, J. R., *Legal Foundations of Capitalism*, Nueva York, The MacMillan Co., 1924; Commons, J. R. et al.: *Industrial Government*, Nueva York, The Macmillan Co., 1921.

58 Veblen, TH., “El instinto de trabajo útil y el fastidio del trabajo” (1898-1899), en *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, núm. 86 (1999), trad. María Teresa Casado, págs. 343 a 354.

Veblen había puesto de relieve la importancia de las instituciones jurídicas en el funcionamiento de la economía y de los mercados. John R. Commons daría un paso trascendental con su excelente libro *Legal Foundations of capitalism*, de 1924⁵⁹. John R. Commons, aparte de ser un gran historiador⁶⁰, sería el impulsor de la corriente institucionalista de las “relaciones industriales”, que remite a la matriz político-económica y jurídica que envuelve las relaciones entre las organizaciones de los empresarios y de los trabajadores entre sí con el Estado y otros poderes públicos. Debiéndose destacar el papel (como variable relativamente autónoma, pues que ningún subsistema social puede postular que es absolutamente autónomo e independiente, dada precisamente la interdependencia y comunicabilidad de todos ellos; y de ahí la exigencia de adoptar una perspectiva holística en el análisis del “sistema” social en su conjunto) de las instituciones de regulación jurídica del sistema de relaciones laborales. El movimiento obrero depende de factores históricos, ambientales y económicos que conforman el modelo industrial y el tipo de sindicalismo. Para él el modelo laboral de Estados Unidos es un típico sindicalismo de negocios desarrollado a la par que las empresas de negocios. Un modelo de sindicalismo negociador y pragmático, donde prevalece la negociación colectiva y un desarrollo que acrecienta el espíritu de cooperación entre sindicatos y capital en el sistema de relaciones laborales (en Estado Unidos, “sistema de relaciones industriales”), incluso en coyunturas de ciclos inestables en el orden económico. En términos de conjunto no pone en cuestión el sistema de libre empresa, pero parte de la premisa de que el conflicto en las relaciones laborales —aparte de ser inevitable— tiene una dimensión positiva, pues constituye un instrumento dinamizador de la sociedad y en particular de los mercados de trabajo.

Un factor histórico importante es el reconocimiento originario del sufragio universal para los varones (frente al reconocimiento más tardío de otros países), que permitió que los trabajadores pudiera influir en la esfera política y con derechos de ciudadanía y que pudieran organizarse libremente para la defensa de sus intereses profesionales.

Con el Gobierno de Franklin Delano Roosevelt, en plan crisis económica (la Gran Depresión, como es sabido, se produce en 1929), realiza una política influida por el pensamiento de John Maynard Keynes, que partía de necesidad de un gobierno de la economía no dirigista⁶¹. Ese sindicalismo de integración, sin embargo, parte de la diferenciación de intereses entre trabajadores y empresarios; de manera que el sindicato expresa la solidaridad de grupo y utiliza los mecanismos típicos de la acción colectiva.

Con el Estado intervencionista y su legislación económica y de carácter social el marco de las relaciones industriales se transforma y con él el sindicalismo norteamericano, pues éste surge diacrónicamente a través de un complejo proceso de *racionalización institucional*, que posibilita el

59 Commons, J. R., *Legal Foundations of capitalism*, de 1924, tercera reimpression, Madison, 1957.

60 Commons, J. R., *A Documentary History of American Industrial Society*, (Historia documentada de la Sociedad Industrial Americana), The Arthur H. Clark Co, Cleveland, 1910 (10 volúmenes); Commons, J. R., *History of Labor in the United States*, (Historia del Movimiento Obrero en Estados Unidos), New York, The McMillan Co., 1926-1935.

61 Commons, J. R., “The Keynesian Influence on the Expansionist Economy”, en la revista *Time*, Vol. 86, núm. 27, December, 31, 1965, págs. 64-67.

encauzamiento de los conflictos hacia la esfera de la política pública, sin que esto haga desaparecer el conflicto, sino que éste cuando es declarado o exteriorizado trata de ser reconocido hacia el orden jurídico-institucional. Atendiendo a la complejidad de este desarrollo histórico la teoría de las relaciones laborales (o “teoría de las relaciones industriales” en el lenguaje anglosajón) tiene que formar parte necesariamente de una teoría general de la totalidad de las relaciones sociales y, por tanto, dando cuenta de la conexión entre el subsistema de las relaciones laborales con el subsistema política, económico y cultural (que configura también los modelos sindicales).

Aquí se gestan los nuevos fundamentos del capitalismo contemporáneo y del nuevo movimiento sindical; y con ello también una nueva economía política y jurídica de las relaciones de trabajo en el capitalismo avanzado que necesita ser ordenado para su buen funcionamiento (capitalismo organizado). En el capitalismo organizado los actores sociales se institucionalizan a través de organizaciones que se sitúan en la dialéctica existente entre el conflicto y la negociación permanente en una sociedad democrática. Surge, así, un sistema de relaciones industriales caracterizado por la presencia e interrelación comunicativa (con momentos de conflicto y colaboración) entre tres actores: corporaciones empresariales, sindicatos o trade-unions y Gobierno. Hasta tal punto es así que afirmaríamos que “Si la democracia norteamericana se salva, la salvará la organización económica colectiva de las sociedades anónimas y los sindicatos obreros. En vez del equilibrio tradicional entre individuos iguales, según la teoría económica, las alternativas se hallan hoy entre un gobierno de los económico, basado en el equilibrio de fuerzas entre sociedades anónimas autogobernadas y las corporaciones sindicales o trade-unions, o una supresión de ambas organizaciones, o de sus dirigentes por la fuerza militar”⁶².

La importancia del Derecho es determinante —y no un factor dependiente— de la ordenación de la economía y de las relaciones laborales, pues corresponde al sistema jurídico establecer las reglas de juego y los mecanismos para resolver los conflictos y controversias jurídicas. Al ordenamiento jurídico le corresponde delimitar espacios de poder y criterios de igualdad, bajo las garantías legislativas y judiciales. Especialmente estas reglas son relevantes para establecer una relación equilibrada de poderes en la negociación colectiva de intereses antagónicos entre el capital y el trabajo como fuerzas productivas organizadas. Se impone una lógica de acción colectiva tanto en la intervención pública como la concepción de la economía como fenómeno eminentemente social inserto en un entramado institucional y jurídico que establece las reglas de juego y el conjunto de derechos y libertades que corresponde a los poderes sociales para articular sus respectivos intereses e instrumentos de acción colectiva. La negociación colectiva —con reglas de juego preestablecidas— permite introducir un elemento dinámica de articulación de intereses (grandes organizaciones de intereses recíprocos) y de solución de los conflictos sociales en situaciones de conflicto que son inherentes al mundo de las relaciones laborales bajo condiciones capitalista de producción y de intercambio. Ello le conduciría a postular un papel de la negociación colectiva muy próxima a un “laissez faire colectivo” limitado por la

⁶² Commons, J. R., *The Economics of Collective Action*, New York, McMillan, 1950, pág. 263.

presencia de las necesarias reglas de juego de la legislación estatal⁶³. En cualquier caso, la negociación colectiva expresa de manera visible la dinámica existente entre conflicto y pacto que caracteriza al sistema de relaciones laborales bajo condiciones capitalismo de producción y organización de la sociedad del trabajo. Para el modelo institucionalista de relaciones laborales la *negociación colectiva* es considerada como su *pedra angular de las interacciones entre las organizaciones de intereses de los trabajadores y de los empresarios*. En gran medida en ello estaba inspirado el sistema de relaciones laborales del *New Deal*⁶⁴ que, en gran medida estaba basado en el modelo pluralista defendido por los economistas y sociólogos del trabajo de orientación institucional y en sus propuestas de reforma laboral y de creación de un sistema de reforma social. Precisamente las postulados de los institucionalistas sobre la ordenación del mercado de trabajo, el papel del sindicalismo y de la negociación colectiva y la defensa del intervencionismo públicos en las políticas laborales y sociales acabó por influir e impregnar la formulación de las políticas públicas y contribuyeron decisivamente a configurar y estructurales leyes tan importantes como la Ley Federal de Relaciones Laborales. Sería la propia legislación del *New Deal* la que consagrado la centralidad de la negociación colectiva como elemento integrante de la política laboral y como instrumento mecanismos de encuentro y de regulación de los conflictos de intereses entre las partes que están implicadas en las relaciones laborales. Lo que conduciría a la misma institucionalización de la negociación colectiva como base de un modelo de relaciones laborales estables que perduraría después de la segunda guerra mundial y hasta el declive de los años setenta del siglo veinte. La negociación colectiva cerraría el círculo de la reconstrucción institucional de la sociedad, superando los esquemas de pensamiento del liberalismo radical y estableciendo un orden institucional y jurídico en defensa de la sociedad y de las clases desposeídas. Las nuevas instituciones creadas por el orden democrático adquieren un ámbito de autonomía de actuación, no siendo degradadas a instancias que se comporten como variables dependientes de la economía y las fuerzas que intervienen en los procesos económicos. La negociación colectiva es promocionada por el orden jurídico, el cual acepta, a su vez, un espacio de autodeterminación de los grupos sociales en el gobierno de las relaciones industriales⁶⁵. Pero Commons y Perlmar la negociación colectiva supone tanto la

63 Su confianza en la negociación colectiva era tal que indicaría que "Hoy voy más lejos que hace veinticinco años, y afirmo que la conservación del sistema económico norteamericano contra un mundo totalitario o su propia desintegración interna, depende principalmente de la negociación colectiva entre el Capital Organizado y el Obrero Organizado, en vez del gobierno formado por los partidos políticos tradicionales". Cfr. Commons, J. R., *The Economics of Collective Action*, New York, McMillan, 1950, pág. 262.

64 Sobre sus fundamentos y consecuencias, véase Panitch, L. y Gindin, S., *La construcción del capitalismo global. La economía política del imperio estadounidense* (2013), Madrid, Akal, 2015, págs. 75 y sigs., 107 y sigs.

65 Idea de *autodeterminación social colectiva* de los grupos organizados en el mundo del trabajo que fue teorizada contemporáneamente en la República Democrática de Weimar por Sinzheimer, H., *Crisis económica y Derecho del Trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del Derecho del Trabajo*, trad. y Estudio Preliminar de F. Vázquez Mateo, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1984; Sinzheimer, H., "Der Wandel im Weltbild des Juristen" ("El cambio en la concepción del mundo del jurista"), en *Zeitschrift für soziales Recht*, año 1 (1928), págs. 2 a 6., Sinzheimer, H., "Die Idee des Arbeitsrechts", *ArbR*, 1923, págs. 721-730 y "Der Kampf um das neue Arbeitsrecht" (1923), en OTTO Kahn-Freund Y Thilo Ramm (ED.): *Hugo Sinzheimer. Arbeitsrecht und Rechtssoziologie. Gesammelte Aufsätze und Reden*, Europäische Verlagsanstalt, Frankfurt am Main y Köln, 1976, págs. 91-99; y el conjunto de ensayos recogidos en Sinzheimer, H., *Crisis económica y derecho del trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del Derecho del Trabajo*, trad. F. Vázquez Mateo, Madrid, MTSS, 1984.

introducción de una nueva legalidad democrática en la empresa, como ante todo un instrumento técnico (conformado jurídicamente) a través del cual las clases y los grupos sociales más débiles ejercen una presión permanente orientada a obtener un elevado nivel de vida, mayor seguridad y libertad real. De este modo, el convenio colectivo constituye un instrumento de composición pragmática⁶⁶ de los conflictos laborales (de las luchas de clases y grupos), que no conduce al exterminio del considerado enemigo (considerado más bien como “adversario” o parte del conflicto)⁶⁷. La negociación colectiva —inserta en el tejido formado por el sistema de relaciones laborales— es entendida como una de las formas de democracia industrial basada en la implicación de los trabajadores en el gobierno de la organización productiva y la instauración de un marco de equilibrio de poderes entre representantes de los trabajadores y la representación de los empleadores.

En este sentido hay puntos de proximidad y diferencias específicas con autores de la tradición socialista de la República democrática de Weimar como Otto Kahn-Freund ya en su exilio y maduración intelectual en el Reino Unido⁶⁸; pero también con el institucionalismo posterior —también socialista— de Karl Polanyi, el cual entendía que ya el orden del mercado era artificial y no espontáneo y que las relaciones económicas estaban enmarcadas en cuadros institucionales y jurídicos; los cuales, en un régimen democrático, deberían traducirse en la subordinación de la racionalidad económica a la razón de la sociedad, esto es, al interés de la sociedad política y democráticamente organizada en un Estado Social de Derecho⁶⁹; y en cuyo contexto la economía aparece como “actividad institucionalizada” y bajo el prisma del constitucionalismo democrático social con la forma-Estado Social como una institucionalización que limita la mercantilización completa e ilimitada de todos los órdenes de la vida social, la mercantilización del trabajo y los límites de la subordinación en el marco de la contratación laboral; al propio tiempo que establece las reglas de juego promocional de la autonomía colectiva de los grupos de intereses organizados en el mundo del trabajo. De ahí su llamada de atención sobre la obsoleta mentalidad del mercado como una instancia autorregula-

66 No se olvide que todos estos autores estaban fuertemente influenciados por la filosofía del pragmatismo dominante en la cultura norteamericana. Para esa influencia dentro del ambiente cultural de la época, véase, ampliamente, Monereo Pérez, J. L., *La teoría crítica social de Thorstein Veblen. Sociedad opulenta y empresa de negocios*, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho. Sección Derecho Vivo), 2010, págs. 1-43.

67 Puede verse esa concepción en Commons, J. R., *The economics of Collective Action*, New York, 1950; y Perlman, S., “The principle of collective bargaining”, en *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, marzo, 1936.

68 Véase Kahn-Freund, O., *Trabajo y Derecho*, traducción y nota preliminar a cargo de Jesús M. Galiana Moreno, “IN MEMORIAM”, por Faustino Cavas Martínez y José Luján Alcaraz, edición al cuidado de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2019, págs. 45 y sigs., afirmando que el Derecho es una técnica de regulación del poder social. Esta afirmación es válida para el Derecho del Trabajo como lo es para otros sectores de cualquier ordenamiento jurídico. El objetivo principal del Derecho del Trabajo es, pues, regular, reforzar y limitar el poder social de los empresarios y el poder de las organizaciones de trabajadores (*Ibid.*, págs. 48-49). Para él las asociaciones empresariales y los sindicatos son detentadores de poder. En particular, los sindicatos necesitan poder para desempeñar su papel en la sociedad, sin el que no pueden existir relaciones laborales. De manera que los sindicatos representan el poder colectivo de los trabajadores y esta es precisamente la razón más determinante de su existencia (*Ibid.*, págs. 360 y sigs.).

69 Polanyi, K., *La Gran Transformación. Crítica del liberalismo económico*, trad. J. Varela y F. Álvarez Uría, Madrid, Las Ediciones de La Piqueta, 1989, págs. 215 y sigs., y 351 y sigs.

dora de la que surgen equilibrios espontáneos⁷⁰. La proximidad, sin duda, estaba en poner en valor la importancia de la negociación colectiva como fuente del Derecho y como instancia de equilibrio de poderes en el mundo del trabajo y un instrumento de regulación de los mercados de trabajo. También la defensa de un sindicalismo autónomo y de clase, que apunta a la lucha por la hegemonía en las relaciones laborales (mercado, empresa y orden de la producción) y a la introducción de reformas que limitan la lógica del mercado y actúen como instrumentos para la eliminar o corregir las desigualdades sociales, el pleno empleo y el derecho a un trabajo digno (o “decente”, como postularía la Organización Internacional del Trabajo)⁷¹. Tanto la intervención estatal como la actuación de los agentes que intervienen en las relaciones de producción se ven afectados por la continua recomposición de los modelos productivos. Y la legislación limita el ámbito de la subordinación del trabajador a los poderes directivos del empleador; pero corresponde también dinámicamente a la negociación colectiva limitar esos poderes estableciendo a la par sistemas de control colectivo/sindical del ejercicio de los mismos⁷².

Ni John R. Commons, ni Selig Perlman ignoraban los fundamentos jurídicos del capitalismo moderno, estableciendo esas reglas de juego para resolver los conflictos colectivos inherentes al mundo del trabajo, pero también el marco jurídico (que establecen las reglas de juego en la sociedad del trabajo) que diseña instituciones centrales como la libertad de asociación y la libertad sindical, los derechos económicos de los empresarios y los derechos sociales de los trabajadores, la institución jurídica del contrato de trabajo, como instituto jurídico que determina los poderes empresariales y los límites de la subordinación del trabajador como persona que trabaja. Se comprende que desde el enfoque institucionalista los hechos económicos sean hechos sociales, como lo es el propio mercado, el cual se inserta en un orden institucional y jurídico de la sociedad organizada. John R. Commons había subrayado en su teoría de las relaciones industriales que trascendencia del marco institucional en que operan las interacciones entre trabajadores y empresarios⁷³. Pero también la utopía *ideológica* (neo)liberal de un capitalismo sin reglas jurídicas e institucionales que corrijan los desequilibrios económicos, sociales y políticos que la autonomización del mercado (pretensión de separación estricta entre el Estado y la sociedad civil; cuando en la sociedad moderna siempre han sido vasos comunicantes con mayor o menor intensidad).

70 Polanyi, K., *Los límites del mercado. Reflexiones sobre economía, antropología y democracia*, trad. I. López, Introducción de C. Rendueles, Madrid, Capitán Swing Libros, 2014, págs. 187 y sigs., y 325 y sigs.

71 Puede consultarse Monereo Pérez, J. L., *La dignidad del trabajo. La dignidad de la persona que trabaja en el sistema de relaciones laborales*, Murcia, Laborum, 2019, págs. 161 y sigs.

72 Kan-Freund —siguiendo la estela de Karl Renner y de Hugo Sinzheimer— había subrayado ese sistema de límites derivados de la legislación estatal y de la negociación colectiva. Cfr. Véase Kahn-Freund, O., *Trabajo y Derecho*, traducción y nota preliminar a cargo de Jesús M. Galiana Moreno, “IN MEMORIAM”, por Faustino Cavas Martínez y José Luján Alcaraz, edición al cuidado de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2019, págs. 67 y sigs., y 139 y sigs. Kahn-Freund, O., *Introduction a la obra de Renner, K., The Institutions of Private Law. And Their Social Functions*, edición e Introducción y notas de O. Kahn-Freund, London, Routledge & Kegan Paul Limited-International Library of Sociology And Social Reconstruction-Editor: Karl Mannheim, 1949, págs. 1-43.

73 Commons, J. R., *Institutional Economic: Its Place in Political Economy*, Nueva York, MacMillan, 1934, pág. 311.

El otro autor, Selig Perlman —sucesor de John R. Commons en la dirección de la llamada Escuela de Wisconsin—, lleva a cabo una aproximación empírica para conocer las costumbres y reglas que organizan la vida cotidiana de las relaciones de trabajo. El autor desvela que los intelectuales revolucionarios subestiman la capacidad de resistencia de los trabajadores frente al capitalismo, a través de prácticas cotidianas, normas consuetudinarias y otras reglas y normas sobre el trabajo que les permite defenderse y tener cierto grado de control de las condiciones de trabajo y empleo. Aportará una construcción teórica sobre el papel de los sindicatos —en un sistema democrático— como principales sujetos sociales creadores de mecanismos para forjar el orden social de convivencia en el seno de la empresa (alternativa principal al conflicto abierto y generalizado), así como la creación de instituciones de asistencia social. En su obra una cuestión clave es mitigar los efectos del mercado mediante instituciones que limiten la lógica del mercado y corrijan las desigualdades.

Frente al predominio de la racionalidad económica y el individualismo metodológico propio del pensamiento económico clásico, el institucionalismo económico apuesta por el papel central de las “instituciones sociales” y por el protagonismo de los “sujetos colectivos” (el sindicalismo como institución reguladora del mercado laboral), así como la “formación extralegal” de la regulación laboral. En esta teoría, las instituciones son una construcción social que proporciona programas de acción con una cierta estabilidad y permanencia, por lo que ofrece al conjunto de la sociedad elementos de estabilidad, recursos y procedimientos regulados que hacen previsible el comportamiento, la canalización y resolución de los conflictos mediante la negociación y una red de normas consuetudinarias, formales e informales. La interacción y la negociación son generadoras de normas implícitas y explícitas que permiten construir el orden social en el nivel micro (empresa) y en el nivel macro (sociedad). En este sentido, puede contemplarse como una propuesta política reformista. Para el institucionalismo, los hechos económicos son hechos sociales, la economía no se puede separar de la sociedad, de ahí que el mercado sea una institución insertada en la organización social y no separada de la misma.

4. BIBLIOGRAFÍA

4.1. Obras de Thorstein Veblen. Selección y Traducciones al castellano

Veblen, TH., *Teoría de la clase ociosa* (1899), trad. Vicente Herrero, México, Fondo de Cultura Económica, 1944, con varias reimpressiones. Esta misma versión fue editada por Hyspamérica Ediciones Argentina, S. A.-Ediciones Orbis, S. A., Jorge Luis Borges-Biblioteca Personal, 1987.

Veblen, TH., *Teoría de la empresa de negocios* (1904), trad. Carlos Alberto Trípodí, Buenos Aires, Eudeba, 1965.

Veblen, TH. Esta misma versión revisada, *Teoría de la empresa de negocios*, trad. Carlos Alberto Trípodí, revisión técnica, edición y estudio preliminar, “La teoría de la empresa de negocios en Thorstein Veblen”, a cargo de José Luis Monereo Pérez, Granada, Editorial Comares (Col. Crítica del Derecho), 2009.

- Veblen, TH., "El instinto de trabajo útil y el fastidio del trabajo" (1898-1899), en *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, núm. 86, 1999, trad. María Teresa Casado.
- Veblen, TH., "El estatus bárbaro de las mujeres" (1898-1899), en *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, núm. 86 1999, trad. María Teresa Casado.
- Veblen, TH., "La curiosidad ociosa en la sociedad" (1906), en Barry Barnes et al., *Estudios sobre sociología de la ciencia*, trad. Néstor A. Míguez, Madrid, Alianza Editorial, 1972.
- Veblen, TH., "El lugar de la ciencia en la civilización moderna" (1906), en *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, núm. 61, 1993, trad. Margarita Barañano Cid.
- Veblen, TH., "El lugar de la Universidad en la vida moderna" (1906), en *Revista Colombiana de Educación*, núm. 28 (1994), trad. Enrique Hoyos Olier y Gonzalo Cataño, Bogotá.
- Veblen, TH., "La economía del profesor Clark" (1908), en E. K. Hunt y J. G. Schartz., *Crítica de la teoría económica*, en trad. Eduardo L. Suárez, México, Fondo de Cultura Económica, 1977.
- Veblen, TH., "La naturaleza del capital I" (1908), en *Revista de Economía Institucional*, núm. 3, trad. de Alberto Supelano, Bogotá, 2000.
- Veblen, TH., "La naturaleza del Capital II" (1908), en *Revista de Economía Institucional*, núm. 4, trad. Alberto Supelano, Bogotá, 2001.
- Veblen, TH., "Las limitaciones de la utilidad marginal" (1909), en *Cuadernos de Economía*, núm. 3 (2000), trad. Alberto Supelano, Bogotá, 2000.
- Veblen, TH., "Dos memorandos sobre la naturaleza de la paz" (1917), en Francis L. LOEWENHEIM (Comp.): *Historiadores y diplomáticos*, trad. Manuel Ortuño, México, UTEHA, 1968.
- Veblen, TH., *Fundamentos de economía evolutiva. Ensayos escogidos*, Prólogo Geoffrey M. Hodgson, Selección y traducción de Alberto Supelano, Bogotá, Universidad Externado de Colombia. Biblioteca de las Ideas, 2005. En esta cuidada recopilación se recogen los siguientes ensayos de Veblen:
- Veblen, TH., "Por qué la economía no es una ciencia evolutiva" 1898.
- Veblen, TH., "Las preconcepciones de la ciencia económica (I)" 1899.
- Veblen, TH., "Las preconcepciones de la ciencia económica (II)" 1899.
- Veblen, TH., "Las preconcepciones de la ciencia económica (III)" 1900.
- Veblen, TH., "La economía socialista (I). Kart Marx y sus seguidores" 1906.
- Veblen, TH., "La economía socialista (II). El marxismo posterior" 1906.
- Veblen, TH., "El lugar de la ciencia en la civilización moderna" 1906.
- Veblen, TH., "Sobre la naturaleza del capital (I)" 1908.
- Veblen, TH., "Sobre la naturaleza del capital (II)" 1908.
- Veblen, TH., "La evolución del punto de vista científico" 1908.

Veblen, TH., "La economía del Profesor Clark" 1908.

Veblen, TH., "Las limitaciones de la utilidad marginal" 1909.

Veblen, TH., "The instinct of workmanship and the irksomeness of labor". *American Journal of Sociology* 4 (2) 1898.

Veblen, TH., *The theory of the leisure class: an economic study in the evolution of institutions*. Nueva York, Macmillan, 1899.

Veblen, TH., *The theory of the business enterprise*. Nueva Jersey, Transaction Books, 1904.

Veblen, TH., "The socialist economics of Karl Marx and his followers. The theories of Karl Marx", *Quarterly Journal of Economics* 20, 4, 1906.

Veblen, TH., *The instinct of workmanship and the state of industrial arts*. Nueva York, Macmillan, 1914. *The instinct of workmanship and the state of the industrial arts*, 1914, Nueva York, B.W. Huebsch Inc., 1922.

Veblen, TH., *Imperial Germany and the industrial revolution* (1915), Ontario, Batoche Books, 2003. Anterior edición, Nueva York, Macmillan, 1915.

Veblen, TH., *An inquiry into the nature of peace and the terms of its perpetuation*. Nueva York, Macmillan, 1917.

Veblen, TH., *The higher learning in America: a memorandum on the conduct of universities by business men*. Nueva York, Hill & Wang, 1918. *The higher learning in America: A memorandum on the conduct of universities by business men*, 1918, New York, Cosimo, 2007.

Veblen, TH., "The industrial system and the captains of industry", *Dial* 8, 1919a.

Veblen, T., "The socialist economics of Karl Marx and his followers.

The later marxism", 1919b, *The place of science in modern civilization*, New York, Cosimo, 2007.

Veblen, TH., *The vested interests and the state of industrial arts*. Nueva York, B. W. Huebsch, 1919. Reeditado como *The vested interests and the common man*.

Veblen, TH., *The engineers and the price system*. Nueva York: B. W. Huebsch, 1921.

Veblen, TH., *Absentee ownership and business enterprise in recent times: the case of America*. Nueva York, B. W. Huebsch, 1923.

Veblen, TH., *The Laxdæ la saga*. Nueva York, B. W. Huebsch, 1925.

4.2. Bibliografía sobre Veblen, su época y materias conexas

Bauer, O., *Capitalismo y socialismo en la postguerra. Racionalización-falsa racionalización*, trad. Antonio Ramos Oliveira, revisión, edición y estudio preliminar, "La democracia en crisis entre las dos guerras mundiales y los desafíos del socialismo democrático: Otto Bauer y la experiencia de la República Austriaca" (pp. IX-XCV), a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2021.

Bernstein, E., *El socialismo evolucionista*, versión castellana de E. Díaz-Retg, revisión técnica, edición y estudio preliminar, "Fundamentos doctrinales del socialismo reformista: Eduard Bernstein", a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2011. Este libro incluye el ensayo "¿Qué es el socialismo?"

- Bourdieu, P., *La distinción: criterios y bases sociales del gusto*, Madrid, Taurus/Santillana, 1998.
- Boyer, R. y Freyssenet, M., *Los modelos productivos* (2000), Madrid, Fundamentos, 2003.
- Boyer, R., *La teoría de la regulación*, Valencia, Alfons El Magnànim, 1992.
- Brown, H. PH., *Los orígenes del poder sindical* (1983), Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1900.
- Burawoy, M., *El consentimiento en la producción* (1979), Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1989.
- Coase, R., *La naturaleza de la empresa* (1937), en Putterman, L. (ed.): *La naturaleza económica de la empresa*, Madrid, Alianza editorial, 1994.
- Dewey, J., *Liberalismo y acción social y otros ensayos*, Valencia, Alfons El Magànim, 1996.
- Diggins, J. P., *El bardo del salvajismo. Thorstein Veblen y la teoría social moderna*, México, FCE, 1983
- Dunlop, T., *Sistemas de relaciones industriales* (1958), Barcelona, Península, 1978.
- Durkheim, E., *El socialismo*, trad. Francisco Cañadas, revisión, edición y estudio preliminar, "Sociología del 'socialismo funcional' en el pensamiento de Durkheim", a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 1922.
- Edwards, P. K. y Schullion, H., *La organización del conflicto social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1987.
- Galbraith, J. K., *La sociedad opulenta* (1958), Barcelona, Planeta-Agostini, 1992.
- Giugni, G., *Introducción al estudio de la autonomía colectiva*, traducción y estudio preliminar, "La teoría de la autonomía colectiva en el pensamiento de Giugni: Balance y perspectivas" (pp. IX-CXXVII), a cargo de J. L. Monereo Pérez y J. A. Fernández Avilés, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2004.
- Glegg, H., *El sindicalismo en un sistema de negociación colectiva* (1976), Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1985.
- Goldfield, M., *El declive del sindicalismo en los Estados Unidos* (1987), Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1992.
- Harris, A. L., *La ciencia económica y la reforma social* (1956), Madrid, Tecnos, 1964.
- Hobhouse, L. T., *Liberalism* (1ª ed. 1911), Nueva York, Oxford University Press, 1964. Traducida al castellano, HOBHOUSE, L. T., *Liberalismo*, edición crítica y estudio preliminar., "Los fundamentos del liberalismo social y sus límites; Leonard Trelawney Hobhouse", a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2007.
- Hobhouse, L. T., *Morals in evolution: a study in comparative ethics*, London, Chapman&Hall, 1915.
- Hobhouse, L. T., *Social development: its nature and conditions*, London, George Allen; New York, Editorial Holt Henry, 1924.
- Hobhouse, L. T., *The Elements of Social Justice* (1ª edición 1922), Londres, George Allen & Unwin, 1965.
- Hobhouse, L. T., *The Labour movement*, New York, Harper and Row, 1974.
- Hobhouse, L.T., *Principles of sociology*, 5 vols., London, Routledge/Thoemmes Press, 1996. Se trata de una reimpresión de las obras publicadas originariamente entre 1918-1931.
- Hobhouse, L.T., Wheeler, C. Y Ginsberg, M., *The Material Culture and Social Institutions of the Simpler Peoples*, Londres, 2015.

Hyman, R., *Relaciones industriales. Una introducción marxista* (1975), Madrid, Blume, 1981.

Kochan, TH. A., Katz, H. C. y McKersie, R.B., *La transformación de las relaciones laborales en los Estados Unidos* (1989), Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1993.

Marx, K., *El Capital. Crítica de la Economía Política*. Tomo I. El proceso de Producción del Capital, traducción, advertencia y notas de Pedro Scaron, Siglo Veintiuno editores, México, vigesioctava reimpresión, 2008, vol. 1. Libro I, Capítulo I, Apartado IV ("El carácter fetichista de la mercancía y su secreto").

Laski, H. J., *A Grammar of Politics* (1925), London, Allen and Unwin. Trad. esp., T. González García, *La Gramática de la Política. El Estado moderno*, revisión técnica, edición crítica y estudio preliminar, "La filosofía política de Harold J. Laski (pp. XV-CXVIII)", a cargo J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2002.

Laski, H. J., *The American Democracy*, New York, Viking, 1948.

Laski, H. J., *The American Presidency: An Interpretation* (1940), London, Allen and Unwin. Trad., esp. E. *El sistema presidencial norteamericano: Una interpretación*, Warschaver, Buenos Aires, Ediciones Siglo Veinte, 1948.

Maddison, A., *Historia del desarrollo capitalista. Sus fuerzas dinámicas*, Barcelona, Ariel, 1991.

Monereo Pérez, J. L., "Teoría jurídica del convenio colectivo: su elaboración en la ciencia del Derecho", estudio preliminar a Gallart Folch, A., *Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo*, edición al cuidado de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2000.

Monereo Pérez, J. L., *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1996.

Monereo Pérez, J. L., "Teoría jurídica del convenio colectivo: su elaboración en la ciencia del Derecho", estudio preliminar a Gallart Folch, A., *Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo*, edición al cuidado de J. L. Monereo Pérez, Granada, ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2000.

Monereo Pérez, J. L., *La organización jurídico-económica del capitalismo: El Derecho de la Economía*, Estudio preliminar a Ripert, G., *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2001.

Monereo Pérez, J. L., *La democracia en crisis: Harold J. Laski*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2004.

Monereo Pérez, J. L., "Derechos sociales y Estado democrático social en Antón Menger", estudio preliminar a Menger, A., *El derecho al producto íntegro del trabajo* & *El Estado Democrático del Trabajo (El Estado Socialista)*, edición de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2004.

Monereo Pérez, J. L., *La teoría crítica social de Thorstein Veblen. Sociedad opulenta y empresa de negocios*, Granada, Comares, 2010.

Monereo Pérez, J. L., *Modernidad y capitalismo. Max Weber y los dilemas de la teoría política y jurídica*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013.

Monereo Pérez, J. L., "El "socialismo de cátedra" de Gustav Schmoller en la construcción de la política social moderna", en *Revista europea de historia de las ideas políticas y de las instituciones públicas*, núm. 11, 2017.

- Monereo Pérez, J. L., "Reforma social y ética en Economía Política: la teoría de Gustav Schmoller", en *Temas Laborales: revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 93, 2008.
- Offe, C., *La sociedad del trabajo: problemas estructurales y perspectivas de futuro*, Madrid, Alianza editorial, 1992.
- Neveu, É., *Sociología de los movimientos sociales* (2000), Barcelona, Ed. Hacer, 2ª ed., 2006.
- Olson, M., *La lógica de la acción colectiva: bienes públicos y teoría de los grupos*, México, Limusa, 1992.
- Orozco, J. L., *William James y la filosofía del Siglo Americano*, Madrid, Gedisa, 2003.
- Patsouras, L., *Thorstein Veblen and the American way of life*, Montreal, Black Rose Books, 2004.
- Perlman, S., *Teoría del movimiento obrero*, trad. F. Caballero, Madrid-México-Buenos Aires, 1962.
- Peters, B. G., *El nuevo institucionalismo. Teoría institucional en ciencia política*, Barcelona, Gedisa, 2003.
- Polanyi, K., *La Gran Transformación* (1944), Madrid, Ediciones de La Piqueta, 1989.
- Reich, N., *Mercado y Derecho*, Barcelona, Ariel, 1985.
- Renard, G., *Sindicatos, Trade-Unions y Corporaciones*, trad. M. Nuñez de Arenas, revisión, edición y estudio preliminar, "El sindicato y el orden democrático", a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2014.
- Ripert, G., *El régimen democrático y el Derecho Civil Moderno*, trad. José M. Cajica Jr., revisión edición y estudio preliminar, "Derecho privado y democracia constitucional: Georges Ripert, ¿Paradigma de jurista liberal?", a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2022.
- Shonfield, A., *El capitalismo moderno. El cambio de equilibrio de los poderes público y privado*, México, FCE, 1967.
- Schmoller, G., *Política social y Economía Política*, edición y estudio preliminar, "La 'escuela nueva' en economía y la política de reforma social", por José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2007; Monereo Pérez, J. L., "Reforma social y Ética en Economía Política: La Teoría de Gustav Schmoller", en *Temas Laborales*, núm.93, 2008.
- Schmoller, G., "La lucha de clases y la dominación de clases", trad. castellana de Yasmina Kharrazi Benhmad, en *Revista crítica de Historia de las Relaciones Laborales y de la Política Social*, núm. 8, 2014.
- Seckler, D., *Thorstein Veblen y el institucionalismo*, México, FCE, 1977.
- Serick, R., *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles. El abuso de derecho por medio de la persona jurídica*, traducción y Comentarios de Derecho Español por José Puig Brutau, Barcelona, Ariel, 1958.
- Sombart, W., *El apogeo del capitalismo*, 2 vols., México, FCE, 1946 (varias ediciones posteriores).
- Sombart, W., *El burgués. Contribución a la historia espiritual del hombre económico moderno*, Madrid, Alianza editorial, 1998.
- Sombart, W., *Lujo y capitalismo*, Madrid, Revista de Occidente, 1928 (otras ediciones, Revista de Occidente, tercera edición, 1965, Sequitur, 2009).
- Tawney, R. H., *La sociedad adquisitiva* (1921), Madrid, Alianza, 1972.

Tarello, G., *Teorías e ideologías en el Derecho Sindical*, traducción y estudio preliminar, "Cultura jurídica y pluralismo jurídico-sindical en Giovanni Tarello" (pp. VII-XCV), a cargo de J. L. Monereo Pérez y J. A. Fernández Avilés, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2002.

Webb, S. y B., *Historia del sindicalismo, 1666-1920*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1988.

Webb, S. y B., *La democracia industrial*, trad. M. Á. Simón, edición y estudio preliminar de J. J. y S. Castillo, Madrid, Biblioteca Nueva/Fundación Francisco Largo Caballero, 2004.

Williamson, O. E., *Las instituciones económicas del capitalismo*, México, FCE, 1989.

Wright Mills, C., *El poder de los sindicatos*, Buenos Aires, Ediciones Siglo Veinte, 1965.

SUBCONTRATACIÓN Y CONVENIO COLECTIVO APLICABLE.

El nuevo artículo 42.6 del Estatuto de los Trabajadores a la luz de tres previas sentencias de la sala de lo social del Tribunal Supremo

OUTSOURCING AND APPLICABLE COLLECTIVE BARGAINING AGREEMENT.

The new article 42.6 of the Statute of Workers from the scope of three prior rulings of the labour chamber of the Supreme Court

Ignacio García-Perrote Escartín

Magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo

Catedrático de Derecho del Trabajo (s.e.)

Universidad Nacional de Educación a Distancia

igarciaperrote@outlook.es

Recibido: 10-05-2022 - Aceptado: 23-06-2022 - Publicado: 21-07-2022

Páginas: 50-64

- 1. UN PUNTO DE PARTIDA: TRES SENTENCIAS DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO. 1.1. La STS 250/2020, 12 de marzo de 2020 (rec. 209/2018). 1.2. La STS 438/2020, 11 de junio de 2020 (rec. 209/2018). 1.3. 197/2021, 12 de febrero de 2021 (rcud 2839/2019).
- 2. EL NUEVO APARTADO 6 DEL ARTÍCULO 42 ET. ■ 3. CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO. ■ 4. EL PREÁMBULO DEL REAL DECRETO-LEY 32/2021. ■ 5. EL CRITERIO DEL CONVENIO COLECTIVO APLICABLE A LA ACTIVIDAD DESARROLLADA EN LA CONTRATA O SUBCONTRATA. ■ 6. LA EXISTENCIA DE OTRO CONVENIO SECTORIAL APLICABLE Y EL CONVENIO COLECTIVO PROPIO DE LA EMPRESA SUBCONTRATISTA. ■ 7. SÍNTESIS CONCLUSIVA

RESUMEN

El presente artículo realiza una primera aproximación al nuevo apartado 6 del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, introducido en el precepto legal por el Real Decreto-Ley 32/2021, de 28 de diciembre. Para ello, el trabajo parte de tres señaladas sentencias de la sala de lo social del Tribunal Supremo, sentencias que se tuvieron en cuenta en las negociaciones que condujeron al texto del RDL 32/2021. Realizado lo anterior, el artículo analiza el nuevo apartado 6 del artículo 42 ET llegando a las siguientes conclusiones: 1ª) Si la empresa contratista o subcontratista tiene convenio colectivo propio, este será el convenio colectivo aplicable, que se aplicará íntegramente si es anterior en el tiempo al convenio sectorial de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata; 2ª) Sin embargo, ese convenio colectivo propio no tendrá prioridad aplicativa en materia salarial si es posterior en el tiempo al citado convenio sectorial; 3ª) En defecto de lo anterior, se aplicará el convenio sectorial que sea aplicable conforme a lo dispuesto en el título III ET; 4ª) En defecto de los tres criterios anteriores, se aplicará el convenio del sector de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata.

PALABRAS CLAVE: contratas, subcontratas, convenio colectivo, actividad desarrollada.

ABSTRACT

This paper provides a first approximation to the new section 6 of article 42 of the Statute of Workers, introduced by Royal Decree-law 32/2021, of 28 December. The analysis is based on three rulings of the labour chamber of the Supreme Court, since these were the judgements considered during the negotiations that resulted in the wording of RDL 32/2021. The paper reaches the following conclusions on article 42.6 SW: 1st) If the contractor or subcontractor have their own company-level collective bargaining agreement, it will apply in its own terms, provided that it is prior in time to the sector-wide collective bargaining agreement that applies to the outsourced activity. 2nd) In the opposite case (i.e., the company-level collective bargaining agreement is not prior in time), then the company agreement will apply but without priority on salary related matters. 3rd) If the contractor or subcontractor lack a company-level agreement, the sector-wide collective bargaining agreement applicable to them will apply pursuant to Title III SW. 4th) If the precedent criteria do not apply, then the sector-wide collective bargaining agreement of the outsourced activity will apply.

KEYWORDS: outsourcing, subcontracting, collective bargaining agreement, outsourced activity.

1. UN PUNTO DE PARTIDA: TRES SENTENCIAS DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO

Para examinar el nuevo apartado 6 del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores (ET), introducido por 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 trabajo, es importante partir de tres sentencias de la sala de lo social del Tribunal Supremo (TS). Creo que algunas de estas sentencias estuvieron muy presentes y se tuvieron muy en cuenta en las negociaciones que condujeron al texto del RDL 32/2021.

Se trata de la STS 250/2020, 12 de marzo de 2020 (rec. 209/2018); la STS 438/2020, 11 de junio de 2020 (rec. 209/2018); y, finalmente, la STS 197/2021, 12 de febrero de 2021 (rcud 2839/2019), reiterada por la STS 1110/2021, 11 noviembre 2021 (rcud 3330/2019).

Me parece de utilidad detenerme mínimamente en estas tres sentencias.

1.1. La STS 250/2020, 12 de marzo de 2020 (rec. 209/2018)

En lo que aquí importa, la STS 250/2020, 12 de marzo de 2020 (rec. 209/2018), examina la legalidad del artículo 20 del Convenio colectivo para el sector de Hostelería de la provincia de Alicante para los años 2017, 2018, 2019 y 2020.

Un determinado sindicato impugnó la legalidad de, entre otros, ese precepto convencional, pero la sentencia de la sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de la Comunidad Valenciana, al contrario de lo que sucedió con otros preceptos, desestimó la pretensión respecto del citado artículo 20.

La sentencia del TSJ fue recurrida en casación por ese mismo sindicato, siendo desestimado el recurso por la STS 250/2020, 12 de marzo de 2020 (rec. 209/2018).

El artículo 20 del Convenio colectivo establece lo siguiente:

“Artículo 20. CONTRATACIÓN Y SUBCONTRATACIÓN A fin de evitar discriminaciones en el salario y la competencia desleal en el sector a través de la externalización productiva, las empresas incluidas en el ámbito de aplicación del presente convenio colectivo, que contraten o subcontraten con otras empresas actividades o servicios de las áreas de comedor-restaurante, bar, cocina, recepción, pisos y limpieza, deberán incluir en el contrato mercantil con los contratistas que presten tales actividades o servicios, que éstos cumplirán con los trabajadores y trabajadoras prestadores de los mismos, al menos, con todas las obligaciones de naturaleza salarial establecidas en el presente convenio colectivo, además de cumplir con los demás deberes previstos en los artículos 42 y 64 ET. La empresa principal responderá subsidiariamente y, en su caso, solidariamente, de las obligaciones previstas en el presente artículo.”

Por lo que se refiere a la impugnación de la legalidad del artículo 20 del convenio colectivo, el examen de la STS 250/2020, 12 de marzo de 2020 (rec. 209/2018), es el siguiente:

“La lectura del art. 20 del convenio revela que sus firmantes, con la finalidad de evitar discriminaciones en el salario y la competencia desleal, pactaron una obligación para las empresas afectadas por el convenio, que contraten o subcontraten con otras empresas actividades o servicios de las áreas de comedor-restaurante, bar, cocina, recepción, pisos y limpieza, que se corresponden efectivamente con la propia actividad del sector, según la cual dichas empresas se comprometen a incluir en el contrato mercantil que suscriban con dichos contratistas, que éstos cumplirán con los trabajadores y trabajadores prestadores de dichos servicios, al menos con todas las obligaciones de naturaleza salarial establecidas en el convenio.

Es claro, por tanto, que la obligación mencionada se dirige única y exclusivamente a los empresarios incluidos en el ámbito funcional del convenio, quienes se obligan a garantizar que los trabajadores y trabajadoras, que presten servicios en empresas contratistas o subcontratistas en las áreas mencionadas, cobrarán, al menos, las mismas retribuciones del convenio, estableciéndose como principal garantía para alcanzar ese objetivo, que los empresarios principales responderán subsidiaria y, en su caso, solidariamente de las obligaciones mencionadas.

Por consiguiente, el artículo no predetermina, de ningún modo, cuál es el convenio colectivo aplicable a los terceros contratistas o subcontratistas y sus trabajadores, como no podría ser de otro modo, puesto que dependerá de las circunstancias concurrentes en dichas empresas, quienes no están incluidas a priori en el ámbito funcional del convenio, limitándose a asegurar la garantía antes dicha, cuando el convenio colectivo de hostelería no sea aplicable directamente, lo cual nos permite concluir que el artículo impugnado no expulsa ni excluye del ámbito funcional del convenio a las empresas que contraten o subcontraten las actividades o servicios de las áreas de comedor-restaurante, bar, cocina, recepción, pisos y limpieza, a quienes se aplicará o no se aplicará el convenio impugnado, dependiendo de las circunstancias concurrentes, que el artículo no predetermina. Es así, porque los negociadores del convenio no pueden regular de antemano el marco convencional aplicable a las empresas dedicadas a contratar o subcontratar dichos servicios, ya sea como empresas especializadas en los mismos, ya se trate de empresas multiservicios.

Por el contrario, los negociadores del convenio, conscientes de las eventuales consecuencias discriminatorias en materia salarial, así como de la competencia desleal que pueden provocar en el sector estos procesos de externalización, convinieron evitar dichos efectos negativos, para lo cual, sin predefinir qué convenio es aplicable en los supuestos de contratas o subcontratas en las actividades o servicios ya mencionados, comprometieron que las empresas, incluidas en el ámbito de aplicación del convenio, deberán introducir en los contratos mercantiles, que los contratistas de tales actividades abonaran a sus trabajadores/as las mismas retribuciones salariales del convenio, cuando no les sea aplicable directamente el convenio, lo que aseguraron absolutamente, puesto que las empresas principales responderán subsidiariamente y, en su caso, solidariamente con los contratistas de dichas obligaciones. Dicho

SUBCONTRATACIÓN Y CONVENIO COLECTIVO APLICABLE

compromiso comporta, al menos, que los trabajadores de las contrata o subcontratas de las actividades y servicios reiterados percibirán el mismo salario base, los mismos pluses salariales y pagas extraordinarias, así como las revisiones salariales pactadas durante la vigencia del convenio, al igual que los trabajadores y trabajadoras, a quienes se aplique directamente el convenio colectivo impugnado, según sus arts. 32 a 39 inclusive del convenio.

Por las razones expuestas, vamos a descartar que el art. 20 del convenio colectivo impugnado vulnere lo dispuesto en su artículo 2.2 y 3 en relación con los Anexos I y II del propio convenio, ni tampoco el art. 4 del V Acuerdo de ámbito estatal para el sector de hostelería, porque el citado precepto no predetermina el convenio colectivo aplicable a contrata y subcontratas de las actividades o servicios de las áreas de comedor-restaurante, bar, cocina, recepción, pisos y limpieza, por lo que no excluye ni expulsa de su ámbito a ningún trabajador de contrata o subcontratas, cuando les sea aplicable.”

Adicionalmente, la STS 250/2020, 12 de marzo de 2020 (rec. 209/2018), contiene consideraciones de interés sobre el convenio colectivo aplicable a la subcontratación. Son las siguientes:

“... el legislador ha optado, hasta ahora, por no intervenir sobre el convenio aplicable en la regulación legal de la subcontratación de obras o servicios de la propia actividad del empresario principal, mientras que ha intervenido activamente en otros supuestos, como en las empresas de trabajo temporal, estableciendo en el art. 11 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, de empresas de trabajo temporal, que los trabajadores contratados para ser cedidos a empresas usuaria tendrán derecho durante los períodos de prestación de servicios a la aplicación de las condiciones esenciales de trabajo y empleo que les corresponderían de haber sido contratados directamente por la empresa usuaria, considerándose condiciones esenciales de trabajo y empleo, las referidas a la remuneración, la duración de la jornada, las horas extraordinarias, los períodos de descanso, el trabajo nocturno, las vacaciones y los días festivos.

Consiguientemente, el silencio del legislador en esta materia, con plena conciencia de que las actividades y servicios contratados o subcontratados corresponden a la propia actividad del empresario principal, cuya utilización se apoya en el contenido esencial de la libertad de empresa, permite concluir que las contrata o subcontratas no están obligadas legalmente a la aplicación mecánica del convenio de la empresa principal, aun cuando se trate de obras y servicios propios de la actividad de la empresa principal. – Por el contrario, dicha aplicación dependerá de las circunstancias que concurren en la empresa contratista o subcontratista.

En efecto, la Sala en STS 17 de marzo de 2015, rcud. 1464/2014 ha estudiado qué convenio es aplicable a una empresa multiservicios, cuya actividad dominante era la limpieza, concluyendo, con apoyo en múltiples sentencias de la Sala (STS 10-07-2000, rcud. 4315/99; 29-01-2002, rcud. 1068/01; 31-10-2003, rec. 17/2002 y 31-01-2008, rcud. 2604/2007), que el convenio aplicable a las empresas multiservicios, que no tengan convenio propio, es el que corresponda a la actividad preponderante de la misma. Cuando la empresa contratista o subcontratista no sea una empresa multiservicios y carezca de convenio propio, la Sala en STS 22 de febrero 2019,

rec. 237/2017, en el que se debatía si debía aplicarse al personal de la contrata el Convenio Colectivo del sector de colectividades de Cataluña, en vez del Convenio Colectivo estatal de servicios de atención a personas dependientes, que la empresa venía aplicando desde el año 2012, concluye que deberá aplicarse el convenio del sector de colectividades, puesto que esa era la actividad desplegada efectivamente en la contrata.

De este modo, aun cuando la actividad de la contrata de obras o servicios corresponda a la propia actividad de la empresa principal, deberá atenderse a las circunstancias concurrentes a la hora de aplicar el convenio adecuado, debiendo distinguirse si la adjudicataria es una empresa multiservicios, a quien se aplicará el convenio de empresa cuando lo tenga, o el que corresponda a su actividad dominante, cuando no tenga convenio propio. Cuando la contratista o subcontratista no sea una empresa multiservicios, se le se aplicará el convenio colectivo de la actividad desempeñada efectivamente, salvo que tenga convenio colectivo propio, en cuyo caso ese será el convenio aplicable.”

Debe señalarse que, frente a la afirmación de la STS 250/2020, 12 de marzo de 2020 (rec. 209/2018), en el sentido de que “el legislador ha optado, hasta ahora, por no intervenir sobre el convenio aplicable en la regulación legal de la subcontratación de obras o servicios de la propia actividad del empresario principal”, lo que hace precisamente el RDL 32/2021 es declarar cual es “el convenio colectivo de aplicación para las empresas contratistas y subcontratistas”.

Por lo demás, el precepto convencional sobre cuya legalidad se pronuncia —teniendo presente siempre desde la perspectiva del motivo de casación desde la que lo hace— es una vía de interés para que los trabajadores de la subcontratista perciban los salarios de los trabajadores de la empresa principal, vía que es, en todo caso, de mayor consistencia jurídica que la de tratar de incluir directamente a las empresas subcontratistas en el convenio colectivo aplicable a la empresa principal.

1.2. La STS 438/2020, 11 de junio de 2020 (rec. 209/2018)

La segunda sentencia que se quiere mencionar es la STS 438/2020, 11 de junio de 2020 (rec. 209/2018)

Lo que interesa recoger aquí de esta sentencia es lo siguiente:

“Ante la ausencia de un convenio colectivo propio de la empresa multiservicio demandada, las relaciones laborales quedarán reguladas por el convenio colectivo sectorial cuyo ámbito funcional comprenda la actividad que llevan a cabo los trabajadores en el marco de la contrata yal como ha quedado configurada en los hechos probados. En efecto, al hacerse de esta forma las condiciones laborales de los trabajadores que prestan servicios en los centros a que se refiere el presente conflicto se determinarán en función de la clase de trabajo prestado, que es el parámetro más adecuado y objetivo frente al alternativo de la actividad preponderante de la empresa multiservicios en su conjunto, que, por un lado no se conoce; y, por otro, aunque fuese conocido y otro diferente, nada tendría que ver con la actividad realmente desempeñada por los trabajadores.

En consecuencia, el criterio que debemos aplicar para establecer el convenio de aplicación es el de la real y verdadera actividad ejercida por los trabajadores en relación a la prestación de servicios por la empresa multiservicios a la empresa cliente. Más aún, en un caso como el presente, en el que la actividad que presta la demandada en el ámbito del conflicto es una sola. Con esta solución se atiende a lo que dispone el convenio de referencia que, está pensado, precisamente, para situaciones como la que contemplamos y, además, no se afecta a la competencia en el mercado de trabajo, pues se establece una misma regulación unitaria a todos los trabajadores que realizan el mismo trabajo, con independencia de la configuración jurídica del sujeto empleador, esto es, de si se trata de una empresa especializada en la prestación de un solo servicio o una empresa multiservicios.

La aplicación de la doctrina anterior según la que los trabajadores afectados se regirán por el convenio sectorial que corresponda a la actividad subcontratada, lleva a la misma conclusión que la Sala adoptó en un supuesto idéntico al presente, aunque por motivos diversos en atención a peculiares circunstancias, en la STS de 22 de febrero de 2019, Rec. 237/2017, en la que, en atención a la actividad principal de la empresa se aplicó el Convenio Colectivo de Trabajo del Sector de Colectividades de Catalunya y no el VI Convenio Colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, a una empresa que opera como subcontratista, en las residencias geriátricas, en la actividad de restauración colectiva a los residentes.”

A destacar las afirmaciones sobre la mayor adecuación y objetividad del convenio aplicable al trabajo realizado por los trabajadores en el marco de la contrata frente al criterio de la actividad preponderante, de manera que “los trabajadores afectados se regirán por el convenio sectorial que corresponda a la actividad subcontratada”.

Lo importante es, en todo caso, que este es el criterio expresamente recogido por el apartado 6 del artículo 42 ET: “el convenio colectivo de aplicación para las empresas contratistas y subcontratistas será el del sector de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata”. Compárese este texto con el entrecomillado de la STS 438/2020, 11 de junio de 2020 (rec. 209/2018) que se ha recogido al final del párrafo anterior.

1.3. La STS 197/2021, 12 de febrero de 2021 (rcud 2839/2019)

La tercera y última sentencia que se quiere mencionar es la STS 197/2021, 12 de febrero de 2021 (rcud 2839/2019), cuya doctrina ha sido reiterada por la STS 1110/2021, 11 noviembre 2021 (rcud 3330/2019).

La STS 197/2021 establece que, a los efectos en el caso controvertidos (la fijación de la categoría y del salario regulador de las consecuencias derivadas de la declaración de nulidad del despido), el convenio colectivo aplicable debe ser el convenio de limpieza y no el de hostelería, por ser el primero el aplicable a la empresa con la que un hotel subcontrató el servicio de limpieza.

La empresa recurrente en casación para la unificación de la doctrina tenía contratado con una cadena hotelera “la gestión, supervisión y control del servicio de limpieza de las habitaciones”. La trabaja-

SUBCONTRATACIÓN Y CONVENIO COLECTIVO APLICABLE

dora de aquella empresa, parte recurrida en el recurso y que desempeñaba sus servicios en uno de los hoteles desde el 21 de marzo de 2013, fue despedida por la empresa el 30 de julio de 2016. Su despido fue declarado nulo por la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 6 de Sevilla, de 13 de marzo de 2017 (autos 807/2016), por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su dimensión de garantía de indemnidad. La sentencia del juzgado de lo social entendió que el convenio colectivo aplicable era el del sector de la hostelería de la provincia de Sevilla, por lo que fijó como salario regulador de las consecuencias derivadas de la declaración de nulidad del despido el establecido para la categoría profesional de camarera de pisos en aquel convenio. La empresa recurrió en suplicación la sentencia del juzgado de lo social, pero el recurso fue desestimado por la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, de 6 de marzo de 2019 (rec. 475/2018).

La empresa recurrió en casación para la unificación de doctrina la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, de 6 de marzo de 2019 (rec. 475/2018), solicitando que se declarara que el convenio colectivo aplicable era el de limpieza de Sevilla y que la categoría profesional de la trabajadora era la de limpiadora conforme a este convenio colectivo.

La STS 197/2021 recuerda que la “subcontratación de obras y servicios”, como la denomina el artículo 42 ET, es una actividad lícita que cuenta con respaldo constitucional y legal, citando al efecto la STS 45/2020, 21 de enero de 2020 (rec. 159/2018): “la posibilidad de que las empresas externalicen una parte de su proceso productivo forma parte del contenido esencial de la libertad de empresa (art. 38 CE) y es necesario que una norma con rango de Ley la restrinja para que pueda considerarse válida”.

Seguidamente la STS 197/2021, recogiendo la afirmación de la STS 250/2020, 12 de marzo de 2020 (rec. 209/2018), señala, de un lado, que, en la regulación (entonces vigente) del artículo 42 ET, “el legislador no ha incluido, entre las obligaciones informativas de la empresa principal y de la contratista o subcontratista, la identificación del convenio aplicable”.

Y, de otro lado y especialmente, la citada STS 250/2020, 12 de marzo de 2020 afirma que “el legislador ha optado, hasta ahora (solo lo ha hecho precisamente con el RDL 32/2021), por no intervenir sobre el convenio aplicable en la regulación legal de la subcontratación de obras o servicios de la propia actividad del empresario principal, mientras que ha intervenido activamente en otros supuestos, como en las empresas de trabajo temporal, estableciendo en el art. 11 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, de empresas de trabajo temporal, que los trabajadores contratados para ser cedidos a empresas usuaria tendrán derecho durante los períodos de prestación de servicios a la aplicación de las condiciones esenciales de trabajo y empleo que les corresponderían de haber sido contratados directamente por la empresa usuaria, considerándose condiciones esenciales de trabajo y empleo, las referidas a la remuneración, la duración de la jornada, las horas extraordinarias, los períodos de descanso, el trabajo nocturno, las vacaciones y los días festivos”.

Añade la STS 250/2020, 12 de marzo de 2020 que “consiguientemente, el silencio (hasta el RDL 32/2021) del legislador en esta materia, con plena conciencia de que las actividades y servicios contratados o subcontratados corresponden a la propia actividad del empresario principal, cuya utilización se apoya en el contenido esencial de la libertad de empresa, permite concluir que las contratas

SUBCONTRATACIÓN Y CONVENIO COLECTIVO APLICABLE

o subcontratas no están obligadas legalmente a la aplicación mecánica del convenio de la empresa principal, aun cuando se trate de obras y servicios propios de la actividad de la empresa principal". Finalmente, la STS 250/2020, 12 de marzo de 2020, rechaza que en el supuesto se hubiera incurrido en discriminación directa o indirecta por razón de género -alegación no formulada tampoco en momento alguno en el caso que examina la STS 197/2021-, "aun cuando es notorio —afirma la STC 250/2020, 12 de marzo de 2020— que el personal de pisos y limpieza es mayoritariamente femenino".

La STS 197/2021 recuerda, así, que el artículo 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" (artículo 43 ET) en el que, de conformidad con el artículo 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".

Como el artículo 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, la STS 197/2021 recuerda que ha sido la negociación colectiva la que ha establecido en ocasiones la equiparación de las condiciones salariales de los trabajadores de las empresas contratistas o subcontratistas para el supuesto de que la empresa principal decidiera proceder a subcontratar parte de su actividad, obligando a las empresas "principales" incluidas en el ámbito de aplicación del convenio colectivo a ellas aplicables la obligación de incorporar esa obligación de equiparación en los contratos mercantiles celebrados con las empresas contratistas o subcontratistas.

De lo anterior es buena muestra —señala la STS 197/2021— el supuesto examinado por la citada STS 250/2020, 12 de marzo de 2020 (rec. 209/2018), que aclara que la obligación de equiparación solo puede obligar a las empresas incluidas en el ámbito de aplicación del convenio colectivo a las empresas "principales" y no, naturalmente, a empresas "terceras" no incluidas en ese ámbito de aplicación.

En el supuesto examinado por la STS 197/2021, la obligación de equiparación de las condiciones salariales no existía en el momento de los hechos enjuiciados, pero la equiparación sí se estableció a partir del 1 de enero de 2019, por el artículo 3 del convenio colectivo de hostelería de Sevilla de 2017 a 2019 (BOP 8 de febrero de 2018).

Pero la STS 197/2021 hace notar al respecto que, con independencia de otras consideraciones que no considera no procede realizar sobre la fuerza vinculante del convenio respecto de empresas no incluidas en su ámbito de aplicación, el hecho de que la negociación colectiva establezca esta equiparación de condiciones esenciales a partir de una determinada fecha (1 de enero de 2019), revela que antes de esa fecha no existía tal equiparación.

SUBCONTRATACIÓN Y CONVENIO COLECTIVO APLICABLE

La STS 197/2021 señala el interés para el supuesto de las SSTs 136/2019, 22 de febrero de 2019 (rec. 237/2017) y 438/2020, 11 de junio de 2020 (rec. 9/2019), la primera en un supuesto de empresa no multiservicio, como la sentencia recurrida entiende que era el caso que ahora resolvemos, y la segunda en un caso de empresa multiservicio. La STS 438/2020, 11 de junio de 2020, diferencia el supuesto que examina respecto del enjuiciado por la STS 17 de marzo de 2015 (rec. 1464/2014).

No obstante, la STS 197/2021 considera que mayor relevancia tiene para el supuesto que enjuicia la afirmación ya mencionada de la STS 250/2020, 12 de marzo de 2020 (rec. 209/2018), en el sentido de que la legislación vigente 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. En efecto —afirma la STS 197/2021—, el convenio colectivo aplicable a los trabajadores de la empresa contratista será el que resulte de aplicación a esta última empresa.

Sentadas las anteriores premisas, la STS 197/2021 declara que el convenio colectivo aplicable en el supuesto es el de limpieza y no el de hostelería.

Los pasos que da la STS 197/2021 para llegar a esa conclusión son los siguientes:

1. Según se hace constar en el apartado III del fundamento de derecho tercero de la sentencia recurrida, el contrato celebrado por la empresa recurrente en casación unificadora y la cadena hotelera era la gestión, supervisión y control del servicio de “limpieza de las habitaciones” del hotel que la primera realizaba en favor de la segunda.

Para rechazar que a la trabajadora parte recurrida en el presente recurso le sea aplicable el convenio de limpieza, la sentencia recurrida subraya la importancia (lo califica de “núcleo central”) que tiene en un hotel la limpieza de las habitaciones, que va más allá —se argumenta— de su estricta limpieza, tratándose de lo que los establecimientos hoteleros que lo hacen con personal propio denominan —afirma la sentencia— “departamento de pisos”, siendo significativo de todo lo anterior —razona el TSJ— que se llame a las trabajadoras “camareras de pisos”.

2. Pero —afirma la STS 197/2021— de la razonada argumentación sobre la centralidad de lo que supone la limpieza de las habitaciones en la actividad hotelera, sin duda de mayor complejidad y esfuerzo de lo que muchas veces se ha tendido a pensar, la sentencia recurrida extrae una conclusión que no podemos compartir.

Para la sentencia recurrida, esa condición de la limpieza de las habitaciones de “núcleo central” de la actividad hotelera, excluye que a esa limpieza se le pueda aplicar el convenio de limpieza al encajar en el ámbito funcional del convenio de hostelería, toda vez que las tareas de limpieza que se realizan en los habitaciones de los hoteles —razona la sentencia— son las “mismas”, bien se hagan por personal propio, bien se hagan, en caso de externalización, por los trabajadores de la empresa con la que el hotel ha contratado el servicio de limpieza de aquellas habitaciones.

Sin duda ello es así —afirma la STS 197/2021—. Es lógico que, en los supuestos de subcontratación, las funciones que realicen los trabajadores de las empresas contratistas también encajen en

SUBCONTRATACIÓN Y CONVENIO COLECTIVO APLICABLE

la clasificación profesional del convenio colectivo sectorial aplicable a la empresa principal, toda vez que son tareas que esta empresa puede desarrollar con trabajadores directos suyos. Así puede comprobarse en los convenios colectivos aplicables a la empresa principal en el actual supuesto y en los supuestos resueltos por las SSTs 136/2019, 22 de febrero de 2019 (rec. 237/2017) y 438/2020, 11 de junio de 2020 (rec. 9/2019).

Ocurre que, como la STS 197/2021 ha recordado en anteriores fundamentos de derecho, la legislación vigente permite a una empresa principal contratar a subcontratar con otras empresas parte de su actividad, incluso aunque esta se corresponda con su “propia actividad” (artículo 42.1 ET), esto es con actividades inherentes a su ciclo productivo que forman parte, en los términos de la sentencia recurrida, de su “núcleo central”. Y el artículo 42.1 ET no garantiza la igualdad de condiciones salariales, y menos la aplicación del mismo convenio colectivo, en el caso de que la actividad no se lleve a cabo con personal propio, sino que se haya subcontratado o externalizado y la desarrollan trabajadores de otra empresa.

En el presente supuesto —hace notar la STS 197/2021—, la actividad contratada entre la cadena hotelera era el “servicio de limpieza de las habitaciones”.

Esta actividad, aun correspondiéndose con el “núcleo central” de una empresa hotelera, se puede lícitamente subcontratar, siempre, naturalmente, que no se incurra en una ilícita cesión de trabajadores (artículo 43 ET). Y, si se subcontrata, la regulación legal vigente no garantiza que los trabajadores de la empresa contratista tengan que tener las mismas condiciones retributivas que las percibidas por los trabajadores directos de una empresa hotelera que no haya externalizado la limpieza de las habitaciones.

La conclusión de lo anterior es, para la STS 197/2021, que, de conformidad con la legislación vigente hasta el RDL 32/2021, 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 —el caso— 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 (en el caso, la limpieza de las habitaciones) para que la realice con sus propios trabajadores. En este último supuesto, 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.

De acuerdo con lo razonado, la STS 197/2021 declara que el convenio colectivo aplicable en el supuesto es el Convenio Colectivo de trabajo de ámbito provincial para el sector de limpieza de edificios y locales de la provincia de Sevilla 2016-2020 (BOP Sevilla, 23 de diciembre de 2016).

La STS 197/2021 examina los artículos 1 (sobre ámbito funcional) y 3 (sobre ámbito personal) de este convenio colectivo, así como los artículos 2 (sobre ámbito funcional) y 3 (sobre ámbito personal) del Convenio para el sector de la hostelería de Sevilla 2015-2016, cuya infracción denuncia el recurso y que remite a la relación de empresas del artículo 4º del Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería, cuya infracción denuncia asimismo el recurso.

La STS 197/2021 hace notar que el Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería incluye en su ámbito de aplicación a las empresas que realizan actividades de “alojamiento de clientes” o de “hospedaje de clientes”. Y no es esta actividad —concluye la STS 197/2021— la que realiza la empresa recurrente en casación para la unificación de doctrina, sino que se dedica, según afirma la sentencia recurrida, a “la gestión externalizada de lo que en los establecimientos que lo hacen con personal propio se denomina “departamento de pisos”.

2. EL NUEVO APARTADO 6 DEL ARTÍCULO 42 ET

El RDL 32/2021 ha introducido un nuevo apartado —que pasa a ser el sexto— en el artículo 42 ET con la siguiente previsión:

“El convenio colectivo de aplicación para las empresas contratistas y subcontratistas será el del sector de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata, con independencia de su objeto social o forma jurídica, salvo que exista otro convenio sectorial aplicable conforme a lo dispuesto en el Título III (ET).

No obstante, cuando la empresa contratista o subcontratista cuente con un convenio propio, se aplicará este en los términos que resulten del artículo 84 (ET).”

3. CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO

De conformidad con la disposición adicional vigesimoséptima ET, introducida asimismo por el RDL 32/2021, el artículo 42.6 ET no es de aplicación en los casos de contratas y subcontratas suscritas con los centros especiales de empleo regulados en el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, 29 noviembre.

4. EL PREÁMBULO DEL REAL DECRETO-LEY 32/2021

Las consideraciones del preámbulo del RDL 32/2021 para establecer la previsión ahora introducida en el artículo 42.6 ET son las siguientes:

“existen, en el mercado laboral español, distorsiones relativas a un posible debilitamiento de las condiciones laborales de las personas trabajadoras a través de la externalización.”

“Es necesario abordar una reforma que impida que se utilice la externalización de servicios, a través de la subcontratación, como mecanismo de reducción de los estándares laborales de las personas que trabajan para las empresas subcontratistas.”

“El incremento en el uso de la externalización productiva como mecanismo de reducción de costes afecta negativamente a la competencia cualitativa entre las empresas e incide también en el incremento de la precariedad laboral. Por ello, procede una modernización de su regulación que asegure un uso adecuado en los supuestos que mejoran la actividad productiva, al tiempo que lo desincentive en aquellos en que es un mero instrumento de reducción de costes, así como avanzar hacia la equiparación de condiciones de las personas trabajadoras subcontratadas y reforzar la responsabilidad de las empresas contratistas o subcontratistas.”

“El objetivo es una regulación precisa que garantice el equilibrio entre agilidad y flexibilidad (en trabajos especializados, asociados a un proyecto determinado, etc.) y un nivel adecuado de protección a las personas trabajadoras de las subcontratas, en relación con los trabajos que desarrollan.”

“Con el precedente legal de la Ley 9/2017, 8 noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, 26 febrero 2014, o de la Ley 45/1999, 29 noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, recientemente modificada para incorporar las previsiones de la Directiva (UE) 2018/957 del Parlamento Europeo y del Consejo, 28 junio 2018, que modifica la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, el objetivo de la modificación es procurar la necesaria protección a las personas trabajadoras de la contrata o subcontrata, evitando una competencia empresarial basada de manera exclusiva en peores condiciones laborales.”

“Dicho de otro modo, la externalización debe justificarse en razones empresariales ajenas a la reducción de las condiciones laborales de las personas trabajadoras de las de las empresas contratistas. Lo anterior no es solo un objetivo plausible y legítimo, sino que, además, existe una razón de fondo vinculada con el principio de no discriminación tal y como ocurre en el caso de puestos, profesiones o sectores con alta ocupación femenina (v. gr. colectivo de camareras de piso), y donde resulta difícilmente defendible que dos personas que realizan trabajos de igual valor tengan condiciones laborales diferentes, o incluso carezcan de marco sectorial de referencia, por razón exclusivamente del objeto social o forma jurídica de la empresa contratista o subcontratista a la que se vinculan. Así, el principio de no discriminación e igualdad de trato se asegura mediante la garantía de un convenio colectivo sectorial aplicable sin perjuicio de los derechos de libertad de empresa y negociación colectiva.”. Lo anterior no es solo un objetivo plausible y legítimo, sino que, además, existe una razón de fondo vinculada con el principio de no discriminación tal y como ocurre en el caso de puestos, profesiones o sectores con alta ocupación femenina (v. gr. colectivo de camareras de piso), y donde resulta difícilmente defendible que dos personas

5. EL CRITERIO DEL CONVENIO COLECTIVO APLICABLE A LA ACTIVIDAD DESARROLLADA EN LA CONTRATA O SUBCONTRATA

En consecuencia, de conformidad con el artículo 42.6 ET, el convenio colectivo que las empresas contratistas o subcontratistas deberán aplicar a sus trabajadores empleados en la contrata o subcontrata es, en principio, el sectorial aplicable a la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata, con independencia del objeto social o forma jurídica de aquellas empresas contratistas o subcontratistas.

6. LA EXISTENCIA DE OTRO CONVENIO SECTORIAL APLICABLE Y EL CONVENIO COLECTIVO PROPIO DE LA EMPRESA SUBCONTRATISTA

Pero la anterior previsión o principio general tiene dos excepciones que, si se dan, excluirán la aplicación del convenio colectivo del sector de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata:

1. La primera excepción es que “exista otro convenio sectorial aplicable conforme a lo dispuesto en el Título III (ET).”

A resaltar, en primer lugar, que ha de tratarse de “otro” (no el del sector de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata) convenio “sectorial” (no de empresa). Y, en segundo lugar, que ese otro convenio sectorial ha de resultar aplicable conforme a lo dispuesto en el Título III ET, lo que cabe entender que remite especialmente a los artículos 83.1 y 2, 84 y 85.3 b) ET.

2. La segunda excepción que excluirá la aplicación del convenio sectorial aplicable a la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata es si la empresa contratista o subcontratista cuente con un convenio propio. En tal caso, este convenio de empresa propio se aplicará en los términos que resulten del artículo 84 ET.

El artículo 84.2 ET establece la prioridad aplicativa del convenio de empresa frente al sectorial en determinadas materias. Pero, tras el RDL 32/2021, el convenio de empresa no tiene ya prioridad aplicativa respecto de “la cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluido los vinculados a la situación y resultados de la empresa”. Quiere ello decir que, aunque la empresa contratista o subcontratista cuente con un convenio propio, ello no podrá excluir la aplicación del convenio sectorial que resulte aplicable en materia salarial en los términos que se han entrecomillado en el inciso anterior. El convenio colectivo de la empresa contratista o subcontratista solo tendrá prioridad

aplicativa en las materias previstas en la redacción vigente, tras el RDL 32/2021, del artículo 84.2 ET, que ya no incluyen la materia salarial. En materia salarial y en todas lo demás no mencionadas en el artículo 84.2 ET, tendrá que aplicarse el convenio sectorial.

7. SÍNTESIS CONCLUSIVA

Lo expuesto permite llegar a las siguientes conclusiones:

1. Si la empresa contratista o subcontratista tiene convenio colectivo propio, este será el convenio colectivo aplicable, que se aplicará íntegramente si es anterior en el tiempo al convenio sectorial de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata.
2. Sin embargo, ese convenio colectivo propio no tendrá prioridad aplicativa en materia salarial si es posterior en el tiempo al citado convenio sectorial.
3. En defecto de lo anterior, se aplicará el convenio sectorial que sea aplicable conforme a lo dispuesto en el título III ET.
4. En defecto de los tres criterios anteriores, se aplicará el convenio del sector de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata.

LA PROTECCIÓN A LAS FAMILIAS EN LA SEGURIDAD SOCIAL*

THE PROTECTION OF FAMILIES IN SOCIAL SECURITY

Juan Gorelli Hernández

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Huelva

juan.gorelli@dam.uhu.es ORCID [0000-0003-4452-3068](https://orcid.org/0000-0003-4452-3068)

Recepción de trabajo: 10-05-2022 - Aceptación: 23-06-2022 - Publicado: 21-07-2022

Páginas: 65-100

- 1. INTRODUCCIÓN. ■ 2. PRESTACIONES FAMILIARES “STRICTO SENSU”. 2.1. Prestaciones familiares: modalidad no contributiva. 2.2 Prestaciones familiares: modalidad contributiva.
- 3. LA CONCILIACIÓN COMO OBJETO DE PROTECCIÓN. ■ 4. LA PROTECCIÓN POR MUERTE Y SUPERVIVENCIA. ■ 5. DESEMPLEO Y FAMILIA. ■ 6. ¿DEPENDENCIA COMO PRESTACIÓN FAMILIAR? ■ 7. INGRESO MINIMO VITAL Y FAMILIA. ■ 8. CONCLUSIONES: LA INEXISTENCIA EN NUESTRO ORDENAMIENTO DE UN CONJUNTO ORGANIZADO DE PRESTACIONES FAMILIARES.
- 9. BIBLIOGRAFIA CITADA.

* Este trabajo ha sido desarrollado en el marco del Proyecto P18-RT-4629, “Claves jurídicas del bienestar social para una Andalucía más inclusiva”. Este proyecto ha sido financiado por la Consejería de Transformación Económica, Industria, Conocimiento y Universidad y el FEDER.

RESUMEN

Con este trabajo se analiza el conjunto normativo de Seguridad Social dirigido a la protección de la familia. Con independencia de si se trata de una protección directa o indirecta, se señalan las diferentes prestaciones contributivas y no contributivas que tienen objetivos de carácter familiar. El resultado es la constatación de un sistema transversal de protección, tremendamente heterogéneo y carente de unidad, que requiere la actuación del legislador para unificar las distintas medidas si se quiere que las familias puedan ser verdaderamente protegidas por la Seguridad Social.

PALABRAS CLAVE: familia, protección social, Seguridad Social, prestaciones familiares.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the set of Social Security regulations aimed at protecting the family. Regardless of whether it is direct or indirect protection, the different contributory and non-contributory benefits that have family objectives are indicated. The result is the confirmation of a transversal system of protection, tremendously heterogeneous and lacking in unity, which requires the action of the legislator to unify the different measures if families are to be truly protected by Social Security.

KEYWORDS: family, social protection, Social Security, family benefits.

1. INTRODUCCIÓN

A tenor del art. 39 de la Constitución los poderes públicos deben asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia. Este es el punto de partida de cualquier análisis en materia de protección familiar. Ahora bien, a partir de aquí, la Constitución no nos facilita ningún tipo de elemento sobre cuál ha de ser la actuación de estos poderes públicos¹. Mucho menos contamos en el concreto ámbito de la Seguridad Social de normas que nos indiquen cuál ha de ser el contenido de la protección en materia de Seguridad Social. Los interrogantes son, pues, numerosos. En este trabajo vamos a centrarnos en el contenido de la protección; es por ello que vamos a dejar de lado los interesantes problemas que se plantean en la misma delimitación de cuál ha de ser la familia protegible (¿hasta dónde llega la familia?; ¿sólo la nuclear en sentido estricto, o debe ser más amplia y, en este caso, hasta qué grado?; ¿también incluye la familia por afinidad?; ¿se incluyen situaciones que podemos denominar “parafamiliares”, como el acogimiento o la guarda?; ¿debe existir vínculo matrimonial o se admite como familia las situaciones de convivencia o parejas de hecho?; etc.), si bien, en todo caso entendemos que deben superarse los planteamientos exclusivamente centrados en la familia más estricta o nuclear².

Desde la perspectiva constitucional asistimos a una regulación donde no se manifiestan elementos que ayuden a determinar cuál es el contenido de la acción protectora de la Seguridad Social. Desde mi punto de vista, la protección de la familia debe centrarse en aquellos elementos que tienen carácter básico; es decir, necesidades de carácter económico, ya sea por la existencia de responsabilidades de carácter familiar que requieren ser paliadas; o bien necesidades generadas por la partición de los integrantes de las familias en la vida social en situación de igualdad con el resto de ciudadanos. Es decir, creo que la protección familiar que ha de otorgar la Seguridad Social debería orientarse a facilitar ingresos para atender las necesidades de la familia, supliendo las limitaciones de las rentas familiares. Creo que este es el sentido lógico si conectamos lo previsto por el art. 39 de la Constitución con el art. 41 del mismo texto constitucional: recordemos que este último precepto establece que los poderes públicos han de mantener un régimen público de Seguridad Social a través del cual otorgar la asistencia y prestaciones ante las situaciones de necesidad³.

1 Sánchez-Urán Azaña, Y., “Las prestaciones económicas vinculadas al nacimiento hijos y protección a la familia (de las prestaciones familiares a la prestación familiar)”, en AA.VV., *La protección de la seguridad social a las personas en situación de vulnerabilidad económica y fomento de su inclusión social. A propósito del trigésimo aniversario de la inclusión en el sistema de seguridad social de prestaciones no contributivas (1990-2020)*. V Congreso Internacional y XVIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, Laborum, Murcia, 2021, pág. 460.

2 En este sentido Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G., “Las prestaciones familiares, ese «pariente pobre» de la Seguridad Social”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social* núm. 6, 2016, pág. 14.

3 En este sentido vid. Gorelli Hernández, J., “Problemática aseguradora de la familia”, en AA.VV., *Los retos de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid 2004, pág. 69.

Esta perspectiva del contenido de la protección familiar no supone, desde mi punto de vista, que la Seguridad Social haya de centrarse exclusivamente en las familias carentes de recursos o con recursos claramente insuficientes. Al contrario, creo que las necesidades familiares no se reducen a estas situaciones extremas. Ciertamente esta es una situación especialmente necesitada de protección; pero nos planteamos que los poderes públicos deben garantizar a las familias que sus integrantes puedan disfrutar de una efectiva situación de igualdad de oportunidades en la sociedad; lo cual alcanza tanto a familias carentes de recursos como a familias con más recursos, pero lejos de la riqueza. La existencia de cargas familiares (hijos, mayores a los que cuidar, familiares discapacitados) penaliza gravemente a las familias que las sufren, pues deben destinar recursos económicos a atender tales necesidades familiares; limitando así las posibilidades sociales o educativas de sus integrantes⁴.

Ciertamente esta es una perspectiva a tenor de la cual la Seguridad Social sólo sería uno de los instrumentos a disposición de los poderes públicos para alcanzar este objetivo; y, ciertamente, ello supone que uno de esos instrumentos ha de centrarse en las familias con menos recursos. De hecho, es perfectamente admisible que sea la Seguridad Social, a través de sus prestaciones, quien se ocupe de dicho objetivo. Ahora bien, no parece adecuado entender que las prestaciones familiares de Seguridad Social son un sinónimo de atención a familias depauperadas. De hecho, ante la ausencia de unas políticas públicas claras y consolidadas, bien delimitadas en cuanto a su objetivo y respecto de qué sujeto público ha de hacer frente a las mismas; creo que la Seguridad Social puede otorgar mecanismos de protección más allá de la atención a familias pobres.

De otro lado, en esta dirección de proteger a las familias con carácter general, no sólo en situación de pobreza, creo que lo más conveniente y adecuado sería el establecimiento de prestaciones lo más universales posibles; y con ello me refiero, no sólo que haya de aplicarse un modelo no contributivo, sino que la protección pueda extenderse de la manera más amplia posible. Por lo tanto, que dicha protección no dependa de la carencia de recursos mínimos o muy reducidos.

2. LAS PRESTACIONES FAMILIARES “STRICTO SENSU”

Comenzamos el análisis de esta cuestión con la que tradicionalmente se ha considerado como el centro normativo de imputación de la protección familiar en la Seguridad Social, las prestaciones denominadas por el legislador expresamente como familiares. En este análisis considero esencial realizar una distinción entre las prestaciones no contributivas y las de carácter contributivo, pues como vamos a ver, ambos niveles tienen un sentido muy diferente.

4 Tal como señalaba Gonzalo González, B., es objetivo de la protección familiar "reducir en lo posible la falta de igualdad de oportunidades de los niños (debidamente en gran parte a diferencias en los recursos económicos de que disponen las respectivas familias)". "Familia y Seguridad Social hoy en España", *Tribuna Social*, núm. 90, pág. 8.

2.1. Prestaciones familiares: modalidad no contributiva

En cuanto a las prestaciones no contributivas de carácter familiar, se regulan en los arts. 351 a 362 de la LGSS. En esta regulación encontramos diferentes prestaciones. En primer lugar, la asignación económica por hijo o menor a cargo. Debe reconocerse que esta ha sido la prestación básica y fundamental en la protección familiar de nivel no contributivo. Consiste en el abono de una cuantía económica anual que se fija, también con carácter anual, por la Ley de presupuestos generales del Estado. De entrada, esta prestación requiere de un causante: los hijos menores de 18 años y afectados por una discapacidad igual o superior al 33%, los mayores de edad afectados por una discapacidad igual o superior al 65%, así como menores en régimen de acogimiento permanente o guarda preadoptiva que cumplan idénticos requisitos. A tenor de este planteamiento vemos como dos cuestiones resultan esenciales: en primer lugar, que el ámbito de sujetos causantes es muy limitado, pues se reduce, prácticamente al hijo o situaciones familiares similares (guarda, acogimiento); por tanto, no se extiende la protección familiar a otro tipo de vínculos familiares, ni a otros familiares diferentes. De otro lado, es evidente la trascendencia del elemento de la discapacidad para este tipo de prestación, no sólo para el acceso a la prestación, sino también para determinar su cuantía⁵.

Los beneficiarios de la prestación (progenitores, acogientes o guardadores), además de residir legalmente en territorio español, y no tener derecho a prestaciones de esta misma naturaleza en cualquier otro régimen de protección social, deben tener a su cargo al hijo/s o menores a acogidos con carácter permanente o guarda preadoptiva. Es decir, no sólo es necesario tener un hijo (o menor en acogida o guarda), sino que ha de estar a cargo del beneficiario. ¿Qué significa estar a cargo? Esencialmente supone que el causante debe convivir con el beneficiario, residiendo ambos en territorio español, convivencia que supone la dependencia económica del hijo a cargo respecto del beneficiario. En este sentido, recordemos lo señalado por el art. 9 del RD 1335/2005, de 11 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones familiares de la Seguridad Social, que señala la existencia de hijo o menor acogido a cargo, señalando que el hijo o menor se considera a cargo “cuando convivan y dependa económicamente del beneficiario”. Al margen de los problemas jurisprudenciales que plantea esta delimitación, especialmente en la existencia de la convivencia, si ésta se rompe por situaciones de carácter transitorio, o qué ha de entenderse por dependencia económica; lo cierto es que nos encontramos ante una prestación en forma de aportación económica a la familia; una prestación diseñada para intentar hacer frente al incremento de gastos que supone la existencia de cargas familiares⁶.

No obstante, lo anterior, hay situaciones especiales en que la condición de causante y beneficiario coinciden: por la orfandad absoluta del causante, causantes que, no siendo huérfanos, han sido

5 Recordemos que tras la entrada en vigor del RD-Ley 20/2020, de 29 de mayo, que aprueba el Ingreso Mínimo Vital, los hijos menores no discapacitados ya no generan derecho a la asignación económica por hijo a cargo, desviándose la cuestión al mecanismo del IMV. No obstante, se mantiene el abono de las prestaciones por hijo a cargo declaradas con anterioridad a la entrada en vigor del citado RD-Ley, hasta su desaparición.

6 Sánchez-Urán Azaña, Y., Op. cit., pág. 473.

abandonados por sus padres; hijos discapacitados mayores de 18 años cuya capacidad no ha sido alterada judicialmente, conservando su capacidad de obrar, en cuyo caso serán beneficiarios de las prestaciones que habrían correspondido a sus padres. Ciertamente, en estos casos, más que una prestación económica destinada a la familia, estamos ante una prestación económica destinada al mantenimiento, la supervivencia más bien, de personas con circunstancias familiares y personales especialmente complejas. No se trataría, por tanto, de una prestación de carácter familiar.

La cuantía es, en la actualidad, de 1000 euros (a tenor de la Ley 22/2021) por cada hijo a cargo. Dicha cuantía es más elevada cuando se incrementa el grado de discapacidad y se supera la mayoría de edad: la prestación por el hijo mayor de dieciocho años con un grado de discapacidad igual o superior al 65 por ciento, alcanza los 4.934,40 euros; y para los mayores de 18 años con discapacidad igual o superior al 75%, que requiera de un tercero para los actos más esenciales, caso en el que la prestación asciende a 7.401,60 euros. Puede observarse como si bien la prestación económica básica es bastante reducida y poco aporta a las familias, la cuestión es diferente en el caso de mayores con un alto grado de discapacidad. Por tanto, en la situación general la protección es casi inexistente o de escasa entidad, por lo que poco aporta realmente como auténtica medida de protección familiar.

En segundo lugar, encontramos la prestación económica por nacimiento o adopción de hijo en caso de familias numerosas, monoparentales o progenitores con discapacidad igual o superior al 65%. Los beneficiarios de la prestación deben cumplir con la exigencia de residencia legal y no tener derecho a prestación de idéntica naturaleza en cualquier otro régimen público de protección social, así como no superar ingresos anuales, de cualquier naturaleza, a la cuantía que anualmente establezca la Ley de presupuestos generales del Estado, incrementándose en un 15% dicha cuantía por cada hijo a cargo a partir del segundo. Para 2022, el límite de ingresos se fija en 12.913,00 euros anuales⁷. En caso de convivencia de ambos cónyuges, se tienen en cuenta los ingresos de los dos a los efectos de la superación de dicho límite de renta. La cuantía de la prestación es de 1000 de pago único⁸.

Por lo tanto, tenemos una prestación de cuantía muy reducida, tanto que realmente casi nada aporta al mantenimiento de las necesidades familiares, que se abona en supuestos muy concretos de nacimiento o adopción (en familias numerosas, monoparentales, o con discapacidad de los progenitores), cuando, además, se carece de rentas económicas. Es decir, la situación protegida es el incremento de las necesidades familiares debido al nacimiento o adopción de un hijo, pero en condiciones tan particulares, que realmente el ámbito material de protección es muy reducido. Si a ello se suma la reducida cuantía, el resultado es una prestación de escasa relevancia protectora de la familia.

De otro lado, ha de tenerse en cuenta que no se exige como requisito la condición de hijo a cargo, que era elemento esencial en la prestación por hijo o menor a cargo. Tan sólo se tiene en cuenta

7 Además, si se trata de personas que forman parte de familia numerosa, dicho importe que funciona como límite, también se incrementará; así, para el año 2022 dicha cuantía se fija en 19.434,00 euros anuales, incrementándose en 3.148,00 euros anuales por cada hijo a cargo a partir del cuarto, éste incluido.

8 Cabe la posibilidad de acceder a la prestación si los ingresos superan el límite de rentas, cuando los ingresos son inferiores al resultado de sumar a dicho límite de rentas los 1000 euros de prestación; en cuyo caso la cuantía de la prestación será igual a la diferencia entre ingresos percibidos y el resultado de la suma del límite de renta más los 1000 euros.

la condición de hijo a cargo para la determinación del límite de ingresos. Pues bien, en este caso la consideración de hijo a cargo no es idéntica a la que ya hemos visto para la prestación anterior, pues se considera hijo a cargo el menor de 18 años (no se requiere grado de discapacidad), o el mayor de edad con una discapacidad igual o superior al 65%. A destacar también que la prestación tiene como sujeto causante el hijo biológico o adoptado, pero no los acogidos o en situación de guarda preadoptiva. Estos sólo se tienen en cuenta a los efectos de la determinación del concreto límite de ingresos de la familia, pero el acogimiento o la guarda no generan derecho a la prestación; no son, por tanto, causantes; si bien se tienen en cuenta como circunstancia que generan gasto familiar, por lo que han de ser tenidos en cuenta a la hora de fijar el límite de rentas.

En tercer lugar, nos encontramos con la prestación por parto o adopción múltiples (arts. 359 y 360 LGSS). Los padres o madres, o en su defecto, quien reglamentariamente se establezca, que cumpla los requisitos de residencia y carecer de derecho a prestación de esta misma naturaleza en cualquier otro régimen público de protección social, tendrán derecho a una cuantía económica de pago único equivalente al SMI multiplicado por 4, 8 o 12 en función del número de hijos nacidos o adoptados. Obsérvese que no se requiere que sean hijos a cargo, por lo que el hecho determinante de la prestación es simplemente el nacimiento o la adopción de los mismos; es decir, una circunstancia estrictamente familiar. De otro lado, sólo se contempla el nacimiento o la adopción, pero no otras realidades jurídicas cercanas (acogimiento, guarda). En este caso, a diferencia de los otros supuestos, están protegidas todas las familias, sin que se limite la prestación sólo a ciertas familias con especiales necesidades económicas o con circunstancias como la discapacidad que hace más difícil su situación.

A tenor de lo expuesto anteriormente, podemos señalar los siguientes elementos que delinear la protección familiar no contributiva y que podemos resumir señalando que existe una disgregación o falta de homogeneidad en la protección a las familias y un evidente particularismo:

- En primer lugar, la existencia de diferentes fenómenos o circunstancias de carácter familiar que se protegen. Es decir, no hay un objetivo común del conjunto de prestaciones. De un lado hay una prestación por hijo o menor a cargo discapacitado; es decir, se establece el hijo a cargo discapacitado como elemento determinante o contingencia protegible. Por lo tanto, no hay una protección por hijo a cargo, sino por ciertos hijos a cargo. De otro, una prestación por nacimiento o adopción en familias con ciertas características, de manera que no hay una protección a la familia, sino a ciertas familias. Por último, una protección en caso de parto o adopción múltiples; es decir, una prestación económica de pago único que tiene como objetivo facilitar el incremento puntual de ingresos, pero no existe un planteamiento a largo plazo de ayuda a la familia.
- En segundo lugar, el hijo a cargo como contingencia protegida base de las prestaciones familiares, prácticamente desaparece, limitándose sólo a la asignación económica por hijo a cargo; que, además, reduce su configuración a aquellos que tengan una especial situación de discapacidad. En la prestación económica por nacimiento o adopción en familias con ciertas características (monoparentales, numerosas o progenitores con discapacidad), el concepto de hijo a cargo sólo tiene utilidad a los efectos de determinar el límite de ingresos.

- En todo caso, pese a la práctica supresión del concepto de hijo a cargo, debe reconocerse que la protección familiar se centra en el hijo, ya sea de manera directa, como causante de la asignación económica, o bien desde la perspectiva del nacimiento de hijos. Por lo tanto, no hay una protección referida, ni a la familia como centro de imputación de la protección (sea ordinaria o con características especiales), ni a otros posibles integrantes de la familia. La familia se configura, a estos efectos, desde una perspectiva estrictamente nuclear⁹.
- Si bien alguna prestación se refiere no sólo al hijo en sentido estricto (biológico o adoptado), además de situaciones “parafamiliares” como el acogimiento o la guarda preadoptiva (así ocurre en la asignación económica por hijo a cargo); en el resto el legislador se centra sólo en el hijo (biológico o adoptado) como causante de las prestaciones.
- Es especialmente relevante el particularismo a la hora de delimitar las situaciones merecedoras de protección¹⁰. No se protegen los hijos a cargo, sino sólo aquellos con ciertas características de discapacidad. Ciertamente, la discapacidad puede suponer un incremento de las necesidades económicas; pero olvida el legislador que las cargas familiares ordinarias también son dignas de protección. De otro lado, se tienen en cuenta ciertos tipos de familia para otorgarles la protección: monoparentales, familias numerosas o con discapacidad; es decir, no la familia en general. La consecuencia, obviamente es la limitación del alcance de estas medidas de protección.

2.2 Prestaciones familiares: modalidad contributiva

Las prestaciones familiares contributivas (arts. 235 a 237) tienen un sentido totalmente diferente a las no contributivas y nada tiene que ver con las cargas familiares. De un lado, el art. 235 LGSS regula una cotización ficticia de a favor de las trabajadoras de 112 días por cada parto (no se extiende a los supuestos de adopción) de sólo un hijo y 14 más por cada hijo a partir del segundo en caso de partos múltiples, excepto para el caso en que se hubiese cotizado durante la totalidad del período de dieciséis semanas (o más en caso de parto múltiple). Es, decir, se trata de un complemento de cotización que se aplica a las mujeres trabajadoras al entenderse que son ellas las que se ocupan fundamentalmente de hacer frente al cuidado de los hijos. Lógicamente, no se aplica dicho complemento de cotización cuando las trabajadoras hayan cotizado por dicho período (recordemos que la prestación por maternidad que cubre las 16 semanas de suspensión o permiso —112 días— incluye en su protección la cotización a la Seguridad Social durante dicho período), pues en este caso dicho período de cuidado de los hijos ya estaría cubierto por cotizaciones vinculadas a dicha prestación.

En segundo lugar, art. 236 LGSS, regula el denominado beneficio por cuidado de hijos menores, por el que se tienen como cotizados (excepto a efectos del período de carencia de las prestaciones) ciertos períodos de tiempo a partir de la extinción del contrato o de la finalización de la prestación por desempleo siempre y cuando dichas situaciones se produzcan en conexión temporal con el na-

⁹ Sánchez-Urán Azaña, Y, Op. cit., pág. 479.

¹⁰ Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G., Op. cit., pág. 18.

cimiento, adopción o acogimiento. Se estima cotizado el período de interrupción, con un máximo de 270 días, sin que pueda superarse el número de días reales de interrupción en la cotización. Con ello se pretende favorecer a los trabajadores (normalmente mujeres) que hayan decidido dedicar tiempo al cuidado de los hijos o acogidos.

Por último, el art. 237 se refiere a considerar período cotizado los de excedencia por cuidado de hijos o menores en acogimiento o guarda (hasta 3 años) a efectos de pensiones de jubilación, incapacidad y muerte y supervivencia, así como las prestaciones por nacimiento de hijos. De igual manera, también se considera período cotizado el primer año de la excedencia por cuidado de familiares (art. 46.3 ET). Por último, el art. 237.3 LGSS establece para los supuestos de reducción de jornada del art. 37.6 ET, que las cotizaciones se computen con un incremento hasta el 100% de la cuantía que hubiese correspondido en caso de no reducirse la jornada del trabajador, alcanzando, según los supuestos, diferente duración y afectando a distintas prestaciones.

No estamos realmente ante instrumentos dirigidos a proteger a la familia, al menos no directamente. En su caso, estamos ante una protección de carácter indirecta, tal como ocurre con la consideración de período cotizado en caso de excedencia por cuidado de hijos o cuidado de otros familiares, o el incremento de la cotización para asimilarla al 100% cuando hay reducciones de jornada por cuidado del menor. En estos casos, la finalidad perseguida tiene un elemento, indirecto, de protección familiar, pues se pretende que los trabajadores no sufran reducciones en sus futuras prestaciones (fundamentalmente pensiones de jubilación), por haber asumido el cuidado de hijos o familiares, debiendo haber renunciado temporalmente a trabajar o a trabajar a jornada completa. Es decir, se pretende facilitar que los trabajadores y trabajadoras puedan cuidar de sus familias sin poner en peligro sus derechos de Seguridad Social. De esta manera, la familia, indirectamente se beneficia, si no económicamente, si materialmente, de los cuidados que puede desarrollar el trabajador.

En otros casos. Más que una protección indirecta, estamos ante una protección tangencial, tal como ocurre con los períodos de cotización asimilada por parto (art. 235 LGSS), o el beneficio por cuidado de hijos o menores (art. 236). En estos últimos supuestos, si bien podemos presumir que las ausencias del trabajo (y, consecuentemente, de cotización) se deben al interés en cuidar de hijos, no estamos ante un requisito necesario para acceder a la protección.

En realidad, en todos estos casos, el objetivo esencial de protección es la carrera de seguro de los trabajadores, no la familia¹¹. Estas prestaciones no suponen una transferencia de rentas a las familias, pese a que existan cargas familiares que atender. En definitiva, en estos casos también se establecen mecanismos para facilitar el mantenimiento de la carrera del seguro, de su integridad cuantitativa o de su integridad cualitativa; pero no estamos ante prestaciones que tengan como objetivo la protección ante una contingencia derivada de la existencia de cargas de carácter familiar; o con la que

¹¹ Gorelli Hernández, J., "Paleontología jurídica: las prestaciones por hijo a cargo (un resbaladizo fósil viviente). Su delimitación en base a las cargas familiares", en AA.VV. *Protección a la familia y Seguridad Social. Hacia un nuevo modelo de protección sociolaboral (Tomo II)*, Laborum, Murcia, 2018, pág. 47.

se pretende proteger a las familias¹². En realidad, esta regulación pretende evitar las consecuencias negativas de las interrupciones de la carrera del seguro motivadas por la necesidad de atender a responsabilidades de carácter familiar¹³. Se pretende limitar los efectos negativos de la decisión de hacer frente a responsabilidades familiares, que puede suponer renunciar temporalmente al trabajo.

3. LA CONCILIACIÓN COMO OBJETO DE PROTECCIÓN

Un segundo gran grupo de prestaciones relacionadas con la familia son las prestaciones relativas a la conciliación entre la vida familiar y laboral. Se trata de prestaciones dirigidas a facilitar rentas económicas cuando se produce un cese en el trabajo (o una reducción) de carácter temporal, motivado por la necesidad del trabajador de atender sus responsabilidades de carácter familiar. Por lo tanto, el objetivo de protección no es la familia, sino facilitar la conciliación a trabajadores y trabajadoras. No obstante, es evidente que al facilitar la conciliación, estamos ante un mecanismo indirecto de protección de la familia.

De otro lado, ha de tenerse en cuenta que desde una perspectiva más moderna de la conciliación, se está imponiendo, no ya el simple objetivo de facilitar que trabajadores y trabajadoras puedan armonizar sus necesidades familiares con su tiempo de trabajo; sino que se plantea dar un paso más y favorecer la corresponsabilidad; es decir, la igualdad de género y de oportunidades en la conciliación. Dicho de otro modo, se pretende favorecer que las responsabilidades familiares sean compartidas de manera equitativa entre trabajadores y trabajadoras¹⁴.

Se trata de prestaciones centradas en situaciones de conciliación por necesidades relacionadas con hijos o, en su caso, acogidos y menores en situación de guarda. Por lo tanto, las prestaciones, no tienen como objetivo las necesidades familiares con carácter general, sino sólo ciertas necesidades de conciliación generadas por los hijos. Nuevamente, por tanto, se plantea una protección familiar, aunque sea indirecta, respecto del núcleo familiar más estricto.

En cuanto al conjunto de prestaciones, la primera de ellas, la que debe considerarse como fundamental, es la prestación por nacimiento y cuidado de menores; que incluye tanto los supuestos de nacimiento, adopción, acogimiento de duración no inferior a un año y guarda preadoptiva (supuestos estos últimos que no suponen nacimiento alguno, pero que implican un “enriquecimiento

¹² Jurado Segovia, A., “Prestaciones familiares de la Seguridad Social: evolución normativa y puntos críticos de la protección no contributiva”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 24, 2011, pág. 9.

¹³ Martínez Lucas, J.A., “La reordenación de las prestaciones familiares de la Seguridad Social”, *Actualidad Laboral*, núm. 12, 2004, pág. 1421.

¹⁴ Blasco Jover, C., “Diferencias de trato en el ejercicio de ciertos derechos prestacionales y propuestas de mejora normativa”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo* Volumen 9, núm. 2, abril-junio, 2021, pág. 193.

to” de las situaciones protegidas¹⁵ y una manera de concebir la maternidad que no es puramente biológica¹⁶). Se trata de una prestación que se reconoce a ambos progenitores mientras disfrutan de la suspensión por nacimiento y cuidado de menor regulada en el art. 48.4 a 6 ET; para lo cual ha de cumplirse con los requisitos de afiliación, alta y cotización (si bien, hemos de reconocer que el período de cotización, que es diferente en función de la edad del beneficiario, no es precisamente amplio, lo que facilita el acceso a la prestación).

La prestación consiste en un subsidio equivalente al 100% de la base reguladora de la IT por riesgos comunes. Además, caso de no poder cumplir con los requisitos del período de carencia, se establece una prestación no contributiva para las trabajadoras (exclusivamente ellas) de 42 días naturales (6 semanas), incrementable en caso de circunstancias especiales (familia numerosa, monoparental, parto múltiple o discapacidad de la madre). Como vemos, estas prestaciones tienen en cuenta como fenómeno a proteger los supuestos de suspensión del contrato por nacimiento y cuidado de menores; situación durante la que, al estar suspendido el contrato, no se tiene derecho a salario, por lo que se establece el derecho a una prestación que aporte rentas económicas de cuantía prácticamente idéntica al salario de los trabajadores.

El sentido de la prestación es favorecer que los trabajadores puedan dedicarse a tales responsabilidades familiares, pues la inexistencia de rentas es un elemento que genera el rechazo al disfrute de tales períodos. De otro lado, las únicas circunstancias de orden familiar que tienen en cuenta estas prestaciones son el nacimiento o adopción de un hijo, el acogimiento o la guarda.

En segundo lugar, y en la senda de promover la corresponsabilidad, la LGSS establece la prestación de corresponsabilidad en el cuidado del lactante (arts. 183 a 185 LGSS). Esta prestación está destinada a cubrir la ampliación de la duración de la reducción en media hora de la lactancia de los 9 a los 12 meses regulada en el 4º párrafo del art. 37.4 ET (lo que supone un ejercicio corresponsable de la lactancia —términos usados por el legislador—, al requerir que se ejerza este derecho con la misma duración y régimen por ambos progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores). A tenor de esta última regulación, si bien se produce una ampliación del disfrute de la reducción en media hora, desde el 9º al 12º mes; sin embargo, dicha ampliación no está cubierta por el salario (en los primeros nueve meses de lactancia, al contrario, sí se conserva el derecho al salario). La prestación consiste, justamente, en cubrir dicha pérdida de salario. Para el acceso a la misma se va a exigir, además del ejercicio corresponsable de la lactancia, los mismos requisitos que para la prestación por nacimiento y cuidado de hijo. En todo caso, sólo uno de los progenitores tendrá derecho a la prestación.

La prestación no es, desde luego, una prestación que tenga una entidad económica relevante, pues sólo asegura el abono de la media hora de reducción durante los meses 9º a 12º de la vida del re-

15 En este sentido López Roldán, P., *La protección de la maternidad en el ordenamiento jurídico laboral: avances y retos en las tutelas preventiva, laboral y prestacional*, UCOPress, Córdoba 2022, pág. 542.

16 Romero Burillo, A.M., "De las prestaciones por maternidad a la prestación por nacimiento y cuidado de menores: una aproximación a la regulación contenida en el RD-Ley 6/2019", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 224, 2019, versión electrónica.

ción nacido, adoptado, acogido o en guarda preadoptiva. Su escasa relevancia se reafirma si tenemos en cuenta que sólo uno de los progenitores, acogedores o guardadores podrá disfrutar de la prestación. Nuevamente estamos ante una prestación que protege la conciliación (en este caso desde una perspectiva de la corresponsabilidad), no a la familia; si bien, esta se beneficiará indirectamente de la misma, al facilitar (en una exigua medida) que los progenitores amplíen su derecho a los cuidados por lactancia. De otro lado, seguimos centrados en el hijo o en situaciones familiares paralelas, sin que se rompa dicho círculo. Ciertamente se amplía la protección a situaciones que van más allá del hijo biológico, pero dado que la prestación se basa sobre la regulación de la lactancia (que puede extenderse —como situación protegida— hasta el 12º mes), será difícil que, en muchas situaciones de adopción, acogimiento o guarda, pueda disfrutarse de la misma, debido a la edad del niño.

Un matiz muy diferenciado presentan las prestaciones por riesgo durante el embarazo (arts. 186 y 187 LGSS) y riesgo durante la lactancia natural (arts. 188 y 189 LGSS). Estas prestaciones están destinadas a otorgar rentas económicas similares al salario durante las suspensiones del contrato de trabajo motivadas por las situaciones de riesgo para el embarazo o la lactancia reguladas por el art. 26 LPRL. Cuando de la evaluación de riesgos de los puestos de trabajo se detecta que la exposición de la trabajadora embarazada o lactante a las condiciones de trabajo pueden afectar a su salud, a la del feto o a la del lactante, se establecen ciertos mecanismos para evitar dicha situación, siendo la última de las medidas (si fallan las anteriores), la suspensión del contrato de trabajo; y como sabemos, durante dicha suspensión, no se tiene derecho al salario. Siendo consciente el legislador que esta situación puede generar el rechazo de la trabajadora, por la necesidad de acceder a las rentas salariales; es por lo que se establece esta prestación.

Por lo tanto, estamos ante una prestación destinada a favorecer un desenlace exitoso del embarazo y la salud de la mujer embarazada y del lactante. Más que una prestación vinculada con el objetivo de protección familiar, estamos ante prestaciones destinadas a velar por la salud de trabajadoras y recién nacidos. Por lo tanto, si bien se regula en el ámbito de las prestaciones favorecedoras de la conciliación, poco o nada tiene que ver con una prestación de carácter familiar.

Por último, los arts. 190 a 192 de la LGSS regulan la prestación por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave. En este caso, pese a su denominación, no estamos ante una prestación que aporta recursos económicos en una situación especialmente dificultosa para una familia; sino que aporta una renta económica en los casos en que, debido a tales enfermedades, el trabajador reduce su jornada, hasta la mitad de la misma, con pérdida proporcional del salario, pues es necesario cuidar de un hijo menor de edad, o un menor en situación de guarda preadoptiva o acogimiento. Por lo tanto, la prestación pretende facilitar que los progenitores puedan cuidar de tales sujetos, sin tener que sufrir una pérdida económica sustancial, al reducirse su jornada de trabajo. En definitiva, se trata de facilitar nuevamente la conciliación.

Para acceder a esta prestación se requieren los mismos requisitos que en la prestación por nacimiento, así como que ambos progenitores trabajen¹⁷, salvo en caso de familia monoparental (se

17 Vid. en sentido crítico a Blasco Jover, C., Op. cit., pág. 207.

resuelve así el problema de que en estos casos no se pudiera acceder a esta prestación). La prestación consiste en un subsidio equivalente al 100% de la base reguladora (la misma que la establecida para la incapacidad permanente, por tanto, una prestación de cuantía equivalente a la prestación por nacimiento); si bien, si ambos progenitores, guardadores o acogedores cumplen los requisitos, sólo uno de ellos podrá disfrutar de la prestación. En principio, esta prestación puede prolongarse hasta que el enfermo alcance los 23 años (siempre que la enfermedad sea previa al cumplimiento de la mayoría de edad).

Como vemos, se trata de una prestación que sólo tiene una conexión indirecta con las necesidades de protección familiar, encuadrándose en el grupo de prestaciones favorecedoras de la conciliación (lo que proyecta, indirectamente, efectos protectores sobre la familia). El ámbito de protección es coincidente con la prestación por nacimiento, al incluir no sólo el nacimiento y la adopción, sino también el acogimiento y la guarda. Sin embargo, otros familiares que pueden padecer las mismas enfermedades no resultan protegidos en absoluto. Estamos ante un defecto de protección, no sólo desde la perspectiva de la protección familiar, sino también de la conciliación, pues normalmente son mucho más susceptibles de sufrir estas enfermedades los familiares de mayor edad (los abuelos), que personas más jóvenes. De otro lado, ha de observarse como la necesidad de conciliación que determina la prestación, desaparece legislativamente, cuando el enfermo cumple los 23 años. A partir de esa edad, ni siquiera los hijos son causantes de esta prestación.

A tenor de lo que acabamos de exponer este conjunto de prestaciones se caracterizan por diferentes elementos a tener en cuenta:

- En primer lugar, si bien la conciliación es el eje fundamental que vertebra este conjunto normativo, hay una cierta falta de homogeneidad, pues en este ámbito se incluyen también prestaciones cuyo objetivo es la salud de la trabajadora, del feto o del recién nacido. Por otra parte, cabe resaltar también cómo, al menos en la prestación por nacimiento, y como consecuencia de la normativa sustantiva, también se tiene en cuenta como objetivo a conseguir, el de la corresponsabilidad o reparto equitativo de las responsabilidades familiares entre ambos progenitores.
- En segundo lugar, se protege a los trabajadores, no a la familia. Se trata de prestaciones dirigidas a favorecer la posición del trabajador cuando ha de hacer frente a las responsabilidades familiares. Por lo tanto, el objetivo de protección es, ante todo, la situación del trabajador y no la situación de la familia; si bien, como hemos señalado, el hijo también es beneficiario indirecto de la prestación, al mejorar la posibilidad de que pueda recibir los cuidados necesarios.
- Lo anterior vuelve a evidenciar que el conjunto de sujetos que pueden dar lugar a la protección en estas prestaciones, es muy reducido: hijos fundamentalmente; en algún caso, como las prestaciones por riesgo durante embarazo y lactancia, han de ser hijos biológicos. No obstante, tanto en las prestaciones por nacimiento de hijos y en la prestación para otorgar cuidados en caso de hospitalización, los causantes son hijos, tanto biológicos, como adoptados; así como en caso de guarda y acogimiento. Por lo tanto, si bien el núcleo de integrantes de la

familia que pueden ser considerados causantes de la prestación es muy cerrado y pequeño, lo cierto es que se incluyen también estas situaciones paralelas a la condición de hijo.

Como vemos, de las líneas generales de esta regulación estamos ante un mecanismo que ofrece una protección meramente indirecta de la familia, pues el objetivo principal es facilitar a los trabajadores un margen de maniobra para que estos puedan compaginar el trabajo con sus responsabilidades de carácter familiar.

4. LA PROTECCIÓN POR MUERTE Y SUPERVIVENCIA

Una nueva perspectiva se nos plantea con las prestaciones por muerte y supervivencia. En este caso, el sentido y lógica de estas prestaciones se centra en no dejar desamparada económicamente a las familias cuando falta uno de los miembros esenciales en la aportación económica a la familia.

Debe resaltarse que esta prestación supone la aportación de rentas a la familia y así garantizar que éstas puedan conseguir que sus diferentes integrantes desarrollen una vida social ordinaria. Ahora bien, no lo hace considerando a la familia como tal, sino a los sujetos vinculados por ciertas relaciones de carácter familiar (matrimonio, pareja de hecho, descendientes o incluso otros familiares en ciertos casos). Es decir, no es una prestación concebida como auxilio a las familias, sino a ciertos familiares. En definitiva, aunque no sea una prestación familiar, se pretende facilitar a determinados familiares una renta económica ante la ausencia (por fallecimiento) de uno de los cónyuges y/o progenitores, que con su trabajo aportaba todos o parte de los medios de vida a la familia. Desde este punto de vista, bien puede afirmarse que entre el objetivo de protección hay uno de carácter estrictamente familiar debido a la pérdida económica que supone el fallecimiento del causante¹⁸.

De otro lado, estas prestaciones se generan necesariamente ante el fallecimiento del cónyuge y/o progenitor o familiar. Es decir, que como punto de partida exige que haya un causante que fallece y deja de realizar las aportaciones económicas. Por lo tanto, pudiendo afirmarse que tiene un objetivo de protección familiar, éste yace sepultado bajo la exigencia del fallecimiento del causante, lo que en buena medida, oculta la finalidad familiar y además limita enormemente su capacidad protectora, pues no afecta para nada a aquellas familias, en situación de necesidad, en las que no se ha producido fallecimiento alguno.

Como sabemos, las prestaciones en este ámbito son diferentes en función de cuál es el familiar beneficiario de las mismas. En primer lugar, tenemos las pensiones de viudedad. Se trata de una de las prestaciones sometidas a una de las evoluciones más interesantes de nuestro ordenamiento,

¹⁸ En este sentido Rodríguez Iniesta, G., "Ciento veinte años de protección a la viudedad (1900-2020)", *e-Revista Internacional de la Protección Social* Vol. 4, núm. 2, 2019, pág. 72.

pues siendo en su origen una prestación destinada sólo a viudas; es decir, a la mujer que tenía dicho estado civil, habiendo admitido posteriormente su ámbito subjetivo también al viudo y, con posterioridad, a los divorciados, hoy admite también a situaciones de parejas de hecho.

Lo anterior ofrece un panorama bastante interesante en relación a qué tipo de relaciones familiares están protegidas. En primer lugar, la viudedad en sentido estricto; es decir, aquellos que, al haber mantenido el vínculo matrimonial, ante el fallecimiento del o la causante, pasan a situación de viudedad.

En segundo lugar, puede ser beneficiario de la prestación de viudedad quien no tiene tal condición, ni tan siquiera es ya familiar, pero lo fue, pues existió vínculo matrimonial, pero se eliminó por separación, divorcio o nulidad matrimonial; en estos casos resulta interesante destacar que sólo se podrá acceder a la pensión si el superviviente tiene derecho a una pensión compensatoria que se extingue por el fallecimiento del causante: es evidente que en este caso no estamos ante protección de carácter familiar, pues no hay vínculo familiar alguno y la prestación está más vinculada con planteamientos, ya sobrepasados, por los que era necesario proteger a aquél cónyuge (normalmente la mujer) que, habiéndose consagrado al cuidado de la familia, dejaba de acceder a recursos económicos como consecuencia del fin del matrimonio. Pero siendo, cuanto menos, peculiar que se genere derecho a una pensión de "viudedad" para quien ya no mantiene vínculo matrimonial alguno; más peculiar es la solución que el ordenamiento otorga para aquellos casos en los que él o la causante ha vuelto a contraer matrimonio con posterioridad al divorcio o nulidad matrimonial, pues en estos casos, se comparte la única pensión de viudedad entre las dos personas (o más) que han mantenido un vínculo matrimonial. Desde mi punto de vista ello tiene que ver con la realidad social en la que esta situación se reguló y que consistía en mujeres no trabajadoras, que con el divorcio perdían buena parte de sus posibilidades económicas, al haberse dedicado a los cuidados familiares y que requerían de una protección económica, que con esta regulación se prolonga más allá del fallecimiento del exmarido. El problema reside, como no, en el hecho de que una única pensión puede suponer la desatención a las dos personas que deben repartírsela.

Por último, la pensión de viudedad se aplica también en caso de parejas de hecho, si bien no existe un paralelismo absoluto con los supuestos de matrimonio¹⁹, podemos señalar cómo la última evolución de esta situación regulada en el art. 221 LGSS se acerca al supuesto de matrimonio, pues se ha eliminado la exigencia de cierta dependencia económica respecto del causante. Si bien inicialmente estas diferencias se veían como la opción de privilegiar la situación matrimonial tradicional, hoy el mantenimiento de ciertas diferencias (cada vez menos), no son sino una expresión de limitar el gasto en estas prestaciones del Sistema²⁰. En la actualidad, se requiere que la prueba de la existencia de tal pareja de hecho a través de certificado de empadronamiento con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años, salvo que existan hijos en común, en cuyo caso solo deberán

19 León Iglesias, J., "Luces y sombras en relación al futuro de las prestaciones. A propósito de la Ley de Garantías del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del Sistema público de pensiones", *IUSLabor*, núm. 1, 2022, pág. 319.

20 León Iglesias, J., Op. cit., pág. 318.

acreditar la constitución de la pareja de hecho mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. Al margen de estas diferencias, lo cierto es que el reconocimiento de pensión a un beneficiario que formaba parte de una pareja de hecho supone el reconocimiento por parte del legislador de otras realidades familiares diferentes a la generada por el matrimonio.

Es interesante resaltar que sólo en situaciones muy particulares se exige la convivencia con el causante. Es decir, que no es necesario que se hubiese constituido materialmente una familia. Este supuesto en que el ordenamiento acude a la convivencia es el relativo a aquellos casos en los que el fallecimiento se produzca por enfermedad común no sobrevenida tras el matrimonio: en estos casos, el ordenamiento exige que el matrimonio se haya celebrado con un año de antelación (es una norma que pretende evitar que se creen “falsas viudedades” —que viendo acercarse la muerte, se decida dejar una pensión a alguien—) o existan hijos en común²¹. Pues bien, ese plazo del año se sustituye si es posible acreditar un período de convivencia con el causante no inferior a cinco años. Sí se exige convivencia en los casos de parejas de hecho (art. 221.2 LGSS), lo que supone otra relevante diferencia respecto de los supuestos de existencia de vínculo matrimonial²².

De otro lado, debemos tener en cuenta cómo el legislador ha mantenido la regla por la cual los beneficiarios de la pensión de viudedad, pierden este derecho si contraen nuevas nupcias o establecen una nueva relación de pareja de hecho en los términos en que esta se comprende a los efectos de la pensión de viudedad. (art. 223 LGSS). No creo que esté en la mente del legislador sancionar de alguna manera a quien rehace su vida personal; es decir, no creo que el legislador pretenda que los viudos y viudas deban consagrarse a mantener vivo el recuerdo respecto del causante, de manera que si no lo hacen (la prueba sería el nuevo matrimonio o relación), pierdan el derecho a la pensión. Más bien considero que el legislador presume que un nuevo matrimonio o relación de pareja de hecho supone superar la situación económica de necesidad generada por la desaparición de las rentas aportadas por el causante. Ahora bien, hay que resaltar que, como veremos a continuación, la necesidad económica no es elemento determinante ni constitutivo de estas pensiones, por lo que bien podría mantenerse la prestación pese a las nuevas nupcias. De otro lado, también es evidente que con esta norma bien pueden generarse situaciones del todo contraproducentes, especialmente cuando la pensión es el medio de vida del beneficiario, pues se limita la libertad de las personas para mantener relaciones con terceros. De otro lado, no deja de ser paradójico que quien estaba casado, y haya en-

21 Vid. Alemán Madrigal, L.E., “Acceso a la pensión de viudedad en fallecimiento del causante por enfermedad común previa al matrimonio, dentro del año siguiente de su celebración: STSJ de Castilla-La Mancha, núm. 87 del 23 de enero de 2020”, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, núm. 4, 2022, págs. 329 y ss., <https://revistas.uma.es/index.php/REJLSS/article/view/13083>.

22 Sobre esta cuestión puede verse a Díaz Aznarte, M.T., “La existencia y acreditación de la convivencia como requisito para acceder a las prestaciones de la Seguridad Social. Un estudio de la pensión de viudedad”, en AA.VV., *La protección de la seguridad social a las personas en situación de vulnerabilidad económica y fomento de su inclusión social. A propósito del trigésimo aniversario de la inclusión en el sistema de seguridad social de prestaciones no contributivas (1990-2020)*. V Congreso Internacional y XVIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, Laborum, Murcia, 2021, págs. 78 a 83.

viudado, pierda la pensión por contraer nuevo matrimonio; y sin embargo, quien no era ya cónyuge en el momento del fallecimiento, por la ruptura previa del matrimonio, tenga derecho a la prestación.

El hecho de que exista una dependencia económica del causante no ha sido requisito para acceder a esta prestación con carácter general, pues estamos ante una típica prestación contributiva²³. No obstante, esta cuestión está muy presente: en primer lugar, pues la norma presumía en la práctica que la situación social más común era la de mujeres viudas que no habían trabajado, sino que habían cuidado a la familia y que la pérdida del marido las dejaba desprotegidas. De otro lado, también debemos reconocer que, en el caso de prestaciones de viudedad en el marco de parejas de hecho, si bien no estábamos ante una situación de dependencia económica plena, los beneficiarios debían tener ingresos económicos inferiores a los del causante y así ha sido hasta este año 2022. Donde la dependencia económica se ha mantenido es en el caso de separación, divorcio o nulidad, pues la prestación se generaba sólo si existía pensión compensatoria generada por la extinción del matrimonio²⁴.

Debemos señalar, por último, que en relación a la viudedad, es posible detectar como la existencia de cargas familiares va a tener efectos positivos en la prestación. Por ejemplo, el art. 219.2 LGSS establece que, en los casos de fallecimiento por enfermedad común, no sobrevinida tras el matrimonio, se requerirá para acceder a la prestación que el matrimonio se haya celebrado con un año de antelación a la fecha del fallecimiento, salvo que existan hijos en común, supuesto en el que no se requiere dicho plazo para acceder a la prestación. De igual manera, se tiene en cuenta la existencia de responsabilidades familiares a los efectos de la cuantía de la pensión mínima de viudedad, o incluso para elevar la cuantía de la pensión por la vía de aplicar un porcentaje mayor (el 70%) a la base reguladora y no el porcentaje general del 52%²⁵.

Si bien es cierto que en la viudedad hay elementos que pueden distraernos de un objetivo de protección familiar, en el caso de la orfandad, dicho objetivo de tutela familiar es claro y, a nuestro juicio, mucho más evidente. No obstante, como es obvio, al igual que la viudedad, estamos ante un mecanismo que está vinculado a una peculiar situación de necesidad: el fallecimiento de uno de los progenitores (o de los dos), lo cual, presupone el legislador, va a significar una reducción de rentas que afectará a la vida familiar.

De la regulación de esta prestación (arts. 224 y 225 LGSS), se deducen diferentes elementos en relación a la configuración de esta prestación como un mecanismo de protección familiar. De entrada, se exige un elemento esencial como es una edad máxima para ser beneficiario: éste ha de ser

23 Una interesante propuesta de pensión de viudedad basada en la situación económica de la familia y sus necesidades, lo que aproximaría enormemente esta prestación a una prestación familiar, puede verse en Arsuaga, A., De la Peña, J.I. y Villanueva, G., "Una propuesta de una pensión de viudedad basada en la situación económica y familiar", *Anales del Instituto de Actuarios Españoles*, 4ª época, 27, 2021/1-31.

24 García Valverde, M.D., "Pensión de viudedad: puntos críticos y vaivenes jurisprudenciales", *e-Revista Internacional de la Protección Social* Vol. VI, núm. 2, 2021, pág. 404.

25 Vid. García Romero, M.B., "Medidas de Seguridad Social en respuesta a los retos que plantean las responsabilidades familiares: fomento de la natalidad, conciliación e igualdad de género prestacional", *Revista de Derecho Social*, núm. 74, 2016, págs. 119 y 120.

menor de 21 años o incapacitado para el trabajo. No obstante, la edad se eleva a 25 años para aquellos hijos que no efectúen trabajo lucrativo por cuenta ajena o propia, o bien, si lo realizan, cuando los ingresos anuales que obtengan sean inferiores al SMI en cómputo anual. Más, aún, puede alargarse esa edad, si en este último caso desarrolla estudios y cumple los 25 años durante el transcurso del curso escolar; de manera que la percepción de la pensión se mantendrá hasta el primer día del mes siguiente al inicio del siguiente curso académico.

La anterior exigencia supone separarse drásticamente de las prestaciones familiares en sentido estricto: recordemos que en estas prestaciones el abono de la prestación se mantiene hasta el cumplimiento de los 18 años. Así ha sido tradicionalmente en nuestro ordenamiento; lo que ha supuesto un límite totalmente superado por las circunstancias sociales, pues era y es evidente que los mayores de 18 años siguen, en la inmensa mayoría de los casos, dependiendo de la familia (mucho más en una situación en la que el empleo juvenil es, prácticamente, inexistente en nuestro país).

De otro lado, la orfandad, se basa en la presunción general de la situación de necesidad familiar generada por la desaparición de recursos económicos aportados por la persona causante. A partir de ahí, que exista o no una verdadera situación de necesidad por carencia de recursos, no tiene relevancia para la prestación, tratándose de una típica prestación contributiva. Así, la pensión de orfandad es compatible con las rentas derivadas del trabajo, ya procedan del cónyuge supérstite o del propio huérfano. Por supuesto, la orfandad es compatible con la pensión de viudedad. Tan sólo en el especial supuesto de pensiones de orfandad por violencia de género, podemos encontrar cierta relevancia de la situación económica en cuanto a la cuantificación de la pensión.

Ciertamente las prestaciones principales por muerte y supervivencia, viudedad y orfandad, se centran nuevamente en un núcleo familiar estricto o el más cercano al causante. Sin embargo, las realidades familiares pueden ser mucho más complejas, existiendo otros familiares diferentes que también han dependido económicamente del causante. Es por ello que desde antiguo nuestro ordenamiento ha reconocido las prestaciones en favor de otros familiares diferentes. Como vamos a ver estas prestaciones se otorgan en situaciones muy concretas, por lo que no podemos aceptar que estemos ante un mecanismo de protección general de la familia. Ahora bien, es evidente que nuestro ordenamiento, en el caso de prestaciones por muerte y supervivencia, ha venido admitido un ámbito de protección superior a las prestaciones familiares en sentido estricto, otorgándose prestaciones en cuantía idéntica a la orfandad.

El art. 226 LGSS se refiere a prestaciones en favor de hijos o hermanos del beneficiario de pensiones contributivas de jubilación e incapacidad que cumplan con las siguientes exigencias: hayan convivido con el causante y a su cargo, sean mayores de cuarenta y cinco años y solteros, divorciados o viudos, acrediten una prolongada dedicación al cuidado del causante y carezcan de medios propios de vida. Como vemos, si bien se produce una ampliación en el ámbito subjetivo de protección, incluyendo a los hermanos y a los hijos (recordemos que las prestaciones familiares sólo protegen a los hijos discapacitados); se establecen una exigencias que reducen drásticamente las situaciones en las que estas personas pueden acceder a la prestación, pues deben ser personas con una situación de carencia de recursos económicos, con una edad elevada, y que hayan dedicado tiempo al

cuidado del causante, que, a su vez, ha de ser pensionista. Es, indudablemente, una prestación destinada a familiares muy cercanos que hayan dedicado su vida al cuidado del causante. Se trata de una realidad cada vez más extraña en nuestra sociedad. De otro lado, pese a tratarse de una prestación contributiva, lo cierto es que tiene elementos claramente asistenciales²⁶.

Además del supuesto regulado en el art. 226 LGSS, hemos de acudir al art. 22 de la Orden de 13 de febrero de 1967 por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones de muerte y supervivencia del Régimen General de la Seguridad Social. Este precepto se refiere a los siguientes familiares:

- Nietos y hermanos, que en líneas generales deben cumplir los siguientes requisitos: ser menores de 18 años o con discapacidad equivalente a incapacidad permanente absoluta o gran invalidez y ser esta anterior al cumplimiento de dicha edad. La edad se amplía a 22 años si no efectúan trabajo por cuenta propia o ajena o si los ingresos del trabajo son inferiores al 75% del SMI. Además, deben ser huérfanos absolutos.
- Madres y abuelas, con independencia del estado civil; si bien, en caso de estar casadas, su cónyuge debe tener incapacidad absoluta para el trabajo o tener 70 o más años cumplidos.
- Padre y abuelos, con setenta años cumplidos o incapacidad absoluta para el trabajo.

Estos familiares señalados por la Orden de 13 de febrero de 1967, además de los requisitos específicos deben haber convivido con el causante, y a sus expensas, al menos con dos años de antelación al fallecimiento de aquél, deben carecer de a pensión pública y carecer de medios de subsistencia (ingresos inferiores al SMI) y no queden familiares con obligación y posibilidad de prestarles alimentos, según la legislación civil.

Como vemos, en estos casos se trata de prestaciones que se otorgan a familiares concretos, que no a la familia; se accede a las mismas en situaciones muy concretas de dependencia económica respecto del causante y tienen un carácter claramente residual o como último remedio, pues sólo se otorgan si no existe otro mecanismo de protección pública que los ampare o bien no existan familiares con obligación y capacidad para otorgar el derecho de alimentos del Código Civil.

5. DESEMPLEO Y FAMILIA

También debemos señalar la incidencia que tienen los elementos familiares en el ámbito de las prestaciones por desempleo. Como punto de partida debemos reconocer que las prestaciones de desempleo no tienen como objetivo la protección de la familia. Sin embargo, la existencia de responsabilidades familiares si tiene incidencia, especialmente para el cálculo de cuantías de las prestaciones.

²⁶ Blasco Jover, C., Op. cit., pág. 291.

De esta manera, en el caso del nivel contributivo de la prestación por desempleo, se establece que la cuantía máxima de la misma será equivalente al 175% del IPREM, si bien se exceptúa el caso de desempleados que tengan uno o más hijos a su cargo, en cuyo caso la cuantía podrá ascender hasta el 200 o el 225% del IPREM, respectivamente. De idéntica manera, la existencia de hijos a cargo, también repercute sobre la cuantía mínima de la prestación, que con carácter general es equivalente al 80% IPREM, salvo que el desempleado tenga hijos a cargo, en cuyo caso, el mínimo asciende al 107% del IPREM. Vemos, por tanto, cómo la existencia de hijo a cargo del beneficiario de la prestación por desempleo afecta a la cuantía de la prestación por desempleo; es decir, la existencia de hijo a cargo se toma en cuenta a los efectos de incrementar la cuantía ordinaria de la prestación (vid. art. 270. 2 y 3 LGSS). Es indudable que el legislador ha pretendido atender especialmente a las familias cuando el beneficiario de la prestación tiene hijos a cargo y, consecuentemente, sus necesidades económicas se incrementan.

Otra situación a tener en cuenta en la prestación por desempleo, en la que se produce la incidencia de situaciones familiares sobre la misma, es en los supuestos de suspensión del derecho a la prestación (art. 271 LGSS). Concretamente el supuesto que nos interesa es el de suspensión por condena que implica privación de libertad. En estos casos la prestación se suspende, salvo si el titular de la prestación tiene responsabilidades familiares y no disfruta de renta familiar alguna superior al SMI. Si bien se trata de una situación marginal, ciertamente la actuación del legislador tiene como objetivo evitar que la familia quede desprotegida ante la pérdida de empleo del beneficiario y su ingreso en prisión.

Ciertamente la prestación de desempleo no tiene como objetivo la cobertura de situaciones de carácter familiar, pero, de una manera limitada, las circunstancias familiares son tenidas en cuenta a ciertos efectos, de manera que se favorece un mejor trato a los efectos de la prestación por desempleo.

De otro lado, debemos señalar cómo estos preceptos se refieren a dos conceptos típicamente vinculados a la protección familiar, como son el hijo a cargo y la existencia de responsabilidades familiares. La LGSS no nos indica qué debemos entender por ambas cuestiones. Debemos acudir al RD 625/1985, de 2 de abril, que desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto de protección por desempleo; regulación que aún hoy día sigue en vigor como normativa reglamentaria en materia de desempleo. Su art. 4.3 establece que a los efectos de calcular las cuantías máxima y mínima de la prestación por desempleo de nivel contributivo, se entenderá como hijos a cargo, los menores de veintiséis años o mayores con una incapacidad en grado igual o superior al treinta y tres por ciento, que carezcan de rentas de cualquier naturaleza iguales o superiores al salario mínimo interprofesional excluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias, y convivan con el beneficiario (la carencia de rentas se presume en caso de no realizar trabajo por cuenta propia, o cuya retribución sea igual o superior a dicha cuantía). Por otra parte, se exige la convivencia con el desempleado, salvo en aquellos casos en que el beneficiario tenga obligación de alimentos en virtud de convenio o resolución judicial o que sostiene económicamente al hijo.

A tenor de este concepto se evidencia como esta concepción del hijo a cargo no es la misma que en las prestaciones familiares por hijo a cargo, generándose, una multiplicidad de situaciones dife-

LA PROTECCIÓN A LAS FAMILIAS EN LA SEGURIDAD SOCIAL

rentes para un mismo concepto jurídico, lo cual no deja de ser sorprendente desde la perspectiva de un verdadero “sistema” de Seguridad Social²⁷.

En cuanto a las responsabilidades familiares, debemos acudir al art. 18 del RD 625/1985. Este precepto señala que se entiende por éstas “tener a cargo al menos al cónyuge o a un familiar por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive que convivan con el trabajador cuando la renta mensual del conjunto de la unidad familiar dividida por el número de miembros que la componen no supere el salario mínimo interprofesional”. Al igual que ocurre con la determinación del hijo a cargo, no será necesaria la convivencia cuando exista obligación de alimentos en virtud de convenio o resolución judicial.

Ciertamente se parte del núcleo familiar estricto, si bien, a diferencia de otras prestaciones ya analizadas, vemos como se amplía a familiares hasta el segundo grado, no sólo por consanguinidad, sino también por afinidad, lo que supone una importante ampliación del ámbito de la familia que se tiene en cuenta; no obstante, esta ampliación se centra sólo en los casos de responsabilidades familiares.

De otro lado, las realidades de carácter familiar también son tenidas en cuenta a los efectos de la prestación por desempleo en su nivel asistencial²⁸; es decir, los subsidios por desempleo. Existen diferentes subsidios por desempleo y sólo nos vamos a referir a aquellos en los que existe algún tipo de vinculación con elementos de carácter familiar. De esta manera, el art. 274, al regular los beneficiarios del subsidio por desempleo establece que son beneficiarios los demandantes de empleo que cumplan una serie de requisitos generales (inscripción como desempleados durante un plazo mínimo de espera de un mes, que no hayan rechazado oferta adecuada de empleo ni se hayan negado a participar en acciones de promoción, formación o reconversión y carezcan de rentas) y, además, se encuentren en determinadas situaciones protegidas. Una de estas situaciones es la de haber agotado la prestación por desempleo (la protección de nivel contributivo) y tener responsabilidades familiares; es el subsidio por responsabilidades familiares. Por lo tanto, estamos ante una situación en

27 Debe tenerse en cuenta, no obstante, cómo la jurisprudencia ha considerado a la hora de aplicar los límites máximos de la cuantía de la prestación por desempleo antes señalado, que pese a que la regulación legal se refiere al trabajador que tenga hijos a su cargo; dicha situación es también aplicable a los supuestos en que el beneficiario de la prestación tiene nietos menores a su cargo, por haber fallecido los padres de esos menores o por otra causa que ponga de manifiesto la necesidad de que el abuelo se tenga que hacer cargo del sustento y cuidado de los mismos. De esta manera, la STS de 13 de junio de 1998, RJ 1998\5257, afirmaba que “Es cierto que una interpretación literal del artículo 211.3 de la Ley General de la Seguridad Social, conduce a sostener que sólo a los padres con hijos a su cargo se les puede reconocer el beneficio de que se les aplique el límite del 220% del salario mínimo interprofesional. Pero si nos atenemos a criterios de razón y si se tiene en cuenta la finalidad que la norma comentada persigue, es preciso dotar a ésta de una cierta flexibilidad que permita incluir a supuestos que, partiendo de la existencia de un grado de parentesco muy próximo al que la ley señala, concurren las restantes condiciones exigidas por ésta. Y así, si los padres de los menores han fallecido y es el abuelo quien se hace cargo de la guarda y cuidado de aquéllos, teniéndolos en su propio domicilio, conviviendo con ellos y haciéndose cargo del sustento y demás necesidades de tales menores, la situación que así se produce es de sustancial igualdad a la que previene la letra del artículo 211.3, y por ende se ha de entender comprendida también en el radio de acción de esta norma”.

28 Pese a la denominación de nivel asistencial, téngase en cuenta que en la mayoría de las situaciones se va a requerir el disfrute previo de la prestación contributiva o haber cotizado durante un período inferior al que se exige para acceder a la prestación por desempleo de nivel contributivo. Es decir, que en realidad siguen siendo prestaciones contributivas.

que la existencia de responsabilidades familiares determinará el acceso a la protección de nivel asistencial de desempleo. No estamos ante una prestación de carácter familiar, pero es evidente que la existencia de responsabilidades familiares es elemento determinante para el acceso a la prestación.

De otro lado, aquellos desempleados en situación legal de desempleo que reúnan los requisitos generales que acabamos de señalar (excepto el período de espera), y no tengan derecho a la prestación por desempleo (protección de nivel contributivo) por no haber cubierto el período de carencia, tendrán derecho al subsidio si, al menos han cotizado tres meses y tienen responsabilidades familiares.

¿Qué debemos entender por responsabilidades familiares en estos dos subsidios por desempleo? En este caso la cuestión se regula directamente por la LGSS, concretamente por su art. 275, precepto que nos señala que éstas responsabilidades consisten en tener a cargo al cónyuge, hijos menores de 26 años o mayores de esa edad, pero incapacitados, o menores acogidos; siempre que la renta de la unidad familiar constituida por éstas personas y el desempleado, dividida por el número de integrantes, no supera el 75% del SMI, excluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias.

A tenor de esta configuración, parece que se pretende unificar la consideración de hijo a cargo y responsabilidades familiares que hemos visto en el nivel contributivo. No obstante, hay importantes diferencias, como el hecho de que la carencia de rentas se cifraba, como hemos visto, en que éstas no alcancen el SMI (nivel contributivo), mientras que ahora se reduce todavía más, al 75% de dicho SMI, por lo que es más difícil cumplir esta exigencia; o expresado en otros términos, que para alcanzar la protección del subsidio por desempleo, la situación económica de la unidad familiar debe ser peor o más depauperada que en la prestación del nivel contributivo. De otro lado, en el subsidio por desempleo si bien se incluye a los acogidos, lo que supone una ampliación; sin embargo, nuevamente se centra la protección familiar en la familia nuclear (cónyuge e hijos). De hecho la jurisprudencia rechaza que se tenga en cuenta en estos casos los ingresos de la pareja de hecho, incluso si hay un hijo en común²⁹. Por el contrario, en el nivel contributivo, se entendía la existencia de responsabilidades familiares si estaban a cargo familiares hasta el segundo grado; es decir, el núcleo familiar es más amplio. Para terminar, en el nivel asistencial no se requiere la convivencia³⁰, bastando la mera situación de dependencia económica; de hecho tan sólo se excluyen expresamente de la consideración de estar a cargo los sujetos individuales (cónyuge, hijos o acogidos) que tengan individualmente rentas de cualquier naturaleza superiores al 75% del SMI; lo que subraya que no se requiere la convivencia. En definitiva, que ni siquiera existe homogeneidad sobre cómo determinar el fenómeno familiar protegido, no ya entre diferentes prestaciones o contingencias (familiares y muerte/supervivencia, por ejemplo), sino incluso dentro de una misma contingencia como es el desempleo, de manera que los dos niveles se refieren a situaciones familiares sólo parecidas, pero no homogéneas, mucho menos idénticas.

²⁹ Vid. SSTs de 23 de junio de 2020, RJ 2020\2629; 19 de mayo de 2020, RJ 2020\1760; 17 de octubre de 2018, RJ 2018\5236.

³⁰ SSTs 11 de octubre de 2005, RJ 2005\7788; 3 de mayo de 2000, RJ 2000\6619; 11 de abril de 2000, RJ 2000\3435.

Desde un punto de vista crítico, se ha señalado sobre la cuantía de los subsidios por desempleo, que a diferencia de lo que ocurre con la prestación por desempleo, su cuantía es fija (80% del IPREM art. 278 LGSS), sin que pueda incrementarse en caso de responsabilidades familiares del beneficiario³¹.

6. ¿LA DEPENDENCIA COMO PRESTACIÓN FAMILIAR?

Ciertamente la prestación de dependencia (Ley 39/2006) tiene un cierto sentido familiar, pues en buena medida estamos ante un mecanismo que está destinado a cubrir necesidades que tradicionalmente han sido cubiertas por la familia; pues se trata de otorgar cuidados a ciudadanos que no pueden valerse por sí mismos y requieren de atención. En una sociedad en la que cada vez más (afortunadamente), se produce un acceso de la mujer al empleo, se limitan las posibilidades de poder ocuparse del cuidado de miembros de la familia en situación de dependencia; o, al contrario, cuando se adopta la opción de retirarse del mercado de trabajo para cuidar a estos familiares, se perjudican los intereses de tales cuidadores, que mayoritariamente son mujeres. Por lo tanto, estamos ante un conjunto de medidas que pretende sustituir los cuidados que normalmente se prestan por parte de la familia y aligerar las cargas que supone el cuidado de un familiar, especialmente de personas mayores y con problemas de capacidad.

Sin embargo, la relación con la protección de la familia termina aquí. Es decir, no estamos realmente ante un mecanismo de protección de la familia, sino de protección de la persona en situación de necesidad que, como tal, puede, por ejemplo, carecer de familia. De hecho, salvo en el caso de prestación para cuidados en el entorno familiar, la prestación se destina a la persona dependiente. Y en este concreto supuesto de prestación para cuidados en el entorno familiar, lo que se plantea es el abono de una prestación económica destinada a facilitar que el familiar cuide del dependiente, pudiendo prescindir, por tanto de desarrollar un trabajo (se requiere disponibilidad de tiempo para atender al dependiente); tanto es así, que el cuidador y familiar debe suscribir un convenio especial de cotización con la Seguridad Social³². Ahora bien, incluso en este supuesto, no se trata de una prestación en favor del familiar cuidador; él no es el beneficiario (igual que en la prestación económica vinculada al servicio, o la prestación económica de asistencia personal, el beneficiario no es el titular del servicio profesional o el cuidador profesional contratado). El beneficiario es la persona dependien-

31 García Romero, M.B., Op. cit., pág. 121.

32 Vid. Jimeno Jiménez, F.M., "Los cuidados familiares en el marco del sistema de dependencia español", *e-Revista Internacional de la Protección Social* Vol. V núm. 1, 2020, págs. 209 y ss.; también Martín Rodríguez, M.O., "Protección social de los cuidadores no profesionales: convenio especial", en AA.VV., *La protección de la seguridad social a las personas en situación de vulnerabilidad económica y fomento de su inclusión social. A propósito del trigésimo aniversario de la inclusión en el sistema de seguridad social de prestaciones no contributivas (1990-2020)*. V Congreso Internacional y XVIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, Laborum, Murcia, 2021, págs. 751 y ss.

te³³. En consecuencia, la familia no es objeto de protección, salvo que queramos aceptar que hay una cierta protección indirecta al facilitar que los integrantes de la familia puedan dedicarse a integrarse en el trabajo, sin tener que preocuparse de otorgar los cuidados a sus familiares dependientes.

7. INGRESO MÍNIMO VITAL Y FAMILIA

Estamos ante la prestación más recientemente incorporada a nuestro ordenamiento, siendo la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, la que establece su regulación. En líneas generales podemos señalar que estamos ante una prestación cuyo objetivo es eliminar el riesgo de carencia de los recursos mínimos necesarios para las necesidades vitales de los ciudadanos, ya vivan sólo o estén integrados en lo que esta regulación denomina “unidad de convivencia” y que, como veremos, es una definición amplia de familia. En definitiva, se trata de una prestación destinada a paliar la pobreza, facilitando unas rentas mínimas a quienes carecen de recursos económicos³⁴. No obstante, no se limita simplemente a ofrecer tales rentas, sino que pretende la superación de esta situación de pobreza a través de mecanismos de política de empleo para que los beneficiarios puedan acceder a trabajos que faciliten los recursos económicos vitales. De otro lado, estamos ante una prestación con pretensión superadora respecto de las rentas mínimas de inserción que se otorgan por las Comunidades Autónomas, recentralizando esta cuestión³⁵.

La prestación económica se configura, al igual que las prestaciones no contributivas, por la vía de establecer una cuantía como renta garantizada, pudiendo acceder a la prestación quienes no la alcancen; de esta manera la prestación será la diferencia entre dicha renta garantizada y los recursos económicos de la persona individual o de la unidad de convivencia. Como vemos la acción protectora diferencia entre el supuesto de beneficiario individual o unidad de convivencia.

El beneficiario individual debe ser una persona de, al menos veintitrés años, no integrado en una unidad de convivencia y que no esté unida a otra por vínculo matrimonial o como pareja de hecho, salvo las que hayan iniciado los trámites de separación o divorcio o las que se encuentren en otras

33 Vid. Hernández Borja, F.J., “La prestación económica por cuidados en el entorno familiar y *zapoyo* a los cuidadores familiares?”, *Noticias CIELO* núm. 8, 2020, www.cielolaboral.com.

34 Álvarez Cuesta, H., “El ingreso mínimo vital en la encrucijada”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Volumen 9, número 2, abril-junio de 2021, pág. 252; también Pérez del Prado, D., “Funciones y disfunciones del ingreso mínimo vital”, en AA.VV., *Seguridad Social para todas las personas. La protección de la Seguridad Social a las personas en situación de vulnerabilidad económica y fomento de su inclusión social*, Laborum, Murcia, 2021, pág. 952.

35 Monereo Pérez, J.L., “El Derecho Social al Ingreso Mínimo Vital”, *Temas Laborales* núm. 158, 2021, págs. 60 y ss.

circunstancias que puedan determinarse reglamentariamente³⁶. Pero el supuesto que nos interesa es el de las unidades de convivencia: éstas se definen por el art. 6 de la Ley 19/2021, a tenor de la que se considera unidad de convivencia aquella que se constituye por todas las personas que residen en un mismo domicilio y están unidas entre sí por vínculo matrimonial, como pareja de hecho o por vínculo hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad, adopción, y otras personas con las que convivan en virtud de guarda con fines de adopción o acogimiento familiar permanente. Por lo tanto, en principio, la unidad de convivencia nos remite a la figura de la familia, actualizada y ampliada por la vía de incluir las relaciones de hecho, así como fenómenos de carácter parafamiliar como la guarda o acogimiento³⁷. Por lo tanto, el uso de esta terminología (unidad de convivencia), no oculta que realmente estemos, en la mayoría de los casos, ante verdaderas familias. Téngase en cuenta que no se trata de la familia nuclear, sino que se amplía a los parientes por consanguinidad y afinidad hasta el segundo grado³⁸. De otro lado, la concepción de las parejas de hecho no se circunscribe a aquellas que han formalizado registralmente la relación, sino que su configuración es más amplia incluyendo relaciones afectivas de hecho no formalizadas administrativamente³⁹.

A tenor de lo que acabamos de señalar, estamos ante una prestación que si bien tiene como objetivo combatir la pobreza, esta se plasma fundamentalmente desde una perspectiva familiar; por lo que podríamos considerarla como una prestación destinada a proteger a la familia en caso de la carencia de rentas económicas, principal riesgo que puede afectar a las familias para que éstas puedan desarrollar su primordial función social⁴⁰. Se trata, pues, de una prestación orientada a facilitar una mejora real de oportunidades de inclusión social y laboral de las personas beneficiarias⁴¹.

36 No obstante, no se exige el cumplimiento de la edad mínima en caso de haber iniciado los trámites de separación o divorcio en los supuestos de mujeres víctimas de violencia de género o de trata de seres humanos y explotación sexual. Tampoco se exige dicha edad a las personas de entre 18 y 22 años que provengan de centros residenciales de protección de menores de las diferentes Comunidades Autónomas habiendo estado bajo la tutela de Entidades Públicas de protección de menores dentro de los tres años anteriores a la mayoría de edad, o sean huérfanos absolutos, siempre que vivan solos sin integrarse en una unidad de convivencia.

37 En este mismo sentido, Álvarez Cortes, J.C. y Cardeñas Porta, V.E., "Ingreso Mínimo Vital como protección familiar y la supresión de las prestaciones familiares por hijos o menores a cargo", en AA.VV. (Villar Cañada, I.M. y Vila Tierno, F.), *Renta Mínima y democracia sustantiva. de los "Derechos de pobreza" a los de «ciudadanía social»*, UJA Editorial, Jaén, 2021, pág. 93; de igual manera, Monereo Pérez, J.L., Rodríguez Iniesta, G. y Trillo García, A., *El Ingreso Mínimo Vital en el sistema de protección social. Estudio de su configuración y régimen jurídico*, Laborum, Murcia, pág. 108.

38 Téngase en cuenta las dudas que genera la alusión al segundo grado: ¿se refiere a un grado respecto del titular de la prestación o se refiere a vinculación entre los diferentes sujetos integrantes de la unidad? Sobre la cuestión vid. Álvarez Cuesta, H., Op. cit., págs. 256 y 257.

39 El apartado 1º de este art. 6 en su segundo párrafo señala que "A efectos de lo establecido en este artículo, se considerará pareja de hecho la constituida con análoga relación de afectividad a la conyugal con al menos dos años de antelación, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y hayan convivido de forma estable y notoria con carácter inmediato a la solicitud de la prestación y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años.

40 No obstante, la doctrina duda de esta calificación, así Sánchez-Urán Azaña, Y., Op. cit., págs. 482 y ss.

41 Pastor Seller, E., "Políticas sociales de protección a las familias en dificultad en tiempos de pandemia", *Revista Internacional de Ciencias Sociales* núm. 42, 2021, pág. 177.

En este sentido destaca cómo el art. 6 de la Ley 19/2021, incorpora elementos que proceden de la regulación precedente de las denominadas formalmente prestaciones familiares, tal como ocurre con la previsión de que no rompe la convivencia la separación transitoria por razón de estudios, trabajo, tratamiento médico, rehabilitación u otras causas similares. También que sea requisito para la consideración de integrante de la unidad de convivencia la residencia efectiva, legal y continuada en España (apartado 2º de este precepto).

Podemos señalar también que en esta prestación el concepto de familia, o mejor de unidad de convivencia, supera el núcleo familiar más estricto, de manera que es más amplio al incluir a familiares hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad; más aún, no sólo se admite la posibilidad de parejas de hecho, sino que incluso se considera esta consideración a aquellas no registradas que convivan. Incluso se tienen en cuenta a los efectos de considerar beneficiarias a personas no integradas en la unidad de convivencia o que forman parte de otra unidad, que convivieran con otras en un mismo domicilio con los que mantengan vínculo familiar (es necesario ese vínculo), cuando se trate de mujeres víctimas de violencia de género que hayan abandonado su domicilio familiar o que con motivo del inicio de los trámites de separación, nulidad o divorcio, o de haberse instado la disolución de la pareja de hecho formalmente constituida, una persona haya abandonado su domicilio familiar habitual (art. 7); si bien, en este caso tendrán la consideración de beneficiarios en sentido propio; es decir, no incluido dentro de la unidad en la que esté conviviendo en ese momento.

Pero el supuesto más evidente a través del que puede constatarse la ampliación de ese núcleo familiar típico, lo encontramos en el art. 9, que se refiere a la posibilidad de convivientes sin vínculo de parentesco: cuando estos convivan en un mismo domicilio y no tengan entre ellos los vínculos de parentesco previstos por el art. 6.1; siempre y cuando tales personas estén en riesgo de exclusión, para lo cual será necesario que los servicios sociales competentes certifiquen tal situación de exclusión.

Por otra parte, a la hora de determinar la situación de vulnerabilidad económica, se tomarán en cuenta los ingresos de todos los integrantes de la unidad de convivencia. Por lo tanto, se refuerza la idea de que, con independencia de quién sea el titular del ingreso mínimo vital, se trata de una prestación destinada a la familia; de ahí que se tengan en cuenta los ingresos de todos sus integrantes (art. 11).

En cuanto a la prestación consiste en la diferencia entre la cuantía de la renta garantizada y el conjunto de todas las rentas e ingresos de los miembros que componen esa unidad de convivencia en el ejercicio anterior (nos referimos al supuesto de prestación en beneficio de unidad de convivencia). Se trata de una forma de cálculo propia de las prestaciones no contributivas, que conduce a una situación en la que todas las unidades de convivencia beneficiarias tendrán la misma renta final (la definida por la renta de los componentes, más la prestación, de manera que ambos componentes serán diferentes, pero la suma de los dos resultará la misma cuantía para las diferentes unidades de convivencia). La renta garantizada se determina por el art. 13 de esta Ley 19/2021: se parte del supuesto de beneficiario individual, para el que la renta garantizada será equivalente al 100% del importe anual de las pensiones no contributivas fijadas anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, dividido por doce. A partir de esta renta garantizada, que podemos denominar básica, se establece la renta garantizada específica de las unidades de convivencia, que es equivalente a

la renta garantizada básica, incrementada en un 30 por ciento por miembro adicional a partir del segundo hasta un máximo del 220 por ciento. Esta renta garantizada específica de las unidades de convivencia, puede verse incrementada en dos situaciones: en primer lugar, se sumará un complemento equivalente a un 22% de la cuantía establecida para los beneficiarios individuales (la renta garantizada que hemos denominado básica, no, por tanto, de la cuantía específica de la unidad de convivencia), para los casos en que en la unidad de convivencia esté incluida alguna persona con un grado de discapacidad reconocida igual o superior al sesenta y cinco por ciento. De otro lado, también se incrementará la renta garantizada en los casos de unidad de convivencia monoparental, concretamente el incremento es de un 22% sobre la cuantía de la renta garantizada específica de las unidades de convivencia (no de la renta garantizada básica en caso de beneficiario individual)⁴². Por tanto, es evidente que a mayor carga familiar, mayor puede ser la prestación.

Debe tenerse en cuenta que el art. 11.6 establece un complemento de ayuda para la infancia (una cuantía mensual por cada menor de edad) en aquellas unidades de convivencia que incluyan menores de edad entre sus miembros, siempre que en el ejercicio inmediatamente anterior al de la solicitud los ingresos computables, sean muy inferiores a los umbrales de renta (al menos al 300%) del anexo I, y el patrimonio neto sea inferior al 150% de los límites fijados en el anexo II, cumpliendo el test de activos definido en el anexo III. En definitiva, que la renta de la unidad de convivencia sea notablemente inferior a la máxima permitida para acceder a la prestación. Al margen de la complejidad para acceder a la misma, es evidente que estamos ante una circunstancia típicamente familiar o propia de prestaciones de carácter familiar, que expresa la relevancia que para la prestación tiene la existencia de hijos menores a la hora de incrementar la protección a la familia.

Como vemos, y esta es la cuestión que nos interesa destacar, la existencia de integrantes de la unidad de convivencia o familia, determina una mayor renta garantizada, o lo que es igual: al elevarse esta cuantía de la renta garantizada, la posibilidad de tener derecho a la prestación es mayor, e incluso (dependerá de la cuantía de las rentas o ingresos de la unidad de convivencia) podría accederse a una cuantía mayor de prestación. Desde mi punto de vista, esta es una característica propia de una prestación que busca la protección de las familias, pues mientras mayor sea la familia, mayor debería ser la prestación.

De otro lado, en cuanto a la duración de la prestación (art. 15), se vincula a la subsistencia de los motivos que generan la prestación (estar en una situación económica perentoria, en definitiva). Esto nos plantea una cuestión relevante. Ciertamente estamos ante una regla característica de una prestación de carácter no contributivo, por la que se vincula la prestación al mantenimiento de una si-

42 Se entiende por familia monoparental, tal como señala el art. 13.2 b) "la constituida por un solo adulto que conviva con uno o más descendientes hasta el segundo grado menores de edad sobre los que tenga la guarda y custodia exclusiva, o que conviva con uno o más menores en régimen de acogimiento familiar permanente o guarda con fines de adopción cuando se trata del único acogedor o guardador, o cuando el otro progenitor, guardador o acogedor se encuentre ingresado en prisión o en un centro hospitalario por un periodo ininterrumpido igual o superior a un año". Esta es la configuración básica de unidad de convivencia monoparental, pues la misma consideración se aplica a supuestos en los que existen beneficiarios de la prestación de dependencia o mujeres víctimas de violencia de género.

tuación económica insuficiente para el desarrollo de una vida familiar ordinaria. Ahora bien, hay que plantearse que las necesidades familiares existen más allá de la carencia de unas rentas mínimas. De hecho, uno de los principales elementos que determinan las diferencias sociales es la existencia de importantes diferencias económicas entre ciudadanos; lo que perjudica notablemente a aquellos ciudadanos y familias con menos recursos en comparación con aquellos otros con mayor capacidad económica. Dicho en otros términos: las diferencias económicas perpetúan las diferencias sociales, de manera que los más ricos tienen muchas más oportunidades que los que no lo son⁴³. Con ello quiero decir que es correcto establecer mecanismos de protección económica dirigidos a los menos favorecidos; pero ello no es suficiente, pues las necesidades familiares existen también para aquellas familias (o unidades de convivencia, si se prefiere) que sin estar en situación de pauperada, tampoco nadan en la abundancia. Y éstas, no reciben protección alguna; al menos a través de este tipo de prestaciones que sí están dispuestas para las familias, pero para las familias muy pobres.

8. CONCLUSIONES: LA INEXISTENCIA EN NUESTRO ORDENAMIENTO DE UN CONJUNTO ORGANIZADO DE PRESTACIONES FAMILIARES

Creo positivo que, desde el principio, seamos conscientes que el legislador de Seguridad Social no ha regulado de una manera homogénea la protección familiar. Como vamos a ver, existen diferentes prestaciones que de una u otra manera pueden servir para facilitar protección a las familias; pero no existe un hilo común entre ellas, ni están organizadas o estructuradas para conseguir la mejor protección posible que puede ofrecer nuestro sistema de Seguridad Social⁴⁴. No significa esto que haya medidas o mecanismos de protección, al contrario, quizás hay demasiados mecanismos de protección. Ahora bien, no existe una coherencia interna entre tales mecanismos; la prueba más evidente es que ni tan siquiera existe un concepto común de qué es una familia, o qué sujetos integrantes de la familia deben estar protegidos. En segundo lugar, tampoco se tiene nada claro qué situaciones deben protegerse ¿la pobreza familiar, el hijo a cargo, las limitaciones para mantenerse en el mercado de trabajo si se tienen hijos, el fallecimiento de quien aporta rentas a la familia? Si a ello le sumamos que hay prestaciones que toman la existencia de circunstancias familiares como elemento para determinar si existe derecho a tales prestaciones o para elevar la cuantía de las mismas; el resultado es todo un conjunto de medidas que, de una u otra manera, se fijan en la familia o toman a la familia como elemento determinante a la hora de otorgar cierta protección.

43 Álvarez Cortes, J.C. y Cardeñas Porta, V.E., *Op. cit.*, pág. 78.

44 Vid. sobre la cuestión Sánchez-Urán Azaña, Y., *Op. cit.*, págs. 471 y ss.

Tal como he señalado anteriormente, se mezclan en la protección familiar diferentes elementos, o distintos objetivos de protección. Ello ha dado como resultado que las prestaciones aborden la cuestión desde puntos de vista muy distintos, dando lugar a aproximaciones diferentes. La consecuencia es que la protección de la familia obedece a un patrón caótico, no a un plan coherente y debidamente estudiado, con objetivos y finalidades concretas. De esta manera, asistimos a una pluralidad de mecanismos de protección que lejos de acotar la protección familiar como fenómeno protegible preciso, ofrecen una protección transversal, que se otorga desde perspectivas muy diferentes.

Esa falta de homogeneidad ha generado que podamos diferenciar entre prestaciones familiares directas e indirectas. Las primeras, aquellas que tienen como objetivo esencial la protección de las familias; las segundas, se trata de prestaciones que tienen un objetivo esencial diferente, pero que benefician indirectamente a las familias⁴⁵.

Así, encontramos una posición que yo señalaría como tradicional: la existencia de un incremento de cargas familiares como objeto de protección. Ello supone que la familia ha de ocuparse cuidar a nuevos integrantes (recién nacidos), o integrantes preexistentes que requieren de ayuda o cuidados (mayores que requieren de atención). Este ha sido el planteamiento tradicional, de manera que en sentido estricto, las prestaciones familiares son aquellas que están dirigidas a proteger el incremento de cargas familiares⁴⁶. Otra cuestión diferente es qué se considera carga familiar y desde este punto de vista cabe afirmar que nuestro ordenamiento no ha sido muy generoso al configurar qué situaciones se deben considerar como cargas familiares atendibles por la Seguridad Social y se ha centrado fundamentalmente en el hijo a cargo; es decir, que no se protege a las familias por el hecho de tener hijos, sino por tener hijos con ciertas características, a tenor de las cuales se consideran que están "a cargo" de la familia⁴⁷. En buena medida nos encontramos en el origen o núcleo central mismo de las prestaciones de carácter familiar⁴⁸. Tradicionalmente las hemos considerado como las prestaciones familiares en sentido estricto, centrando su objetivo en facilitar una solución al exceso de gastos que supone el incremento de las cargas familiares, para así lograr una mejora del bienestar social de las familias⁴⁹.

No obstante, estas prestaciones han adolecido de establecer un nivel de protección realmente mínimo; más aún, con el tiempo ha sufrido una evidente degradación, no tanto por el hecho de que se hayan reducido las cuantías de las prestaciones, sino por el hecho de que esta protección se ha ido retirando hacia ámbitos cada vez más reducidos. Ello es evidente en las últimas evoluciones de esta regulación, pues como vamos a ver la configuración del hijo a cargo no se refiere ya a los hijos

45 Monereo Pérez, J. L. y Rodríguez Iniesta, G., Op. cit., pág. 14.

46 Gorelli Hernández, J., Op. cit., pág. 44.

47 Barrios Baudor, G. L., *Prestaciones familiares por hijos a cargo*, Aranzadi, Pamplona, 2001, pág. 53.

48 En este mismo sentido, Valdeolivas García, Y., "Las prestaciones familiares", en AA.VV., *Derecho de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 74.

49 Blasco Lahoz, J. F., *Las prestaciones familiares por hijo a cargo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 11.

menores que convivan y dependan económicamente con el beneficiario de la prestación⁵⁰, pasando a dirigirse a proteger a los hijos en situación de discapacidad. Como vemos, el ámbito de sujetos protegidos, los hijos, se ha reducido drásticamente. Probablemente la explicación reside en la aparición del ingreso mínimo vital, prestación que, como vamos a ver, tiene un sentido claramente familiar, lo que ha supuesto la paralela reducción de las denominadas prestaciones familiares⁵¹.

Junto a las prestaciones familiares en su modalidad no contributiva (arts. 351 y ss. LGSS), existe otra rama de prestaciones familiares, las contributivas. Estas últimas pueden ayudarnos a ejemplificar la diferencia entre prestaciones que protegen a las familias de manera directa y prestaciones que sólo otorgan una protección indirecta. En este segundo grupo está, sin duda alguna, las prestaciones familiares de carácter contributivo (arts. 235 y ss. LGSS)⁵². Estas prestaciones establecen medidas tales como el cómputo de cotizaciones ficticias a diferentes efectos, ya sea por el hecho del nacimiento de hijos, o cuando se interrumpa la cotización en períodos temporalmente conectados con el parto, la adopción o el acogimiento (ya sea en un momento anterior o posterior); o bien se computa como período cotizado la totalidad o parte del período de excedencia por cuidado de hijos o cuidado de otros familiares, así como se incrementa la cotización al 100% en caso de reducción de jornada por cuidado de menores o lactancia. En definitiva, estas prestaciones nada aportan, especialmente desde el punto de vista económico, a mejorar la situación de las familias. El objetivo de estas prestaciones no es, precisamente, la protección frente a las cargas familiares, sino que pretende favorecer las carreras de seguro de los beneficiarios cuando éstos cesan en el desarrollo de la prestación de trabajo o reducen la duración de la misma⁵³. Ahora bien, es evidente que estas medidas se conectan con la familia, pues dichos períodos en los que no se trabaja o se reduce el tiempo de trabajo se relaciona directamente con necesidades de carácter familiar; es decir, que esta prestación otorga una continuidad ficticia de la carrera de seguro con el objetivo de no perjudicar a quien se dedica a otorgar los cuidados familiares. En definitiva, con ellas se facilita una protección de carácter indirecto a la familia: no tiene en cuenta realmente una circunstancia familiar, sino que facilita a aquellos que se dedican al cuidado de la familia no sufran especialmente en su carrera de seguro⁵⁴.

Desde una perspectiva totalmente diferente a la protección por hijo a cargo, vamos a encontrar un segundo gran núcleo de prestaciones que también tiene en consideración a la familia. Me refiero a las prestaciones por nacimiento y cuidado de menores (arts. 177 a 182 LGSS), así como aquellas prestaciones vinculadas al hecho de la maternidad/paternidad: corresponsabilidad en el cuidado del lactante (arts. 183 a 185 LGSS), riesgo durante el embarazo y la lactancia natural (arts. 186 a 189 LGSS), o por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave (arts. 190 a 192 LGSS).

50 Blasco Lahoz, J. F., *Op. cit.*, pág. 20.

51 Álvarez Cortés, J. C. y Cardeñas Porta, V. E., *Op. cit.*, págs. 101 y 102.

52 Así, Gorelli Hernández, J., "Problemática aseguratoria (...)", *op. cit.*, págs. 80 y ss.

53 Gorelli Hernández, J., "Paleontología jurídica (...)", *op. cit.*, pág. 47.

54 En este sentido, Barrios Baudor, G.L., *Op. cit.*, págs. 40 y 41.

Se trata de un conjunto de prestaciones que están vinculadas al hecho del nacimiento, adopción, guarda preadoptiva o acogimiento familiar. Ello supone un conjunto de prestaciones en las que el objetivo esencial es tanto a velar por la salud de la madre biológica, como el establecimiento de la relación con el hijo, así como que puedan otorgarse cuidados al hijo o al menor. Es decir, estamos ante unas prestaciones que tienen un objetivo múltiple, pues se protege tanto la salud como necesidades de carácter familiar. En todo caso, la existencia de necesidades familiares que cubrir es evidente, pues se otorga una protección económica ante un fenómeno de carácter familiar como es la incorporación de nuevos miembros a la familia, lo que determina un incremento de gastos. Además, también es elemento esencial habilitar períodos de tiempo, retribuidos con la prestación, para permitir el cuidado de un nuevo miembro de la familia; situación que, de no estar acompañada de rentas económicas suficientes, supondría en muchos casos la renuncia al disfrute de los períodos durante los que facilitar tales cuidados; favoreciendo de esta manera la conciliación entre familia y trabajo. De otro lado, estas prestaciones manifiestan también una importante pulsión favorecedora, no ya de una simple conciliación, sino de una pretensión de corresponsabilidad; es decir, de reparto equilibrado de las responsabilidades entre mujer y hombre trabajadores; lo que supone una perspectiva de igualdad de género en estas prestaciones.

En tercer lugar, encontramos las prestaciones por muerte y supervivencia. Ciertamente se trata de un conjunto de prestaciones en las que resulta absolutamente esencial el infortunio en forma de fallecimiento de cónyuge y/o progenitor (o familiar); lo que, a su vez determina la relevancia de la existencia de determinados vínculos familiares. El ordenamiento presume que dicho fallecimiento genera la pérdida de recursos económicos de la familia, por lo que es necesario otorgar medios económicos para el sustento familiar. Ello se refleja en el hecho de que para acceder a la prestación no es necesario estar en situación de necesidad económica; configurándose como una prestación de carácter netamente contributiva. Por lo tanto, lo esencial es, además del fallecimiento del causante, estar dentro de un círculo familiar determinado, de carácter estrictamente nuclear, sin que el fallecimiento del causante determine una carencia estricta de recursos, aun cuando, evidentemente puede suponer la reducción de los mismos.

Las prestaciones derivadas de muerte y supervivencia son diferentes. Ante todo, la viudedad, que requiere estar en dicho estado civil; es decir, requiere la existencia de matrimonio previo al fallecimiento del causante. Pero también es posible acceder a la viudedad en caso de parejas de hecho (prueba de la apertura del concepto de familia); si bien se ha venido introduciendo en estos casos un elemento de carácter económico o que dicho fallecimiento suponga una cierta carencia de rentas⁵⁵ (prueba de que la apertura a la que acabamos de referirnos ha sido producto de un proceso de equiparación). También tenemos las prestaciones de orfandad en las que junto a las exigencias generales que recaen sobre el causante (afiliación, alta, cotización y fallecimiento) sólo se exige tener la consideración de hijo y no superar una determinada edad. Cabe señalar que esta

⁵⁵ Que la aportación económica del beneficiario no haya superado un determinado porcentaje de los ingresos de beneficiario y causante en el año anterior al fallecimiento.

edad no es coherente con la consideración de hijo a cargo en las prestaciones familiares, pues se mantiene el derecho a la prestación incluso hasta alcanzar los 25 años de edad, si bien, en este caso, si interviene un factor económico de reequilibrio, al no generarse la pensión si se realiza un trabajo lucrativo que origine unos resultados económicos superiores al SMI). Por último, encontramos la prestación en favor de familiares, pensada fundamentalmente para ofrecer protección a aquellos familiares que hayan dedicado un largo período de tiempo al cuidado del causante, renunciando de esta manera a una actividad profesional; es decir, se trata de prestaciones no sólo vinculadas al fallecimiento del causante, sino que en buena medida tienen su razón de ser en el hecho de haber facilitado cuidados a dicho causante.

Otro ámbito a través del cual se manifiesta la protección de carácter familiar es el ingreso mínimo vital, la más reciente incorporación al ámbito objetivo de protección de nuestro sistema de Seguridad Social. Su regulación plantea el abono de unos ingresos mínimos ante una situación de necesidad, siendo esencial en el diseño de esta regulación el concepto de unidad de convivencia: la que forman las personas que residan en un mismo domicilio y que estén unidas entre sí por vínculo matrimonial, como pareja de hecho o por vínculo hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad, adopción, y otras personas con las que convivan en virtud de guarda con fines de adopción o acogimiento familiar permanente. Resulta interesante destacar cómo el legislador ha sustituido una terminología estrictamente familiar, que parecería dejar paso a una delimitación basada en vínculos no familiares, pero, sin embargo, al determinar en qué consiste esa unidad de convivencia, se acaba acudiendo a una concepción estrictamente familiar, a la que se une el supuesto de las parejas de hecho, que no es precisamente desconocido por el ordenamiento de Seguridad Social. En buena medida, a través de esta prestación se asume por el ordenamiento la necesidad de facilitar rentas económicas a familias en situación de necesidad económica, lo que le convierte en buena medida en el principal instrumento de protección de las familias. Si bien el planteamiento del legislador ha sido el de facilitar rentas económicas a aquellos que están en situación de decaída; por tanto un objetivo de carácter general que va mucho más lejos de la protección de las familias; sin embargo, es esencial que a la hora de determinar la situación de carencia de recursos, lo haya hecho fundamentalmente desde la perspectiva familiar (por mucho que se utilice esa fórmula de la "unidad de convivencia").

Para terminar, nos referiremos a las prestaciones por desempleo. En este caso es claro que la contingencia protegible es la pérdida del empleo, lo cual poca relación tiene con la protección de la familia. Sin embargo, vamos a encontrarnos como la existencia de responsabilidades familiares es necesaria para poder acceder a la protección de desempleo. Me refiero especialmente a los subsidios por desempleo; es decir, el nivel asistencial de protección: así ocurre en el art. 274. a) LGSS, donde se regula el subsidio por responsabilidades familiares; o en art. 274.3 LGSS, dedicado al subsidio residual para aquellos que, cumpliendo los requisitos para un subsidio, salvo el período de espera, y no han tenido derecho a la prestación contributiva por desempleo por no alcanzar el período de carencia; en cuyo caso podrán tener derecho si cumplen con un mínimo de cotización y tienen responsabilidades familiares. Como vemos, se trata de situaciones en las que se activa el nivel asistencial si existen responsabilidades familiares; es decir, se facilita un mínimo de protección por la existencia de responsabilidades de carácter familiar (además de cumplir con otros requisitos).

De otro lado, en las prestaciones por desempleo, pero del nivel contributivo, la existencia de hijos a cargo se tiene en cuenta a los efectos de la cuantificación de la prestación, pues una vez aplicadas las reglas de cálculo de la cuantía, se establece unas cuantías máximas y mínimas, siendo éstas mayores en caso de existencia de hijos a cargo (art. 270.3 LGSS).

Por lo tanto, a efectos de la prestación por desempleo, la existencia de hijos a cargo o responsabilidades familiares supone una protección mayor. De esta manera, la familia ocupa una posición relevante a los efectos de generar derecho a protección en la situación de pérdida del empleo.

En definitiva, podemos afirmar que es indudable que la Seguridad Social tiene entre sus objetivos de protección a la familia. El problema reside en que esa protección de la familia se plantea en la regulación de la Seguridad Social de una manera transversal; es decir, que no existe un conjunto normativo concreto y determinado que tiene como objetivo exclusivo la protección de la familia. Al contrario, vamos a encontrar como existen diferentes prestaciones que de una u otra manera se dirigen a proteger la familia como fenómeno social, o incluso hay prestaciones que utilizan la familia como instrumento para medir el nivel de protección a otorgar, incrementando la protección en función de la existencia de elementos familiares.

Vamos a analizar cada supuesto concreto, no desde la perspectiva de estudiar su régimen jurídico, sino desde la óptica de constatar cómo juega el elemento familiar en cada una de estas prestaciones, para concluir señalando los elementos comunes o las diferencias existentes en un planteamiento tan heterogéneo como el que acabamos de describir.

En definitiva, creo necesario un profundo replanteamiento de la protección familiar. De entrada, no existe en la normativa de Seguridad Social una regulación destinada específicamente a proteger a la familia como entidad o como fenómeno social; sino que existen diferentes medidas dentro de distintas prestaciones del todo desconectadas, que poco o nada tienen que ver entre sí y mucho menos un objetivo homogéneo al que dirigirse. Es cierto que las diferentes prestaciones se plantean desde perspectivas distintas y que la familia puede protegerse de diferentes maneras; pero sería preferible tener un plan, lo suficientemente claro, para ser desarrollado. Sería conveniente fijar objetivos de protección precisos. Ello requeriría que, aun cuando se acuda a diferentes prestaciones, existan elementos comunes que abarquen todo el conjunto normativo. Por ejemplo, sería conveniente delimitar la familia objeto de protección y no que existan diferentes ámbitos familiares, unos más estrictos, otros más amplios, en función de la concreta prestación.

Un buen ejemplo de la distorsión que genera el uso de diferentes concepciones lo tenemos en la propia regulación de las prestaciones familiares en sentido estricto, en que la configuración del hijo a cargo como contingencia protegida no es idéntica en las diferentes prestaciones (de un lado la asignación económica por hijo a cargo, de otro la prestación económica por nacimiento o adopción de hijo). De otro lado, tampoco la delimitación del hijo a cargo o de las responsabilidades familiares es común entre las distintas prestaciones que de una u otra manera regulan esta cuestión (prestaciones familiares, desempleo o ingreso mínimo vital). Por lo tanto, hay una heterogeneidad conceptual. Ello repercute negativamente en la protección de la familia, pues hay realidades diferentes, atendidas de distinta manera, cuando la realidad a la que ha de atenderse, la familia, es la misma.

Tampoco hay una identidad plena en relación a los factores que pueden incidir de alguna manera en la propia prestación y en su cuantía, como es el caso de la discapacidad o la monoparentalidad. Se tienen en cuenta alguno de estos factores en algunas prestaciones, en otras no; y se tienen en cuenta de diferente manera.

En todo caso, si bien hay una evidente falta de homogeneidad, ello no puede ocultar que la base fundamental de la protección familiar era y es la existencia de hijos. Los descendientes son el núcleo esencial de referencia de la protección familiar⁵⁶. No supone ello que no existan otros miembros de la familia que sean expresamente llamados a los efectos de la protección, pero el hijo es, en todo caso, el actor principal en esta regulación.

Entendemos que si bien la familia o las realidades familiares pueden ser contempladas de diferentes maneras; en algunos casos, como una realidad o contingencia a proteger por la Seguridad Social; en otros casos como mero elemento para determinar la cuantía de ciertas prestaciones; lo cierto es que existe una desconexión entre unos y otros elementos. No hay una planificación normativa adecuada para proteger a las familias; no existe un concepto propio de familia objeto de protección; no hay un conjunto de circunstancias específicas o elenco de situaciones de carácter familiar, recogidas por el legislador que incidan sobre la cuantificación de las prestaciones cuando éstas puedan estar, de alguna manera, conectadas con un objetivo de protección familiar. En definitiva, la familia es un elemento transversal en la protección de Seguridad Social. En puridad, ello no es en sí mismo negativo; el problema reside en que, teniendo este carácter transversal, es una realidad poco delimitada, de escasa homogeneidad normativa, centrado en un ámbito nuclear (salvo excepciones). Sería conveniente una reforma que contemplase la familia como objeto de protección y que pretendiese una homogeneización de la realidad a proteger, de los elementos conceptuales y de las circunstancias condicionantes de la protección.

9. BIBLIOGRAFÍA CITADA

Alemán Madrigal, L. E., "Acceso a la pensión de viudedad en fallecimiento del causante por enfermedad común previa al matrimonio, dentro del año siguiente de su celebración: STSJ de Castilla-La Mancha, núm. 87 del 23 de enero de 2020", *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, núm. 4, 2022, <https://revistas.uma.es/index.php/REJLSS/article/view/13083>.

Álvarez Cortes, J.C. y Cardeñas Porta, V. E., "Ingreso Mínimo Vital como protección familiar y la supresión de las prestaciones familiares por hijos o menores a cargo", en AA.VV. (I.M. Villar Cañada y F. Vila Tierno, Dirs.), *Renta Mínima y democracia sustantiva. De los «Derechos de pobreza» a los de «ciudadanía social»*, UJA Editorial, Jaén, 2021.

⁵⁶ En este sentido Moreno de Vega y Lomo, F., "La protección familiar por causa de hijo a cargo en el concierto internacional y social comunitario", *e-Revista Internacional de la Protección Social* Vol. VI, núm. 2, 2021, pág. 23.

LA PROTECCIÓN A LAS FAMILIAS EN LA SEGURIDAD SOCIAL

- Álvarez Cuesta, H., "El ingreso mínimo vital en la encrucijada", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Volumen 9, número 2, abril-junio de 2021.
- Arsuaga, A., De la Peña, J. I. y Villanueva, G., "Una propuesta de una pensión de viudedad basada en la situación económica y familiar", *Anales del Instituto de Actuarios Españoles*, 4ª época, 27, 2021/1-31.
- Barrios Baudor, G. L., *Prestaciones familiares por hijos a cargo*, Aranzadi, Pamplona, 2001.
- Blasco Jover, C., "Diferencias de trato en el ejercicio de ciertos derechos prestacionales y propuestas de mejora normativa", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo* Volumen 9, núm. 2, abril-junio, 2021.
- Blasco Lahoz, J. F., *Las prestaciones familiares por hijo a cargo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- Díaz Aznarte, M.T., "La existencia y acreditación de la convivencia como requisito para acceder a las prestaciones de la Seguridad Social. Un estudio de la pensión de viudedad", en AA.VV., *La protección de la seguridad social a las personas en situación de vulnerabilidad económica y fomento de su inclusión social. A propósito del trigésimo aniversario de la inclusión en el sistema de seguridad social de prestaciones no contributivas (1990-2020). V Congreso Internacional y XVIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2021.
- García Romero, M. B., "Medidas de Seguridad Social en respuesta a los retos que plantean las responsabilidades familiares: fomento de la natalidad, conciliación e igualdad de género prestacional", *Revista de Derecho Social*, núm. 74, 2016.
- García Valverde, M. D., "Pensión de viudedad: puntos críticos y vaivenes jurisprudenciales", *e-Revista Internacional de la Protección Social* Vol. VI, núm. 2, 2021.
- Gonzalo González, B., "Familia y Seguridad Social hoy en España", *Tribuna Social*, núm. 90.
- Gorelli Hernández, J., "Problemática aseguradora de la familia", en AA.VV., *Los retos de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid 2004.
- Gorelli Hernández, J., "Paleontología jurídica: las prestaciones por hijo a cargo (un resbaladizo fósil viviente). Su delimitación en base a las cargas familiares", en AA.VV. *Protección a la familia y Seguridad Social. Hacia un nuevo modelo de protección sociolaboral (Tomo II)*, Laborum, Murcia, 2018.
- Hernández Borja, F. J., "La prestación económica por cuidados en el entorno familiar y ¿apoyo a los cuidadores familiares?", *Noticias CIELO* núm. 8, 2020, www.cielolaboral.com.
- Jimeno Jiménez, F. M., "Los cuidados familiares en el marco del sistema de dependencia español", *e-Revista Internacional de la Protección Social* Vol. V núm. 1, 2020.
- Jurado Segovia, A., "Prestaciones familiares de la Seguridad Social: evolución normativa y puntos críticos de la protección no contributiva", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 24, 2011.
- León Iglesias, J., "Luces y sombras en relación al futuro de las prestaciones. A propósito de la Ley de Garantías del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del Sistema público de pensiones", *IUSLabor*, núm. 1, 2022.
- López Roldán, P., *La protección de la maternidad en el ordenamiento jurídico laboral: avances y retos en las tutelas preventiva, laboral y prestacional*, UCOPress, Córdoba 2022.

LA PROTECCIÓN A LAS FAMILIAS EN LA SEGURIDAD SOCIAL

- Martín Rodríguez, M. O., "Protección social de los cuidadores no profesionales: convenio especial", en AA.VV., *La protección de la seguridad social a las personas en situación de vulnerabilidad económica y fomento de su inclusión social. A propósito del trigésimo aniversario de la inclusión en el sistema de seguridad social de prestaciones no contributivas (1990-2020)*. V Congreso Internacional y XVIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, Laborum, Murcia, 2021.
- Martínez Lucas, J. A., "La reordenación de las prestaciones familiares de la Seguridad Social", *Actualidad Laboral*, núm. 12, 2004.
- Monereo Pérez, J. L., "El Derecho Social al Ingreso Mínimo Vital", *Temas Laborales* núm. 158, 2021, págs. 60 y ss.
- Monereo Pérez, J. L. y Rodríguez Iniesta, G., "Las prestaciones familiares, ese «pariente pobre» de la Seguridad Social", *Revista de Derecho de la Seguridad Social* núm. 6, 2016.
- Monereo Pérez, J. L., Rodríguez Iniesta, G. y Trillo García, A., *El Ingreso Mínimo Vital en el sistema de protección social. Estudio de su configuración y régimen jurídico*, Laborum, Murcia.
- Moreno de Vega y Lomo, F., "La protección familiar por causa de hijo a cargo en el concierto internacional y social comunitario", e-*Revista Internacional de la Protección Social* Vol. VI, núm. 2, 2021.
- Pastor Seller, E., "Políticas sociales de protección a las familias en dificultad en tiempos de pandemia", *Revista Internacional de Ciencias Sociales* núm. 42, 2021.
- Pérez del Prado, D., "Funciones y disfunciones del ingreso mínimo vital", en AA.VV., *Seguridad Social para todas las personas. La protección de la Seguridad Social a las personas en situación de vulnerabilidad económica y fomento de su inclusión social*, Laborum, Murcia, 2021.
- Rodríguez Iniesta, G., "Ciento veinte años de protección a la viudedad (1900-2020)", e-*Revista Internacional de la Protección Social* Vol. 4, núm. 2, 2019.
- Romero Burillo, A. M., "De las prestaciones por maternidad a la prestación por nacimiento y cuidado de menores: una aproximación a la regulación contenida en el RD-Ley 6/2019", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 224, 2019, versión electrónica.
- Sánchez-Urán Azaña, Y., "Las prestaciones económicas vinculadas al nacimiento hijos y protección a la familia (de las prestaciones familiares a la prestación familiar)", en AA.VV., *La protección de la seguridad social a las personas en situación de vulnerabilidad económica y fomento de su inclusión social. A propósito del trigésimo aniversario de la inclusión en el sistema de seguridad social de prestaciones no contributivas (1990-2020)*. V Congreso Internacional y XVIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, Laborum, Murcia, 2021.
- Valdeolivas García, Y., "Las prestaciones familiares", en AA.VV., *Derecho de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

ALCANCE DEL REEMBOLSO DE GASTOS MÉDICOS EN SUPUESTOS DE ASISTENCIA SANITARIA DISPENSADA EN ESTADO MIEMBRO DISTINTO AL ESTADO COMPETENTE.

Una revisión de la última jurisprudencia comunitaria y el grado de adecuación de la normativa española

SCOPE OF THE REIMBURSEMENT OF MEDICAL EXPENSES IN CASE OF HEALTH CARE PROVIDED IN A MEMBER STATE OTHER THAN THE COMPETENT STATE.

A review of the latest community jurisprudence and the degree of adequacy of the Spanish regulations

Arantzazu Vicente Palacio

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universitat Jaume I-Castell

arantzazu.vicente@uji.es ORCID [0000-0002-6559-4386](https://orcid.org/0000-0002-6559-4386)

Recepción de trabajo: 22-05-2022 - Aceptación: 06-07-2022 - Publicado: 21-07-2022

Páginas: 101-120

■ 1. INTRODUCCIÓN. ■ 2. PROBLEMAS SUSCITADOS: ANTECEDENTES FÁCTICOS. ■ 3. NORMATIVA COMUNITARIA APLICABLE ■ 4. NORMATIVAS NACIONALES CUESTIONADAS. 4.1. Hungría. 4.2. Rumanía. ■ 5. CUESTIONES PREJUDICIALES. ■ 6. DECISIONES Y FALLOS. ■ 7. LA ASISTENCIA SANITARIA TRANSFRONTERIZA SEGÚN LOS DATOS: ALGUNAS CONCLUSIONES. ■ 8. EPÍLOGO: UN BOSQUEJO DE LA REGULACIÓN DE LA “ASISTENCIA SANITARIA TRANSFRONTERIZA” EN ESPAÑA (EX DIR. 2011/24/UE, DE 9 DE MARZO) Y SU APLICACIÓN POR LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES.

RESUMEN

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha abordado en dos sentencias recientes el alcance del derecho del paciente al reembolso de los gastos médicos en los supuestos de asistencia sanitaria. Se analiza el contenido y alcance de estos fallos judiciales, el ajuste de la regulación española a esta jurisprudencia y se contextualiza con algunos datos la realidad de la asistencia sanitaria transfronteriza llevada a cabo en el marco de la Dir. 2011/24/UE.

PALABRAS CLAVE: asistencia sanitaria transfronteriza, Reglamento 883/2004/CE, Directiva 2011/24/UE, Reembolso de gastos, Libre prestación de servicios, Libertad de circulación.

ABSTRACT

In two recent rulings, the Court of Justice of the European Union has addressed the scope of the patient's right to reimbursement of medical expenses in cases of healthcare. The content and scope of these judicial rulings are analyzed, as well as the adjustment of the Spanish regulation to this jurisprudence and the reality of cross-border healthcare carried out within the framework of Dir. 2011/24/EU is contextualized with some data.

KEYWORDS: cross-border healthcare, Community Jurisprudence, Regulation 883/2004/CE, Directive 2011/24/EU, Reimbursement, Free provision of services, Freedom of movement.

1. INTRODUCCIÓN

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre el alcance de las normas comunitarias de coordinación de los sistemas de Seguridad Social. Tanto es así que el actual Reglamento 883/2004/CE debe mucho al papel hermenéutico de la jurisprudencia comunitaria construida alrededor de su antecesor: el Reglamento 1401/72/CEE. Esta afirmación también es válida predicada de la asistencia sanitaria comprendida en el ámbito de aplicación de la citada norma comunitaria: los Asuntos *Vanbraekel y otros* (STJUE de 12-7-2001; C-368/98); *Smits y Peerbooms* (STSJ de 12-7-2001; C-157/99); *Keller* (STJUE de 12-4-2005; C-145/2003); *Müller-Fauré y Van Riet* (STJUE de 13-5-2003; C385/99); *Watts* (STJUE de 16-5-2006; C-372/2004); *Stamatelaki* (STJUE de 19-4-2007; C-444/2005); *Elchinov* (STJUE de 5-10-2010; C-173/2009); y *Petru* (STJUE de 9-10-2014; C-268/13) han conformado un importante bloque de doctrina sobre la asistencia sanitaria programada regulada en la normativa de coordinación. Especial referencia merecen dos pronunciamientos del TJUE: la STJUE de 28-4-1998 (*Asunto Kohll*; C-148/96) y la STJUE de 28-4-1998 (*Asunto Decker*; C-120/95) en las que el TJUE estableció por vez primera la necesidad de que el Regl. 1401/72/CEE fuera interpretado a la luz de los principios y derechos fundamentales de la Unión Europea, entre los que se encuentran la libre prestación de servicios (actualmente, art. 56 TFUE) (*Asunto Kohll*) y la libre circulación de mercancías (actualmente, art. 28 TFUE) (*Asunto Decker*).

Por otra parte, y en marco del proceso de liberalización de servicios iniciado por la Directiva 123/2006/CE (*Directiva Bolkestein*) se adoptó la Directiva 2011/24/UE, del Parlamento y del Consejo, de 9 de marzo por la que se regula la asistencia sanitaria transfronteriza. Entre ambas regulaciones existen convergencias y divergencias, de tal forma que hay un margen de opción para que el solicitante se ampare en uno u otro sistema, siempre que se cumplan los requisitos exigibles en ambos casos, entre los que figura la necesidad de solicitar una autorización previa al Estado de residencia del asegurado, bien para recibir la asistencia sanitaria bien, en su caso, para obtener el reembolso de los gastos. Puesto que el sistema previsto en el Regl. 883/2004 es más beneficioso pues comprende el reembolso íntegro de los gastos y conforme a las tarifas del Estado que dispensa la asistencia sanitaria, la regla general es la aplicación prioritaria de este, salvo que el asegurado opte expresamente por la aplicación del régimen jurídico de la Directiva.

Con todo, el régimen de autorización previa en el ámbito de la Dir. 2011/21/UE tiene, en principio, un alcance diferente al previsto en el Regl. 883/2004: mientras en este último es requisito imprescindible sea cual sea la asistencia sanitaria solicitada, en la Dir. 2011/21/UE se configura como una excepción a la regla general de libre prestación de servicios. Esto implica que el establecimiento de una autorización previa es una decisión que compete a los Estados miembros (en la normativa nacional de trasposición) pero solo puede establecerse para unos tratamientos limitados: los que exijan atención hospitalaria y aquella asistencia que requiera equipos o infraestructuras médicas muy especializadas y costosas y siempre que sea necesario y proporcionado al objetivo que se persigue y no incurra en discriminación, arbitrariedad ni constituya un obstáculo injustificado a la libre

ALCANCE DEL REEMBOLSO DE GASTOS MÉDICOS EN SUPUESTOS DE ASISTENCIA SANITARIA

circulación de pacientes. En la actualidad, siete Estados del Espacio Schengen (Estonia, Finlandia, Lituania, Noruega, Países Bajos, República Checa y Suecia) han preferido no exigir esta autorización previa para la asistencia sanitaria transfronteriza prevista en la Dir. 2011/54/UE.

Dos sentencias recientes del TJUE han abordado nuevamente el requisito de la autorización previa como condicionante del derecho al reembolso de los gastos médicos derivados de la asistencia sanitaria intracomunitaria (tanto en el Regl. 883/2004/CE como en la Dir. 2011/24/UE): la STJUE de 23-9-2020 (Asunto *Vas Megyei Kormányhivatal*, C-777/18) y la más reciente STJUE de 6-10-2021 (Asunto ZY; C-538/19).

La primera resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de lo Contencioso-administrativo y de lo Social de Szombathely, Hungría. La cuestión principal es si el Sr. WO tiene derecho al reembolso de los gastos médicos derivados de una operación realizada en una clínica privada de Alemania a la que el citado Sr. WO se trasladó, inicialmente, con la finalidad de someterse a un reconocimiento médico y donde fue operado, por razones de urgencia, el día siguiente de dicho reconocimiento. La Administración húngara le denegó el reembolso de los gastos médico (en instancia y tras recurso administrativo) por considerarlo un “tratamiento programado” a los efectos de la aplicación del Regl. 883/2004 para el que el Sr. WO no había obtenido la autorización pertinente (tal y como exige su art. 20 Regl. 883/2004). En el procedimiento prejudicial, el Tribunal Contencioso y Social de Szombathely cuestiona la adecuación al Regl. 883/2004/CE de la normativa húngara relativa al reembolso de gastos atendiendo a la doctrina de la STJUE de 5-10-2010 (Asunto *Elchinov*; C-173/09) según la cual el art. 56 TFUE y el Regl. 883/2004/CE se oponen a la normativa de un Estado miembro que excluye del reembolso, en todo caso, la cobertura de la asistencia hospitalaria dispensada en otro Estado miembro cuando no se ha obtenido la autorización previa, sin contemplar la posibilidad de conceder la autorización a posteriori, ni siquiera en casos de urgencia. El tribunal remitente también cuestiona su adecuación a la Dir. 2011/24/UE, que permite que los Estados miembros puedan condicionar la asistencia sanitaria transfronteriza a una autorización previa siempre que sea necesaria y proporcional y no constituya un obstáculo injustificado a la libre circulación de los pacientes (art. 8.1), principios que también deben respetarse en los procedimientos administrativos de reembolso de gastos (art. 9.1) considerando, concretamente, que el procedimiento de autorización administrativa debe tener una duración razonable (art. 9.3)

Por su parte, la segunda resuelve cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Constanza (Rumanía). El centro nuclear de esta cuestión prejudicial es, en última instancia, el derecho que asiste al beneficiario a obtener el reembolso íntegro de los gastos derivados del tratamiento médico recibido en una clínica privada de Austria cuando decide no aceptar el tratamiento recetado por la sanidad pública rumana, más invasivo y generador de importantes secuelas (discapacidad), no generadas por el primero. Como ya se ha señalado, en el sistema configurado por el Reglamento 883/2004, el Estado competente debe asumir íntegramente los gastos de la asistencia sanitaria prestada por el Estado dispensador aplicando las tarifas de este último, siempre y cuando se haya cumplido con los requisitos que dispone dicho Reglamento y, en tanto se ajusten a este, la normativa nacional. Además, en el caso de que haya sido el beneficiario quien haya asumido directamente el gasto, el Estado competente debe reembolsarle los gastos asumidos en los términos señalados. Por

ALCANCE DEL REEMBOLSO DE GASTOS MÉDICOS EN SUPUESTOS DE ASISTENCIA SANITARIA

el contrario, el sistema configurado por la Directiva 2011/24/UE se articula directamente mediante el reembolso al paciente de los gastos “hasta el límite de la cuantía que habría asumido el Estado de afiliación si la asistencia se hubiera prestado por dicho Estado” y aplicando las tarifas del Estado de afiliación. Además, en el marco del Reglamento 883/2004, la asistencia sanitaria debe dispensarse, en todo caso, “de conformidad con la normativa del Estado de tratamiento” es decir, debe estar incluida y dispensada por el sistema de seguridad social del Estado de tratamiento, mientras que la asistencia sanitaria amparada en la Directiva 2011/24/UE puede ser dispensada por cualquier prestador de servicios sanitarios, público o privado. En ambos casos es imprescindible que esta asistencia sanitaria figure entre las prestaciones a las que el asegurado tenga derecho en el Estado de afiliación.

En los asuntos examinados, los tratamientos médicos son dispensados por clínicas privadas, aunque en Estados miembros diferentes (Alemania y Austria, respectivamente) y, sin embargo, en el primer caso se atiende a ambas normas comunitarias y en el segundo, el conflicto se circunscribe al Regl. 883/2004/CE. En la STJUE de 23-9-2020 (Asunto *Vas Megyei Kormányhivatal, C-777/18*) el Tribunal de Justicia distingue expresamente entre la regulación del reembolso de gastos prevista en la norma de coordinación (art. 20 Regl. 883/2004) y el ámbito de aplicación del art. 56 TFUE “en condiciones de cobertura y reembolso diferentes de las que establecen el art. 20 Regl. 883/2004 y art. 26 Regl. 987/2009) opciones de las que el interesado puede disponer “paralelamente” (considerando 33). Más claramente señala su considerando 37: “(...) para que el litigio principal pueda estar comprendido en el ámbito de aplicación del Regl. 883/2004 y del Regl. 987/2009, el tratamiento médico de que se trata en dicho litigio debería haber sido dispensado a WO por parte del proveedor privado del Estado miembro al que el interesado se desplazó para recibirlo, con arreglo a la legislación de seguridad social de dicho Estado miembro, extremo que corresponde comprobar al Tribunal remitente. De no ser así, las cuestiones prejudiciales (...) deberán examinarse exclusivamente a la luz del art. 56 TFUE y de la Directiva 2011/24/UE. Por su parte, en la STJUE de 6-10-2021 (Asunto *ZY, C-538/19*) el Tribunal aborda el conflicto exclusivamente desde la perspectiva del Regl. 883/2004/CE en el que el tratamiento médico debe dispensarse con arreglo a la legislación de seguridad social del Estado miembro en el que ha sido recibido. Por tanto, la prestación de la asistencia sanitaria por entidades sanitarias privadas no queda necesariamente excluida del ámbito del Regl. 883/2004/CE si esta posibilidad está contemplada por la seguridad social del Estado dispensador como asistencia sanitaria del sistema de seguridad social de sus propios residentes. Un estudio superficial permite concluir que, efectivamente, el sistema sanitario austriaco contempla la posibilidad de que la protección frente a la enfermedad de sus “beneficiarios” se dispense a través de hospitales públicos o privados, lo que permite comprender los términos en los que se desarrolla la argumentación jurídica de la STJUE de 6-10-2021, centrada exclusivamente en el Regl. 883/2004. Como ya se ha apuntado *supra*, el TJUE declaró ya en 1998 la necesidad de interpretar las normas de coordinación de los sistemas de seguridad social a la luz del (actual) art. 56 TFUE (libre prestación de servicios). Hay que recordar que el 1-1-1993 se puso en marcha el mercado único interior (y el 1-1-1994 el Espacio Económico Europeo) lo que llevó al Tribunal comunitario a considerar, también, la asistencia sanitaria como un servicio comprendido en el ámbito del principio de libertad de prestación de servicios.

2. PROBLEMAS SUSCITADOS: ANTECEDENTES FÁCTICOS

El Sr. WO, de nacionalidad húngara y residente en Hungría, perdió la visión del ojo izquierdo a causa de un desprendimiento de retina (1987). En 2015 se le diagnosticó un glaucoma en el ojo derecho, con rápida reducción del campo visual y elevada y sostenida tensión intraocular, sin que el tratamiento recibido en Hungría frenara el avance de la enfermedad y la progresiva pérdida de visión. El 29 de septiembre de 2016 concertó cita para un reconocimiento médico con un facultativo ejerciente en una clínica privada de Alemania; la cita quedó establecida para el 16-10-2015. El día 15-10-2015, antes de su desplazamiento a Alemania, se realizó en Hungría un nuevo reconocimiento médico presentando una tasa de tensión intraocular muy superior a la considerada normal. El día siguiente del reconocimiento médico realizado en Alemania, el Sr. WO fue operado en la misma clínica por razones de urgencia. La administración húngara le denegó el reintegro de gastos porque consideró que el Sr. WO debería haber solicitado, tal y como exige el Regl. 883/2004/UE, la autorización previa al tratarse de una “asistencia sanitaria programada”. La cuestión prejudicial se presentó por el Tribunal húngaro de primera instancia.

Por su parte, el Sr. ZY, de nacional y residente en Rumanía, fue diagnosticado de cáncer de lengua (28-3-2013). La prescripción médica recomendada en Rumanía consistía en una urgente intervención quirúrgica para la ablación de dos tercios de la lengua. Esta operación le privaría del habla. El Sr. ZY se desplazó en abril 2013 a Austria, para solicitar una segunda opinión médica. El diagnóstico fue confirmado pero no así el tratamiento; se recomendaba combinación de radioterapia, quimioterapia e inmunoterapia, tributarios de hospitalización en la citada clínica. El tratamiento prescrito se consideraba tan eficaz como la intervención quirúrgica con la ventaja de no provocar la discapacidad del paciente.

El Sr. ZY se reunió con la institución competente para solicitar el formulario E112 (actualmente, S2). La institución competente le informó que si se desplazaba a Austria para recibir la asistencia sanitaria sin haber obtenido la autorización previa no sería de aplicación el Reglamento 883/2004 (y por tanto, el reintegro íntegro de los gastos conforme a las tarifas austriacas) sino la Orden 729/2009 (art. 8), que dispone que los gastos se abonan conforme a las tarifas rumanas y hasta el límite de lo que hubiera costado el tratamiento de ser prestado en Rumanía. Según la normativa rumana, la autorización previa solo puede obtenerse si el médico indicado por la institución competente ha realizado la recomendación de ese tratamiento, lo que no ocurría en este caso. No obstante, se sugirió al Sr. ZY que presentara un dictamen médico referido a la imposibilidad de recibir tratamiento en Rumanía. El Sr. ZY no presentó este dictamen en ningún momento.

Entre los meses de abril 2013 y abril 2014 el Sr. ZY recibió asistencia sanitaria en dos clínicas austriacas y solicitó de su institución competente el reembolso de los gastos. La institución reembolsó a los herederos de ZY una cantidad calculada conforme a la Orden 729/2009 (art. 8), es decir, aplicando los baremos del régimen público del seguro de enfermedad rumano. Disconformes con la decisión, los herederos solicitaron el reembolso íntegro de los gastos derivados del tratamiento recibido por ZY en las clínicas austriacas, invocando la aplicación del Reglamento 883/2004. El Tribunal de Primera Instancia competente desestimó la pretensión por considerar que la falta de autorización previa

excluía la aplicación de los gastos conforme al Reglamento 883/2004. Interpuesto recurso de apelación por los herederos, el Tribunal Superior de Constanza (Rumanía) plantea cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

3. NORMATIVA COMUNITARIA APLICABLE

Ya se ha señalado supra que la asistencia sanitaria transfronteriza se regula por el Reglamento 883/2004/UE y por la Directiva 2011/24/UE y se han apuntado brevemente sus semejanzas y diferencias.

El Reglamento 883/2004/UE es una norma directamente aplicable, dada su tipología, sin perjuicio de que los Estados miembros puedan adoptar las disposiciones precisas para su desarrollo.

Su art. 20 dispone:

1. Salvo disposición en contrario del presente Reglamento, la persona asegurada que se desplace a otro Estado miembro para recibir prestaciones en especie durante su estancia deberá solicitar la autorización de la institución competente.

2. La persona asegurada autorizada (...) se beneficiará de las prestaciones en especie facilitadas, por cuenta de la institución competente, por la institución del lugar de estancia, según las disposiciones de la legislación que esta última aplique como si estuviera asegurada en virtud de dicha legislación. La autorización deberá ser concedida cuando el tratamiento de que se trate figure entre las prestaciones previstas por la legislación del Estado miembro en que resida el interesado y cuando, habida cuenta de su estado de salud en ese momento y de la evolución probable de la enfermedad, dicho tratamiento no pueda serle dispensado en un plazo justificable desde el punto de vista médico.

(...)

Además, el Reglamento 987/2009, del Parlamento y del Consejo, de 16 de septiembre dispone (art. 26.4):

“Durante todo el procedimiento de autorización, la institución competente conservará la facultad de someter a la persona asegurada a un reconocimiento por un médico elegida por ella en el Estado miembro de estancia o de residencia”.

Por su parte, la Directiva 2011/24/UE (cuyo amparo de Derecho originario se encuentra en el art. 56 TFUE) dispone:

Artículo 7:

1. El Estado miembro de afiliación garantizará el reembolso de los gastos contraídos por un asegurado que haya recibido asistencia sanitaria transfronteriza, siempre que dicha asistencia sanitaria figure entre las prestaciones a que el asegurado tiene derecho en el Estado miembro de afiliación. (...)

ALCANCE DEL REEMBOLSO DE GASTOS MÉDICOS EN SUPUESTOS DE ASISTENCIA SANITARIA

3. *Corresponde al Estado miembro de afiliación (...) determinar la asistencia sanitaria a la asunción de cuyos gastos tiene derecho un asegurado, así como el nivel de asunción de dichos gastos, con independencia de donde se preste la asistencia sanitaria.*

4. *Los gastos de la asistencia sanitaria transfronteriza serán reembolsados o abonados directamente por el Estado miembro de afiliación hasta la cuantía que habría asumido dicho Estado si la asistencia sanitaria se hubiera prestado en su territorio, sin exceder del coste real de la asistencia sanitaria efectivamente prestada. (...)*

8. *El Estado miembro de afiliación no supeditará el reembolso de los gastos de asistencia sanitaria transfronteriza a autorización previa, salvo en los casos establecidos en el artículo 8.*

9. *El Estado miembro de afiliación podrá limitar la aplicación de las normas de reembolso de la asistencia sanitaria transfronteriza por razones imperiosas de interés general, como necesidades de planificación relacionadas con el objeto de garantizar un acceso suficiente y permanente a una gama equilibrada de tratamientos de elevada calidad en el Estado miembro de que se trate, o la voluntad de controlar los costes y evitar, en la medida de lo posible, cualquier despilfarro de los recursos financieros, técnicos y humanos.*

Artículo 8:

1. *El sistema de autorización previa, incluidos los criterios y la aplicación de los mismos, así como las decisiones individuales de denegación de la autorización previa, se restringirá a lo que sea necesario y proporcionado al objetivo que se pretende, y no podrá constituir un medio de discriminación arbitraria ni un obstáculo injustificado a la libre circulación de los pacientes.*

2. *La asistencia sanitaria que puede requerir autorización previa se limitará a aquella que:*

a) requiera necesidades de planificación relacionadas con el objeto de garantizar un acceso suficiente y permanente a una gama equilibrada de tratamientos de elevada calidad en el Estado miembro de que se trate, o la voluntad de controlar los costes y evitar, en la medida de lo posible, cualquier despilfarro de los recursos financieros, técnicos y humanos y (...)

5. *Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 6, letras a) a c), el Estado miembro de afiliación no podrá denegar una autorización previa cuando el paciente tenga derecho a la asistencia sanitaria de que se trate (...) y cuando esa asistencia sanitaria no pueda prestarse en su territorio en un plazo que esté médicamente justificado, sobre la base de una evaluación médica objetiva del estado de salud del paciente, su historial y la evolución probable de su enfermedad, el grado de dolor que padezca o la naturaleza de su discapacidad en el momento en que la solicitud de autorización fue efectuada o renovada.*

6. *El Estado miembro de afiliación podrá denegar una autorización previa por las razones siguientes:*

d) cuando la atención sanitaria pueda prestarse en su territorio en un plazo que sea médicamente justificable, teniendo en cuenta el estado de salud de cada paciente y la posible evolución de su enfermedad.

4. NORMATIVAS NACIONALES CUESTIONADAS

Como ya se ha señalado, en el procedimiento prejudicial resuelto por la STJUE de 23-9-2020 (Asunto *Vas Megyei Kormányhatal, C-777/18*) se aborda la cuestión desde ambas normas comunitarias; mientras que el Tribunal rumano (Asunto ZY, C-538/19) centra la cuestión exclusivamente en la adecuación de la regulación rumana al Regl. 883/2004/CE lo que no impide que el Tribunal de Justicia transcriba la norma rumana que, aparentemente, constituye la norma nacional de desarrollo de la Directiva 2011/ 24/UE, pese a que su fecha sea anterior (se trata de la norma que establece las normas de reembolso y de reintegro de gastos de la asistencia sanitaria prestada con arreglo a los instrumentos internacionales en materia sanitaria en los que Rumanía es parte).

4.1. Hungría

La normativa nacional aplicable en el supuesto controvertido son: la Ley LXXXIII de 1997, relativa a las prestaciones del Seguro de Enfermedad obligatorio¹ (especialmente su art. 27.6) y Decreto gubernamental 340/2013 (IX.25.) relativo al Régimen de la Asistencia Sanitaria en el Extranjero².

La primera norma se refiere expresamente al derecho del asegurado que recurra a la asistencia sanitaria transfronteriza a percibir dicha asistencia con los mismos derechos que si la recibiera de los servicios sanitarios húngaros en situaciones análogas. También consagra el reembolso del coste real de la prestación con el límite del precio de la asistencia sanitaria prestada por un proveedor financiado con fondos públicos en Hungría y en la fecha del tratamiento. Además, es necesaria la autorización previa para la asistencia sanitaria transfronteriza y, para el reembolso de gastos, se exige un documento a la prestación emitido de conformidad con la normativa vigente

Por su parte, el Decreto gubernamental 340/2013 contempla las siguientes cuestiones relevantes:

- Consagra una triple vía para el acceso a la asistencia sanitaria transfronteriza (art. 2.1): a) derivada de las normas de coordinación de los sistemas de Seguridad Social de la Unión Europea; b) derivada de la asistencia sanitaria transfronteriza prevista en la Ley anteriormente citada; c) por razones de equidad (previstas art. 9 y 28 LSE antes citada).
- Se exige la autorización previa del Fondo Nacional del Seguro de Enfermedad los supuestos a) y c) anteriores y, en el caso de la asistencia sanitaria transfronteriza del supuesto b) para las prestaciones previstas en el Anexo. No se exige, por tanto, para todas las prestaciones —como en los supuestos comprendidos en el ámbito de la normativa de coordinación— sino exclusivamente para determinadas prestaciones tasadas (art. 3.1). El citado Anexo contempla

1 1997. évi LXXXIII törvény a Kötelező egészségbiztosítás ellátásáról.

2 Külföldön történő gyógykezelések részletes szabályairól szóló 340/2013 (IX.25.) Korm. Rendelet.

todas las prestaciones que precisen hospitalización y determinados procedimientos o intervenciones quirúrgicas (previstos en una norma ad hoc) de alto coste, poco extendidos a escala nacional, y con expresa excepción de la asistencia referida al trasplante de órganos.

- En relación al procedimiento para la emisión de la citada autorización (art. 5), se dispone un plazo máximo de 8 días para que el Fondo examina si la prestación solicitada está reconocida y sufragada por el seguro de enfermedad. En caso afirmativo, el Fondo cuenta con un plazo adicional de 15 días para valor si dicha asistencia sanitaria puede ser dispensada en un plazo justificable desde el punto de vista médico por un prestador financiado con fondos públicos. En caso de que exista esta posibilidad, el Fondo debe denegar la asistencia sanitaria transfronteriza y debe proponer el proveedor de dicha asistencia sanitaria.
- Pese a lo anterior, el beneficiario puede percibir la asistencia sanitaria en el extranjero: a) si el prestador de servicios no está comprendido en el ámbito de la normativa comunitaria de coordinación (Regl. 883/2004); b) por cualquier otra razón no prevista en los reglamentos de la UE; o c) *“solicite una autorización que solo le confiera el derecho a recibir asistencia sanitaria, sin precisar al prestador de asistencia sanitaria, cuestión que debe especificar en su solicitud”* (art. 71)

4.2. Rumanía

Por lo que se refiere al derecho rumano, es el Anexo de la Orden nº 592/2008, del Presidente de la Tesorería Nacional de la Seguridad Social el que dispone las normas de utilización de los formularios expedidos conforme al Reglamento 1408/1971 y normas complementarias (en la actualidad, Reglamento 883/2004). Por su parte, la Orden nº 729/2009, de 17 de junio del Presidente de la Tesorería Nacional de la Seguridad Social establece normas de reembolso y de reintegro de gastos de asistencia sanitaria prestada con arreglo a los instrumentos internacionales en los que Rumanía es parte; en atención a su contenido cabe presumir que opera en la actualidad también como norma nacional de aplicación de la Directiva 2011/24/UE.

La citada normativa reitera el contenido del R.883/2004 en relación a la operatividad del formulario E112 como requisito para que los trabajadores por cuenta ajena o cuenta propia y sus familiares reciban la autorización para desplazarse a otro Estado de la Unión para recibir asistencia sanitaria (art. 40.1.b) O.592/2008) y recoge literalmente la imposibilidad de que la institución competente pueda negar su expedición cuando la asistencia sanitaria solicitada figure entre las previstas en el Estado Miembro de residencia del asegurado y cuando, habida cuenta de su estado de salud en ese momento y de la evolución probable de la enfermedad, dicha asistencia no pueda serle dispensada en el Estado miembro de residencia dentro del plazo habitualmente necesario para obtener el tratamiento de que se trate. En la solicitud debe adjuntarse el historial médico incluyendo un informe clínico del que se deriva el diagnóstico y la recomendación médica de dicho tratamiento (art. 45.1.b), informe clínico que debe elaborarse por un médico de un hospital clínico universitario (en algunos casos, regional). Con carácter general se exige la expedición del formulario E112 previamente al desplazamiento del beneficiario, aunque admite la posibilidad de su expedición posterior en caso de

fuerza mayor (justificada por la Tesorería General), aunque la condiciona a que no se hubiera abonado el precio de los servicios médicos. La falta de autorización determina la obligación del asegurado de abonar la prestación recibida, y se reconoce el derecho al reembolso de gastos a solicitud del asegurado y sus familiares si la asistencia sanitaria recibida en un Estado miembro forma parte de la cartera de servicios básicos y siempre de acuerdo con los baremos establecidos en Rumanía.

5. CUESTIONES PREJUDICIALES

Ya se ha apuntado en el epígrafe anterior que, pese a que ambos procedimientos judiciales versan sobre la autorización previa como requisito que puede condicionar el derecho a la asistencia sanitaria intracomunitaria, en las cuestiones prejudiciales resueltas por la STJUE de 23-9-2020 se analiza el alcance de esta autorización en el marco del Reglamento 883/2004/CE y también de la Directiva 2011/24/UE mientras que en las cuestiones prejudiciales que dan lugar a la STJUE de 16-10-2021 no hay referencia alguna a la Directiva 2011/24/UE pese a que la asistencia sanitaria fue dispensada por clínicas privadas y el reembolso de los gastos se calculó conforme a las tarifas del país de afiliación del Sr. ZY, circunstancias que remiten a la Dir. 2011/24/UE.

Las cuestiones prejudiciales que plantea el **Tribunal húngaro** son las siguientes:

- a. ¿Constituye una restricción contraria al art. 56 TJUE una normativa nacional que, en relación con el reembolso de los gastos de asistencia sanitaria transfronteriza, excluye la posibilidad de una autorización a posteriori de la asistencia sanitaria dispensada en otro Estado miembro sin autorización previa, incluso cuando existe un riesgo real de deterioro irreversible de la salud del paciente?
- b. ¿Es compatible con el principio de necesidad y proporcionalidad (art. 8.1 Dir. 2011/24/UE) y con el principio de libre circulación, la regulación nacional que excluye la posibilidad de autorización a posteriori, incluso en los casos de riesgo real de deterioro irreversible de la salud del paciente?
- c. ¿Es compatible con el art. 9.3 Dir. 2011/24/CE (que dispone que el procedimiento de autorización previa tenga un plazo de resolución razonable) la normativa nacional que, con independencia del estado de salud del paciente, establece como plazo para la concesión de la autorización 31 días y 23 días para su denegación?
- d. ¿Exige necesariamente el art. 20 Regl. 883/2004 la autorización previa para el reembolso de los gastos de asistencia sanitaria transfronteriza o, por el contrario, el precepto no excluye la solicitud a posteriori?
- e. ¿Está comprendido en el ámbito de aplicación del art. 20.1 Regl. 883/2004 el desplazamiento del paciente a otro Estado comunitario con la finalidad de someterse a un tratamiento médico y, dado su estado de salud, se le realiza una intervención quirúrgica el día siguiente del reconocimiento? ¿Cabe en este caso y a efectos de obtener el reintegro de gastos, solicitar la autorización a posteriori?

- f. ¿Está comprendido en el concepto de “tratamiento programado (art. 26 Regl. 987/2009) el desplazamiento del paciente a otro Estado comunitario con la finalidad de someterse a un tratamiento médico y, dado su estado de salud, se lleva al día siguiente del reconocimiento a cabo una intervención quirúrgica? ¿Cabe en este caso y a efectos de obtener el reintegro de gastos, solicitar la autorización a posteriori? ¿Es también exigible la autorización previa para los supuestos de asistencia sanitaria urgente y de carácter vital del art. 26.3 Regl. 987/2009?

Por su parte, las cuestiones prejudiciales presentadas por el **Tribunal rumano** son las siguientes:

1. El hecho de que el tratamiento médico consentido por el asegurado haya sido prescrito (exclusivamente) por un facultativo de Estado miembro distinto del Estado de residencia del beneficiario ¿puede asimilarse a “situación de urgencia” en el sentido al que se refiere el apartado 45 de la Sentencia *Elchinov*, dado que el médico de este último Estado ha emitido el mismo diagnóstico y ha considerado la urgencia del tratamiento a dispensar (aunque sea diferente y genere discapacidad)?
2. En caso de que la respuesta a la cuestión anterior sea afirmativa, ¿está obligado el asegurado que se desplaza a otro Estado miembro a recibir el tratamiento que consiente o acepta (por razones pertinentes y legítimas) a solicitar la autorización del art. 20.1 Regl. 883/2004 para obtener el reembolso de los gastos derivados del procedimiento terapéutico consentido?
3. ¿Se oponen los art. 56 TFUE y arts. 20.1 y 2 Regl. 883/2004 a una legislación nacional que:
 - a. Supedita la autorización de la institución competente a que el informe médico sea expedido exclusivamente por un facultativo que ejerza en el Estado miembro de residencia del asegurado, inclusive cuando el procedimiento terapéutico consentido por el asegurado haya sido prescrito únicamente por un médico de otro Estado miembro (segunda opinión)?
 - b. Y no garantiza, en el marco de un procedimiento accesible y previsible, el análisis efectivo, desde el punto de vista médico, en el régimen de seguridad social del Estado de residencia, la posibilidad de poner en práctica esta segunda opinión?
4. En caso de respuesta afirmativa a las cuestiones primera y tercera, ¿tiene derecho el asegurado, siempre que concurren los requisitos previstos en el art. 20.2, segunda frase, del Regl. 883/2004, a obtener el reembolso íntegro de los gastos derivados del tratamiento aplicado en ese otro Estado miembro por parte de la institución competente del Estado de residencia?

6. DECISIONES Y FALLOS

El Regl. 883/2004 regula los supuestos en los que la institución competente debe conceder la autorización sin que, en ningún momento, establezca expresamente algún supuesto en los que el asegurado puede quedar exento de esta obligación.

Como ya se ha apuntado, ha sido el Tribunal de Justicia quien ha ido definiendo los supuestos en los que en los que el beneficiario tiene derecho a recibir el reintegro de los gastos médicos en el marco de las normas del Reglamento (reintegro íntegro) cuando no se ha expedido/solicitado la autorización previa. Se trata de una jurisprudencia articulada alrededor de las normas sobre la asistencia sanitaria intracomunitaria pues las causas que permiten al Estado competente la denegación de la autorización previa en el marco de la Directiva es prácticamente idéntico a la regulación del Reglamento y porque, además, como ya se ha apuntado, desde la eliminación de las fronteras interiores, la aplicabilidad del Reglamento no excluye que esa situación quede comprendida en el ámbito de aplicación de las disposiciones relativas a la libre prestación de servicios (art. 56 TFUE), lo que implica la necesidad e interpretar el art. 20 Regl. 883/2004 a la luz de esta última norma. Se trata de una afirmación de gran importancia porque, a efectos prácticos, supone que las restricciones que la normativa de coordinación de los sistemas de Seguridad Social pueda establecer a los desplazamientos intracomunitarios para recibir asistencia sanitaria programada también deben pasar por el tamiz del principio de libre circulación de servicios. Desde este punto de vista, la normativa nacional que, en todo caso, excluye la cobertura de la asistencia sanitaria dispensada en otro Estado miembro por ausencia de autorización previa cuando concurren los requisitos “sustantivos” (*el calificativo es mío*), no respeta la exigencia de proporcionalidad por lo que constituye una restricción injustificada a la libre prestación de servicios (STJUE de 23-9-2020, Asunto Vas Megyei Kormányhatal, C-777/18).

El Regl. 883/2004 dispone que establece que la autorización previa deberá ser concedida:

- a. cuando el tratamiento figure entre las prestaciones previstas por la legislación del Estado miembro de residencia; y
- b. cuando, habida cuenta del estado de salud del interesado y de la evolución probable de su enfermedad, dicho tratamiento no pueda serle dispensado en un plazo justificable desde el punto de vista médico.

Por su parte, la Dir. 2011/24/UE regula más detalladamente los supuestos en los que la asistencia sanitaria puede requerir de autorización previa, siempre desde su consideración de que debe tratarse de supuestos de carácter limitado basados en los principios de no discriminación, necesidad y proporcionalidad (art. 8). En términos prácticamente idénticos a lo dispuesto por el Regl. 883/2004, concreta los supuestos en los que la autorización previa no podrá ser denegada (art. 8.5) y también los supuestos en los que cabe denegar dicha autorización previa (art. 8.6).

Las citadas sentencias concluyen:

- El art. 20 Regl. 883/2004 y el art. 26 Regl. 987/2009 deben ser interpretados a la luz del art. 56 TFUE (libre prestación de servicios) (STJUE de 23-9-2020 y STJUE de 6-10-2021).

“(…) el artículo 20 Regl. 883/2004 en relación con el artículo 56 TFUE, debe interpretarse en el sentido de que la persona asegurada que ha recibido, en un Estado miembro distinto del de su residencia, un tratamiento que figura entre las prestaciones previstas por la legislación del Estado miembro de residencia, tiene derecho al reembolso íntegro de los gastos de dicho tratamiento, de acuerdo con los requisitos establecidos en el citado Reglamento, cuando esa persona no haya podido obtener la autorización de la institución competente prevista por el art. 20 Regl. 883/2004 debido a que, coincidiendo en el diagnóstico de la enfermedad y la urgencia del tratamiento, el médico del régimen del seguro de enfermedad del Estado miembro de su residencia le prescribió un tratamiento distinto del consentido por dicha persona de acuerdo con un segundo dictamen emitido por un médico de otro Estado miembro, tratamiento que, a diferencia del primero, no provoca una discapacidad” (STJUE de 6-10-2021).

- Está comprendida en el concepto de “tratamiento programado” la asistencia sanitaria dispensada en y por un Estado miembro distinto del Estado de residencia del asegurado aunque esté decidida exclusivamente por el médico del citado Estado (dispensador) partiendo de su opinión de que los tratamientos disponibles en el Estado de residencia del asegurado no están disponibles en este Estado (residencia) en un plazo justificable desde el punto de vista médico. Esta conclusión implica que, en principio, esta asistencia está supeditada a la obtención de la autorización previa expedida por el Estado de residencia (STJUE de 23-9-2020).
- El asegurado, que ha recibido “tratamiento programado” en los términos señalados sin haber obtenido la autorización previa, mantiene el derecho al reembolso de los gastos sanitarios si:
 - a. Se encontraba en una situación relacionada con su estado de salud o con la necesidad de recibir el tratamiento médico que le impedía solicitar tal autorización a la autoridad competente o esperar la resolución de dicha autorización;
 - b. Se cumplen el resto de requisitos previstos para la cobertura de la asistencia sanitaria en estos casos en el art. 20 Regl. 883/2004 (es decir, los señalados requisitos sustantivos).

Ambas cuestiones deben ser objeto de comprobación por el Tribunal remitente (STJUE de 23-9-2020).

- El art. 56 TFUE y el art. 8.2, párrafo primero, a) Dir. 2011/24/UE se oponen a una normativa nacional que excluye el reembolso de la asistencia sanitaria dispensada en otro Estado miembro dentro de los límites de la cobertura garantizada por el régimen del seguro de enfermedad del Estado de afiliación exclusivamente por falta de la autorización previa (STJUE de 23-9-2020).

- El art. 56 TFUE y el art. 8.1 Dir. 2011/24/UE se oponen a una normativa nacional que, en el supuesto de que el interesado se haya visto imposibilitado de solicitar la autorización previa o no haya podido esperar a la resolución de la institución competente por motivos relacionados con su estado de necesidad o la urgencia del tratamiento que requiere de equipos médicos muy especializados y costosos si concurren los requisitos para la cobertura de que se trate, excluya la posibilidad de obtener el reintegro de los gastos aun cuando concurren los demás requisitos para la cobertura del tratamiento médico dispensado y dentro de los límites de la cobertura garantizada por el seguro de enfermedad del Estado de afiliación (STJUE de 23-9-2020).
- El art. 9.3 Dir. 2011/24/UE no se opone a una normativa nacional que establece un plazo de 31 días para conceder la autorización previa de la asistencia sanitaria transfronteriza y de 23 días para denegarla si, al mismo tiempo, habilita a la institución competente para tomar en consideración las circunstancias individuales y la urgencia del caso concreto (STJUE de 23-9-2020).

7. LA ASISTENCIA SANITARIA TRANSFRONTERIZA SEGÚN LOS DATOS: ALGUNAS CONCLUSIONES

Atendiendo a los datos oficiales disponibles³ (años 2015-2020) y otra literatura especializada⁴, la asistencia sanitaria transfronteriza dispensada al amparo de la Dir.2011/24/UE constituye todavía una posibilidad poco utilizada. Aun cuando las conclusiones de estos informes presentan algunas limitaciones derivadas fundamentalmente de los datos manejados⁵, permiten obtener una panorámica general de la movilidad intracomunitaria en el marco de la Dir. 2011/54/UE:

- 3 "Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre el funcionamiento de la Directiva 2011/24/UE relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza" y su "Anexo", Bruselas (21-9-2018), COM 2018 (651 final); WILSON, Petra; ANDOULSI, Isabelle; WILSON, Caitlin: "Member State Data on cross-border patient healthcare following Directive 2011/24/EU (Year 2019)", European Comisión. Puede descargarse en https://ec.europa.eu/health/system/files/2021-03/2019_msdata_en_0.pdf (fecha de consulta: 10-5-2022); OLSSON, Jonathan, DE SMEDT, Lynn & DE WISPELAERE, Frederic "Data on cross-border patient healthcare following Directive 2011/24/EU (Reference year 2020)", Jonathan Olsson Consulting - HIVA-KU Leuven, December 2021. Puede descargarse en https://limo.libis.be/primo-explore/fulldisplay?docid=LIRIAS3654726&context=L&vid=Lirias&search_scope=Lirias&tab=default_tab&fromSitemap=1 (Fecha de consulta: 10-5-2022);
- 4 Vid. PERALTA-SANTOS, André y PERELMAN, Julián, "Who wants to cross borders in the EU for healthcare? An analysis of the Eurobarometer data in 2007 and 2014", European Journal of Public Health, vol. 28, no.5, 2018. Puede solicitarse copia en https://www.researchgate.net/publication/313338178_Who_wants_to_cross_borders_for_health_care_An_analysis_of_the_Eurobarometer_data_in_2007_and_2014_Andre_Peralta-Santos (Fecha de consulta: 10-5-2022).
- 5 Algunos Estados miembros no distinguen entre los supuestos de asistencia sanitaria transfronteriza sujeta al Regl. 883/2004/CE y los sujetos a la Dir. 2011/54/UE; en otros casos, la información proporcionada por otros Estados miembros es escasa o limitada e incluso en algunos años, algunos Estados miembros no han proporcionado información; en otros casos, no se diferencia entre asistencia sanitaria sujeta a autorización previa y la no sujeta a esta autorización previa.

ALCANCE DEL REEMBOLSO DE GASTOS MÉDICOS EN SUPUESTOS DE ASISTENCIA SANITARIA

1. Cuantitativamente, la asistencia sanitaria programada intracomunitaria se enmarca fundamentalmente en las normas de coordinación, siendo residual la asistencia sanitaria basada en la Dir. 2011/24/UE. Incluso aunque en los últimos años se aprecia un incremento notable de esta, todavía no está muy extendida. Las restricciones por la pandemia sanitaria también han afectado a la asistencia sanitaria transfronteriza.
2. El número de solicitudes de autorización previa recibida en el conjunto de los Estados miembros es muy reducido. Por ejemplo, en 2020, no llegaron a 5500 solicitudes. Los Estados miembros en los que se solicitaron más autorizaciones previas en este mismo año fueron Francia (2152), Irlanda (1135) y Luxemburgo (902).
3. En general, la mayoría de las solicitudes previas solicitadas fueron concedidas salvo en algunos Estados miembro (Bélgica, Dinamarca, Grecia, Croacia, Polonia y Eslovenia).
4. La causa principal que determina la necesidad de autorización previa es la necesidad de internamiento hospitalario.
5. El motivo principal que justifica la denegación de la autorización previa ha sido que la asistencia sanitaria podía prestarse en el Estado de afiliación en un plazo razonable. La segunda causa de denegación de la asistencia sanitaria es que la prestación solicitada no se encuentra incluida en la cartera de servicios del Estado de afiliación. Ambas causas o motivos son las principales razones aducidas: el resto de causas que autorizan la denegación son residuales.
6. En relación a la dirección de la movilidad de los pacientes una tendencia consolidada es la movilidad entre pacientes de países vecinos: de Francia a España y de Francia a Alemania. Francia es el Estado miembro en el que la movilidad exterior de sus pacientes es mayor.
7. En España la movilidad hacia el exterior es reducida, especialmente cuando no se precisa autorización previa.
8. Por el contrario, España aparece como uno de los principales destinos. Los pacientes proceden especialmente de Francia para también en un número significativo, de los países escandinavos, especialmente Noruega.
9. El importe total reembolsado (2020) por asistencia sanitaria transfronteriza, sujeta o no a autorización previa, fue de 77,5 millones de euros, lo que constituye una parte muy reducida del gasto total en asistencia sanitaria. La OCDE cifró el gasto (medio) de los países comunitarios en el 10% PIB, que se cifró para ese mismo año en 15,3 billones de euros. La asistencia sanitaria, por tanto, se juega todavía a escala nacional por lo que no parece que el equilibrio financiero de los sistemas nacionales de salud puede utilizarse en la actualidad como un elemento que pueda justificar la denegación de la autorización previa.

8. EPILOGO: UN BOSQUEJO DE LA REGULACIÓN DE LA “ASISTENCIA SANITARIA TRANSFRONTERIZA” EN ESPAÑA (EX DIR. 2011/24/UE, DE 9 DE MARZO) Y SU APLICACIÓN POR LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES

El RD 81/2014, de 7 de febrero traspuso al ordenamiento español la Directiva 2011/24/UE. De esta regulación cabe señalar los siguientes extremos, de cara a valorar su adecuación a la jurisprudencia del TJUE:

- a. En relación a la asistencia sanitaria transfronteriza dispensada a asegurados cuyo Estado de afiliación sea España, la necesidad se dispone: *cuando así sea requerido en el Sistema Nacional de Salud, de una evaluación previa que justifique la indicación de la prestación sanitaria que se debe proporcionar al paciente. Dicha evaluación se llevara a cabo por un médico de atención primaria, cuando se realice en España. En ningún caso estas evaluaciones podrán constituir situaciones de discriminación u obstáculos a la libre circulación de los pacientes, los servicios o los bienes, salvo justificaciones objetivas (art. 10.4 RD 81/2014).*

Atendiendo a esta redacción reglamentaria no parece que quede excluida la posibilidad de que la prestación sanitaria adecuada sea prescrita por un facultativo de otro Estado miembro. No solo esta necesidad opera exclusivamente a requerimiento del Sistema Nacional de Salud, sino que se precisa expresamente que la competencia que atribuye al médico de atención primaria lo es “cuando se realice en España”. Además, el Anexo del RD 81/2014 refuerza esta posibilidad cuando en relación a la documentación a presentar con la solicitud de reembolso se hace referencia expresa a la razón clínica por la que se presta la asistencia sanitaria transfronteriza. Finalmente, una interpretación sistemática debe llevar a concluir que la evaluación previa debe estar basada en justificaciones objetivas que no constituyan un obstáculo a la libre circulación y, de acuerdo con la STJUE de 6-10-2021 (Asunto ZY) señalada, la exigencia de que la solicitud de autorización previa vaya acompañada del diagnóstico y tratamiento realizados por el médico dependiente del régimen público del seguro de enfermedad constituye una restricción a la libre circulación (considerandos 45 y 46). Por tanto, para entender que la regulación española (el art. 10.4 RD 81/2014) se ajusta a la Dir. 2011/24/UE debería interpretarse: a) que el tratamiento prescrito puede ser determinado tanto por un facultativo del Sistema Nacional de Salud (y en tal caso, será el médico de atención primaria) como de cualquier Estado miembro, ya sea del ámbito público o privado; b) que la evaluación previa no opera en todo caso sino a requerimiento ad hoc del Sistema Nacional de Salud; c) que deben existir razones objetivas que justifiquen la solicitud de evaluación previa por parte del Sistema Nacional de Salud.

b. La autorización previa, cuando es exigible, compete a las autoridades correspondientes de la Comunidad Autónoma en la que esté domiciliado el asegurado o al Instituto de Gestión Financiera (Ceuta y Melilla). En lo que respecta a las Mutualidades de Funcionarios, hay que señalar las diferencias existentes en los distintos Convenios de asistencia sanitaria suscritos por estas. Por lo que se refiere a la Mutualidad de Funcionarios Civiles del Estado (MUFACE), el concierto actualmente vigente (años 2022-24)⁶ presenta la particularidad de que la autorización previa, en los casos en que es exigible, compete a la Entidad (privada) dispensadora de la asistencia sanitaria a la que se le otorga un plazo de 7 días para su concesión o denegación (motivada), que siempre debe realizarse por escrito o por medio que permita dejar constancia. Contra la denegación de la autorización, cabe recurso ante la Mutualidad correspondiente, en el plazo máximo de 45 días hábiles a contar desde la fecha de entrada de la solicitud en la Entidad aseguradora, con suspensión del cómputo del plazo desde el día siguiente a la fecha de denegación de la Entidad hasta el día en que la reclamación del interesado haya tenido entrada en la Mutualidad. Aunque se impone a la entidad aseguradora la obligación de resolución expresa con señalamiento de los medios asignados, en su caso, si estos no se hacen constar o la respuesta no se produce en el plazo de 7 días, se entiende que la asistencia sanitaria no puede llevarse a cabo en un plazo médicamente justificable (art. 2.3 Anexo 1). Por el contrario, en el caso de la Mutualidad General Judicial, el concierto actualmente vigente⁷ dispone que la solicitud de autorización previa, cuando es exigible, debe solicitarse a la propia Mutualidad (MUGEJU) a quien se reconoce la facultad de denegar la autorización si concurre alguna de las causas que justifican la denegación (las mismas que recoge el RD 81/2014). En los demás casos, compete a la MUGEJU dar traslado de la solicitud a la Entidad aseguradora para la emisión de un Informe, que debe librarse en el plazo de 10 días, entendiéndose que está conforme con la autorización en caso de que hubiera transcurrido este plazo sin emitir dicho Informe. Compete a MUGEJU la adopción de resolución motivada y siempre en el plazo de 45 días a partir de la fecha de recepción de la solicitud de autorización previa. También existen algunas singularidades en el concierto de asistencia sanitaria suscrito por el Instituto Social de las Fuerzas Armadas (ISFAS)⁸. Coincide con el concierto de MUGEJU en que la solicitud de autorización previa se presenta ante el ISFAS y en el plazo para la emisión del informe que la Mutualidad puede solicitar el Informe a la Entidad aseguradora (10 días) pero difiere en que no parece que se trate de un informe preceptivo (“en su caso”) y también en el contenido del citado informe. En el ámbito de MUGEJU, en el informe debe constar la

6 Resolución de Resolución de 22 de diciembre de 2021, de la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, por la que se publica el Concierto suscrito con entidades de seguro para el aseguramiento del acceso a la asistencia sanitaria en territorio nacional a los beneficiarios de la misma durante los años 2022, 2023 y 2024 (BOE de 24-12-2021)

7 Resolución de 5 de enero de 2022, de la Mutualidad General Judicial, por la que se publica el concierto para la asistencia sanitaria en territorio nacional de beneficiarios durante 2022, 2023 y 2024 y la relación de entidades de seguro que han suscrito el mismo (BOE de 21-1-2022)

8 Resolución 4B0/38457/2021, de 21 de diciembre, del Instituto Social de las Fuerzas Armadas, por la que se publican los conciertos suscritos con entidades de seguro para la asistencia sanitaria de titulares y beneficiarios durante los años 2022, 2023 y 2024.

ALCANCE DEL REEMBOLSO DE GASTOS MÉDICOS EN SUPUESTOS DE ASISTENCIA SANITARIA

conformidad o disconformidad de la Entidad con la autorización del tratamiento y en caso de disconformidad, los medios asignados para facilitar la asistencia en territorio nacional. En el caso de ISFAS, el informe debe hacer referencia a si la asistencia requerida puede llevarse a cabo en territorio nacional con especificación de los medios y servicios asignados y el plazo en el que podría dispensarse esta asistencia. Además, el plazo para la concesión de la autorización se reduce a un mes.

- c. Aun con una sistemática diferente (pues la normativa española se refiere exclusivamente a las causas que permiten a la administración sanitaria la denegación de la autorización previa) no existen diferencias sustanciales entre la regulación comunitaria y la española de trasposición. Es interesante señalar que, en relación al requisito de que la prestación esté incluida en las prestaciones dispensadas por el sistema sanitario español, se hace referencia expresa a que también alcanza a las prestaciones comprendidas en la cartera complementaria de la Comunidad Autónoma correspondiente. Aparentemente, la norma española restringe la posibilidad de denegar la autorización pues en la definición de la causa de denegación referida a la “posibilidad de que la asistencia sanitaria pueda prestarse en territorio nacional en *un plazo médicamente justificable*” añade como elemento valorativo el grado de dolor o la naturaleza de su discapacidad. Además, como criterio adicional, se refiere los plazos establecidos en el RD 1039/2011, de 13 de julio (180 días en todos los supuestos contemplados) y las normas correspondientes de las Comunidades Autónomas.
- d. Se establece un plazo máximo de 45 días para la concesión o denegación de la autorización y contempla expresamente la necesidad (“tendrá en cuenta”) de atender a la afección específica, la urgencia y las circunstancias individuales del paciente en el momento de evaluar las solicitudes. El transcurso de este plazo sin resolución expresa implica su aceptación por silencio administrativo positivo conforme a lo previsto en el art. 24 Ley 39/2015 de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común (LPAC). Atendiendo a la jurisprudencia comunitaria señalada, al hecho de que se trata de un plazo notoriamente inferior a los tres meses previstos con carácter general como plazo máximo para la resolución de la administración (art. 21 LPAC) y, finalmente, la necesidad de que se atiendan a las circunstancias personales del paciente nos permite concluir que la regulación española se ajusta a la interpretación jurisprudencial de la normativa comunitaria. Como ya se ha apuntado, los conciertos de asistencia sanitaria suscritos por MUFACE y MUGEJU mantienen este mismo plazo (total) de 45 días desde la presentación de la solicitud de autorización; no así ISFAS, que contempla un plazo inferior (1 mes).
- e. El art. 14 establece que el procedimiento para la solicitud del reembolso de los gastos será el establecido por las autoridades competentes (art. 14.1) y fija un plazo máximo de 3 meses para su presentación. El *dies a quo* es el de la fecha de pago de la asistencia sanitaria recibida. La solicitud debe ajustarse al formato establecido al efecto (art. 14.2).

A diferencia del plazo previsto para la resolución del procedimiento de autorización previa, este plazo suscita dudas sobre su adecuación a la regulación comunitaria. En relación a los

ALCANCE DEL REEMBOLSO DE GASTOS MÉDICOS EN SUPUESTOS DE ASISTENCIA SANITARIA

procedimientos (de autorización y también de reembolso), el art. 9.1 Dir. 2011/21 dispone que el Estado miembro debe garantizar que “se basen en criterios objetivos, y no discriminatorios, que sean necesarios y proporcionados al objetivo que se ha de lograr”. No se intuye fácilmente —puesto que nada señala al respecto el Preámbulo del RD 81/2014— la razón de ser de este reducido plazo. El gasto ya está efectuado (y en su caso, autorizado) por lo que no se trata de una medida que pueda justificarse por razones económicas o financieras ni tampoco afecta al buen funcionamiento del Sistema Nacional de Salud. Aun aceptando su necesidad por razones de seguridad jurídica, tres meses no parece un plazo “proporcionado” tal y como exige la regulación comunitaria. Es preciso tener en cuenta, además, que nos encontramos ante “pacientes”, es decir, personas que han recibido asistencia sanitaria y cuya recuperación desde el punto de vista médico no termina ni en el momento de recibir el alta hospitalaria ni en el momento de abono de la prestación sanitaria recibida. En este sentido, no faltan pronunciamientos de algunos Tribunales Superiores de Justicia que han realizado una interpretación (coyuntural⁹) de la normativa vigente para decretar el derecho al reembolso pese a que la solicitud de reembolso se presentó transcurrido dicho plazo. Ninguna de dichas resoluciones ha cuestionado, sin embargo, la falta de proporcionalidad de este requisito y su falta de adecuación a la Dir. 2011/24/UE otorgando así una interpretación generalizable.

- f. El art. 14.3 RD 81/2004 exige que la solicitud de reembolso de gastos vaya acompañada de una documentación (Anexo I) que, en lo referido a la prescripción médica, no se restringe a que haya sido emitida por facultativos residenciados en España, coherentemente con lo señalado anteriormente por el art. 10.4 de la misma norma.
- g. Finalmente, en relación a las tarifas de reembolso aplicables a los pacientes cuyo estado de afiliación es España, se remite a las tarifas o precios públicos que se aplican por la prestación de servicios sanitarios aprobados y publicados por la respectiva administración sanitaria competente. En el caso de los conciertos suscritos por las Mutualidades de funcionarios, los conciertos antes referidos recogen las cuantías de los reembolsos.

9 STSJ Canarias (Cont-Admvo) de 11-1-2022 (núm. rec. 399/2020) y STSJ Madrid de 30-3-2017 (núm. rec. 867/2014).

EL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO (LEGAL Y CONVENCIONAL) DE RELACIONES LABORALES EN LA ESTIBA PORTUARIA: ¿Cumple ya las exigencias de la liberalización del sector que impone el TJUE?*

THE NEW LEGAL AND CONVENTIONAL REGULATION OF LABOR RELATIONS IN PORT STOWAGE:
Does it already meet the demands of the liberalization of the sector imposed by the CJEU?

Inmaculada Ballester Pastor

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad Jaume I de Castellón

iballest@uji.es ORCID [0000-0002-5198-8923](https://orcid.org/0000-0002-5198-8923)

Recepción de trabajo: 27-05-2022 - Aceptación: 05-07-2022 - Publicado: 21-07-2022

Páginas: 121-152

■ 1. UN NUEVO ENVOLTORIO JURÍDICO PARA CUMPLIR CON LA FINALIDAD LIBERALIZADORA DEL SECTOR. ■ 2. EL MARCO JURÍDICO DE LAS RELACIONES LABORALES EN LA ESTIBA ANTES DE LA SENTENCIA DEL TJUE DE 11 DE DICIEMBRE DE 2014. 2.1. La relación laboral especial que genera relaciones triangulares y circulares en la estiba portuaria: su descripción. 2.2. Las obligaciones de las empresas estibadoras respecto de la SAGEP contenidas en el Texto Refundido de la Ley de Puertos. 2.3. El singular y relevante papel de la negociación colectiva como vehículo homogeneizador de condiciones. 2.4. Las condiciones de trabajo de los estibadores: empleo, garantía de ocupación y salarios. ■ 3. EL CAMBIO DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ESTIBA PORTUARIA. 3.1. La primera fase: el RDL 8/2017, de 12 de mayo, que da cumplimiento a la STJUE de 11 de diciembre de 2014. 3.1.1. La libertad de contratación, la incipiente regulación de los centros portuarios de empleo y la derogación de la normativa anterior. 3.1.2. La subsistencia transitoria de las SAGEP hasta julio de 2020. 3.1.3. Las opciones de las SAGEP para continuar con su actividad desde agosto de 2020. 3.1.4. El mantenimiento del empleo de los trabajadores de la SAGEP: una relevante cuestión que sigue en vilo. 3.2. La segunda fase: la pérdida de vigencia del IV Acuerdo Marco y la sanción de la CNMC a los negociadores de la DA 7ª del IV Acuerdo Marco. 3.3. La tercera fase: la regulación de los CPE y la conjugación de la liberalización del mercado con la consecución de objetivos sociales: el RDL 9/2019, de 29 de marzo. 3.3.1. Las singularidades de los CPE como ETT sectoriales. 3.3.2. Las ETTs ordinarias compiten con los CPE y también pueden suscribir CPD con empresas estibadoras como empresas usuarias. 3.3.3. La autorización legal —excepcional y temporal— para que el convenio colectivo obligue a subrogar a las empresas estibadoras salientes o a los CPE nuevos a los trabajadores de las anteriores SAGEP. ■ 4. LA ÚLTIMA FASE DEL CAMBIO DEL RÉGIMEN JURÍDICO LEGAL Y CONVENCIONAL: LAS PREVISIONES MÁS RELEVANTES DE LA LEY 4/2022 Y DEL V ACUERDO DEL SECTOR DE LA ESTIBA. 4.1. La subrogación convenida como elemento de disuasión para evitar la salida de las empresas estibadoras socias de los CPE reconvertidos: su plasmación legal y convencional. 4.2. Los CPE son empresas de propiedad conjunta de base mutualista. 4.3. Los Estatutos o el contrato marco de prestación de servicios con cada socio debe determinar el régimen de puesta a disposición de trabajadores. 4.4. Las obligaciones de las empresas socias para la consecución del objeto social de los CPE y para favorecer la eficiencia y la calidad del empleo. ■ 5. ¿CUMPLE EL ACTUAL RÉGIMEN LAS EXIGENCIAS DE LA LIBERALIZACIÓN DEL SECTOR? ■ 6. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

* Esta publicación se efectúa en el marco del proyecto de investigación: *Jurisprudencia social comunitaria y derecho español: presente, pasado y futuro*. Plan de promoción de la investigación de la Universidad Jaume I de Castellón (2019-2021).

RESUMEN

Desde la promulgación de la Sentencia del TJUE de 11 de diciembre de 2014 el régimen jurídico laboral de la estiba portuaria ha sufrido una transformación radical, transformación que ha tenido su reflejo más evidente en la mutación —en la mayoría de los puertos españoles— de las anteriores SAGEP en los actuales Centros Portuarios de Empleo, que son ETTs que incorporan especialidades propias del sector de la estiba. El presente estudio analiza la evolución de las normas (legales y convencionales) promulgadas en nuestro país desde 2014 con el objetivo de cumplir las exigencias de liberalización del sector impuestas por el Fallo comunitario, centrándonos en el contenido del RDL 8/2017, de 28 de febrero y del RDL 9/2019, de 29 de marzo e incidiendo, particularmente, en los cambios más recientes: los operados por la Ley 4/2022 y por el V Acuerdo Marco del sector, Acuerdo que acaba de ser publicado en el BOE de 18 de mayo de 2022.

PALABRAS CLAVE: estibador portuario, SAGEP, Centros Portuarios de empleo, liberalización del sector, V Acuerdo Marco.

ABSTRACT

Since the promulgation of the Judgment of the CJEU of December 11, 2014, the labor legal regime of port stevedoring has undergone a radical transformation, a transformation that has had its most evident reflection in the mutation —in most Spanish ports— of the previous SAGEP in the current Port Employment Centers, which are ETTs that incorporate specialties of the stevedoring sector. This study analyzes the evolution of the regulations (legal and conventional) enacted in our country since 2014 with the aim of meeting the liberalization requirements of the sector imposed by the Community ruling, focusing on the content of RDL 8/2017, of 28 December February and RDL 9/2019, of March 29 and focusing, particularly, on the most recent changes: those operated by Law 4/2022 and by the V Framework Agreement of the sector, Agreement that has just been published in the BOE of May 18, 2022.

KEYWORDS: dockworker, SAGEP, Port Employment Centers, liberalization of the sector, V Framework Agreement.

1. UN NUEVO ENVOLTORIO JURÍDICO PARA CUMPLIR CON LA FINALIDAD LIBERALIZADORA DEL SECTOR

El régimen jurídico del trabajo en la estiba portuaria ha sufrido transformaciones muy relevantes desde la trascendental Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Sexta) de 11 de diciembre de 2014, pronunciamiento que concluye que España incumple las obligaciones derivadas del art. 49º del TFUE puesto que tal precepto se opone a cualquier medida nacional que, aún cuando sea aplicable sin discriminación alguna por razón de nacionalidad, pueda obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de la libertad de establecimiento de las empresas estibadoras¹.

Bajo la presión por la posible asunción de una sanción económica millonaria por nuestro país ha sido alterado recientemente el ropaje jurídico que envuelve a los nuevos entes que se dedican a la actividad de gestión y cesión de trabajadores portuarios, los que actúan como las actuales pools en los puertos españoles, un ropaje jurídico que ha debido rotar y mutar para adecuarse a las peticiones del TJUE y que ha justificado todo el complejo, debatido, delirante y caótico proceso en el que han estado inmersas las relaciones laborales en la estiba portuaria desde el famoso Fallo de la Sentencia del TJUE hasta la reciente publicación hace pocos días en el BOE de 18 de mayo de 2022 del V Acuerdo que regula las relaciones laborales del sector de la estiba portuaria².

Como veremos, las empresas operadoras ya no acuden a las SAGEP —Sociedades Anónimas de Gestión de Estibadores Portuarios— de forma obligada para contratar al personal que precisan, ya que las SAGEP han debido desaparecer —y lo han hecho progresivamente desde mayo de 2017 a agosto de 2020—, motivo por el que, ahora, el reclutamiento de los estibadores para el desarrollo de la actividad de manipulación de mercancías se ejerce libremente a través de los denominados Centros Portuarios de empleo, en adelante CPE. Los CPE son empresas de gestión de trabajadores con características especiales y que funcionan a modo de Empresas de Trabajo Temporal sectoriales cuyo establecimiento es voluntario. Pero las empresas operadoras también pueden nutrirse de per-

1 Con origen en la existencia previa de una denuncia, España recibió Dictamen motivado por parte de la Comisión europea el día 27 de septiembre de 2012, Dictamen donde se señalaba que nuestro país incumplía las obligaciones derivadas de los arts. 49º y 258 del TFUE, por dos motivos: el primero, por obligar a las empresas estibadoras que operan en los puertos españoles a participar en las SAGEP y, el segundo, por imponer a las empresas estibadoras no recurrir al mercado para contratar a su personal y exigirles a acudir, para ello, a la SAGEP. Al no cumplir España el Dictamen, la Comisión denunció a nuestro país ante el TJUE, dando lugar a la STJUE (Sala Sexta) de 11 de diciembre de 2014. Vid. Ballester Pastor, I., "Incidencia de la Sentencia del TJUE de 11 de diciembre de 2014 sobre la regulación española de colocación y contratación en la estiba portuaria", en AAVV (Cabeza Pereiro, J., Rodríguez, E., Coord), *El trabajo en el mar: los nuevos escenarios jurídico-marítimos*, ISBN: 978-84-16608-05-8, págs. 533-552 y Ballester Pastor, I., "Impacto de la STJUE de 11 de diciembre de 2014 sobre las condiciones de trabajo en la estiba", en AAVV (Fotinoupolou, O., Dir) *Problemas actuales y cambios futuros del derecho del trabajo marítimo*, Gomylex, Bilbao, 2017.

2 La Resolución de 4 de mayo de 2022 de la Dirección General de Trabajo registra y publica el V Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria, Resolución publicada en el BOE de 18 de mayo de 2022.

sonal cedido desde las ETTs ordinarias, suscribiendo un contrato de puesta a disposición con ellas y, obviamente, usar la propia plantilla —permanente o no— de cada empresa operadora. No obstante, casi el 90% de los portuarios a fecha de 2020 estaba vinculado con algún CPE³, de forma que éstos —que son los actuales pools— aglutinan la mayor parte de los estibadores, quedando fuera sólo el 10% restante. Los CPE son, pues, novedad, pero la pretensión de la nueva regulación es que las relaciones jurídicas que quedan ahora inmersas en éstos queden igual: se altera el continente y el marco jurídico de las relaciones laborales, pero no tanto el contenido y el desarrollo de las relaciones laborales en el sector.

Así las cosas, los CPE son entes de nueva creación que han surgido al dictado de lo establecido en la misma STJUE de 11 de diciembre de 2014, pronunciamiento que abogaba, precisamente, por esta solución. Además de ello, dado que los CPE tienen naturaleza de Empresas de trabajo temporal se regulan en la Ley 14/1994, de 1 de junio de empresas de trabajo temporal, en adelante LETT, pero poseen connotaciones y caracteres propios que generan profundas simbiosis con las empresas estibadoras a las que se prestan trabajadores —empresas que son, hoy, las empresas usuarias—. Y, como hemos visto, actualmente los CPE siguen aglutinando al grueso de la plantilla de trabajadores portuarios.

En 2022 no existen, pues, las SAGEP y no deben ya las empresas estibadoras acudir obligatoriamente a contratar sus trabajadores desde la SAGEP; asimismo, las empresas estibadoras no quedan obligadas, tampoco, a ser socias de la SAGEP ni a contratar a un determinado porcentaje de trabajadores de base permanente desde esta entidad. Estas dos últimas obligaciones eran, precisamente, las que —consideraba el TJUE— infringían la libertad de establecimiento. Además, los CPE ya no quedan regulados en el Real Decreto legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos y de la Marina Mercante, en adelante TRLP, como sí ocurría con las previas SAGEP. Los CPE se contemplan sólo en la LETT y en otras normas conexas, aparte de las normas convencionales aplicables. Y, además, numerosas cuestiones de honda relevancia —respecto a las relaciones entre los CPE y las empresas estibadoras socias de los CPE— han de aparecer reguladas en los Estatutos de los CPE y en los acuerdos marco de prestación de servicios que se suscriben entre los CPE y las empresas socias de éstos.

Esta revolución legal —y su legado convencional en forma del nuevo V Acuerdo del sector de la estiba— ha obligado a implementar cambios sustanciales en el entramado jurídico que envuelve a estas relaciones jurídicas, entramado que ha debido reformularse para lograr que las relaciones de trabajo en la estiba se desarrollen de forma similar a como lo hacían antes de 2014. En el fondo de toda

3 En el Documento "Análisis de la evolución de la liberalización del sector de la estiba en España", Documento que aporta datos de 2020 y que ha sido elaborado por Puertos del Estado, Ministerio de Transportes, movilidad y agenda urbana, en noviembre de 2021, Documento que incluye el Informe preceptivo que ha de elaborarse, de acuerdo con lo previsto en la DA 1ª del RDL 9/2019, aparece claramente que los CPE aglutinan a casi un 90% de la plantilla de trabajadores portuarios. La evolución de la ratio de personal en los años 2019 y 2020 es: Personal capacitado para la prestación del servicio en ETT/empresas estibadoras frente a personal de SAGEP/CPE: a fecha de 31 de diciembre de 2019 existían un total de 6.382 (6.103+279) trabajadores portuarios en CPE/SAGEP (87,56%), frente a los 907 (293+614) en ETT/empresas estibadoras (12,44%). En 2020, el número de trabajadores portuarios en CPE/SAGEP es de 6.289 (86%), frente a los 306 (4%) de ETT y los 730 (10%) de las empresas estibadoras.

esta revolución late que ésta se ha efectuado de forma intervenida y que, por ello, la misma pretende respetar la finalidad liberalizadora que pretenden conseguir las nuevas normas del sector pero sin renunciar, tampoco, a mantener la estabilidad y la calidad del empleo. Para ello se usa el mismo régimen triangular—circular que ya existiera previamente y que ahora se reconfigura para recuperar las peculiares simbiosis entre las empresas operadoras y la SAGEP que anteriormente tenían y que eran el resultado de la existencia de la relación laboral especial reconocida en el ET y descrita en el TRLP.

Analizamos aquí las normas que han alterado este régimen jurídico y también los elementos que han incidido en el avance y vaivenes de éste⁴. Y para ello es imprescindible tener en cuenta el protagonista papel que ha adoptado la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en adelante CNMC, dado que la CNMC ha tenido la misión de controlar si se ha respetado, o no, la finalidad liberalizadora que contienen las nuevas disposiciones que regulan el sector de la estiba desde la STJUE de 11 de diciembre de 2014, fundamentalmente por los negociadores convencionales⁵.

Tal ha sido la significación que ha tenido la CNMC que el mismo V Acuerdo de la estiba portuaria ha esperado antes de ser aprobado a que éste fuera corregido y adaptado de acuerdo con las sucesivas revisiones que la CNMC ha ido introduciendo en sus Informes y, además de ello, la CNMC ha impuesto sanciones —simbólicas, eso sí— a los negociadores convencionales por haber introducido una modificación en el IV Acuerdo Marco del sector de la estiba nada más aprobarse el RDL 8/2017, tal como se verá. Por lo tanto, nunca, antes, las normas laborales han sido tan cuidadas, sopesadas y fiscalizadas en sus propios términos: todo ello ha tenido lugar para no comprometer la finalidad liberalizadora del sector a la que todas ellas dicen aspirar.

Sentado lo anterior, el cambio del ropaje jurídico que envuelve hoy a los CPE básicamente queda conformado por dos Reales Decretos Leyes y una Ley. El primer Real Decreto es el RDL 8/2017, de 12 de mayo, RDL que modifica el régimen de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías, dando cumplimiento a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea de 11 de diciembre de 2014, recaída en el asunto C-576/13 (procedimiento de infracción 2009/4052) (TJCE 2014/366)⁶. Posiblemente nos encontramos ante el único RDL que se conoce que sirve para dar cumplimiento a una Sentencia del TJUE⁷. Además, el segundo RDL que incide en

4 Vid, también, Estepa Montero, M., La reforma de la estiba: la relevancia del complejo marco regulatorio, en Anuario jurídico económico escorialense, LII, 2019, pág. 205.

5 Vid. sobre este particular: Canedo Arrillaga, M.P., "El régimen jurídico de la estiba en España: una visión desde la perspectiva de competencia", *Lex Social*, vol. 12, núm. 1, 2022 y Gómez Laxe, F., López Arranz, A., y Novo Corti, I., "La complejidad del sector de la estiba: un análisis económico-jurídico para el caso español", *Temas Laborales*, núm. 158, 2021 y Eguinoa de San Román, R., "Consideraciones sobre la reforma del servicio portuario de manipulación de mercancía", *Revista de Administración Pública*, núm. 211, 2020. González López, J.J., "Liberalización de la estiba y protección de los estibadores", *Revista de derecho del Transporte*, núm. 23, 2019, págs.193-205.

6 BOE de 13 de mayo de 2017.

7 Vid. Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer, M., "Sobre el régimen laboral de la prestación de servicios de manipulación portuaria", en AAVV., (Cabeza Pereiro, Dir.) *Estrategia Blue Growth y derecho del mar*, Madrid, Bomarzo, 2018.

el régimen jurídico de las relaciones laborales en la estiba es el RDL 9/2019, de 29 de marzo⁸, RDL que modifica la Ley 14/1994, de 1 de junio de 1994, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal, en adelante LETT, para su adaptación a la actividad de la estiba portuaria, RDL donde se avanza en la configuración del régimen de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías⁹.

Y, como colofón a lo anterior, en tercer lugar, a los anteriores RRDDLL se ha añadido —hace sólo unos meses— la Ley 4/2022, de 25 de febrero, de protección de consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica, norma cuyas Disposiciones transitoria única y Final primera dan el último espaldarazo al nuevo régimen —insertando disposiciones con rango legal, cuestión no menor—. Estos últimos preceptos de la Ley 4/2022 son breves, y fácilmente han podido pasar desapercibidos pues aparecen en una norma que nada tiene que ver con el sector ni con la temática marítima.

Con ellos se da nueva redacción al art. 18º de la LETT, disposición que regula los CPE en el previo RDL 9/2019, de 29 de marzo, y, aparte de lo anterior, se introduce un plazo —sumamente breve, que ha finalizado el 2 de mayo de 2022—, para la adaptación de los Estatutos sociales y para la concertación de los contratos marco entre los CPE y sus socios de acuerdo con lo establecido en la nueva regulación. Pero, sobre todo, la Ley 4/2022, de 25 de febrero soporta y da cobijo a las previsiones que, en el convenio colectivo —el V Acuerdo Marco— quedan orientadas a lograr la estabilidad y la calidad del empleo, imponiendo una serie de obligaciones para los socios en su relación con el CPE. Y se reconoce, por lo demás, que el CPE acoge a actividades mutualizadas en las que los socios de los CPE comparten intereses y gastos comunes, de forma que, entre el CPE y las empresas estibadoras se crean sinergias que no aparecen en ninguna otra actividad de cesión de trabajadores, lo que convierte a los CPE en ETTs completamente diferentes de las ETTs ordinarias reguladas por la Ley 14/1994, de 1 de junio.

Asimismo, el recién aprobado V Acuerdo Marco del sector de la estiba es una norma convencional que tiene un gran protagonismo en el sector, una norma que ha debido actualizarse y adaptarse a los cambios normativos operados, lo que obviamente tampoco ha sido fácil y su redacción final ha tardado en ver la luz, sobre todo porque la redacción de los diferentes Borradores ha debido esperar a tener el visto bueno de la CNMC. Fundamentalmente, como se verá, el V Acuerdo manifiesta el deseo de mantener una relación de trabajo triangular-circular ahora inserta en mecanismos de gestión revestidos de un diferente ropaje jurídico.

Para ello, el V Acuerdo Marco atribuye a los usuarios el desarrollo de una actividad mutualizada (que consiste en la contratación y la formación de trabajadores de la estiba portuaria y su puesta a disposición de los socios y otros operadores) que confiere complejidad a la negociación colectiva del

8 Un estudio extenso acerca de los RDL 8/2017 y 9/2019 es el que realiza Ojeda Avilés, A., en *La reconversión del sector portuario. Los Reales Decretos Leyes 8/2017 y 9/2019*, La Ley, Wolters Kluwer, 2019.

9 BOE de 30 de marzo de 2019.

sector. En este sentido, se deja sentado —en un peculiar e insólito Preámbulo que se inserta al inicio del articulado del V Acuerdo— que las disposiciones del convenio deben quedar orientadas al logro del objetivo esencialmente laboral de lograr estabilidad y calidad en el empleo, sin perder de vista el cumplimiento de las disposiciones del Tratado de Funcionamiento de la Unión europea¹⁰.

Por lo demás, no hay que olvidar que la negociación colectiva ha de respetar el Texto Refundido del Estatuto de los trabajadores¹¹ —ex. Art. 3º ET—, y que en el sector de la estiba las normas paccionadas tienen numerosas especialidades —como la relevancia que se le otorga a la negociación sectorial estatal o la significación de los convenios colectivos de puerto, lo que parece no dejar campo a los convenios colectivos de empresa—¹². Además, al ser los CPE empresas de trabajo temporal también debe atenderse a lo previsto en la negociación colectiva de las ETTs, y ello puede pugnar con los convenios colectivos del sector de la estiba¹³.

Por si esto fuera poco, y por concluir, resta añadir que el Convenio nº 137 de la OIT sobre el trabajo portuario ha sido ratificado por España el 22 de abril de 1975, y ello obliga a nuestro país a estimular la política nacional para lograr un empleo permanente o regular de los trabajadores portuarios, con períodos de tiempo de empleo o ingresos mínimos; igualmente, se ha comprometido nuestro país a registrar a los trabajadores portuarios y se debe acudir preferentemente al censo para contratar a trabajadores portuarios¹⁴, lo que cuadra con la necesidad de mantener los denominados pools —los actuales CPE— en los puertos españoles. De hecho, por primera vez —de forma insólita— una norma colectiva se apoya en este Convenio para justificar su regulación y la de la normativa actual

¹⁰ El Preámbulo del V Acuerdo Marco finaliza, así, con un párrafo en el que se da por sentado que las previsiones del Convenio no contradicen las disposiciones del TFUE. Exactamente se señala en el Preámbulo —in fine— que: (...) *En consecuencia, las disposiciones del presente convenio, acordadas por las partes legitimadas con base en los derechos constitucionales de libertad sindical y negociación colectiva (artículos 28 y 37 CE) se interpretarán, en todo momento, sin que contradigan las disposiciones del Tratado de Funcionamiento de la Unión europea (...).*

¹¹ Aprobado por RD legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los trabajadores, BOE de 24 de octubre de 2015.

¹² Vid, ampliamente: Cruz Villalón, J., "Las necesarias transformaciones de la negociación colectiva en la estiba y desestiba", *Temas Laborales*, núm. 142, 2018.

¹³ Por ese motivo el art. 20.4º de la LETT —precepto introducido por el RDL 9/2019, de 29 de marzo— hace una precisión relevante: (...) Las menciones a la negociación colectiva contenidas en este artículo deben entenderse exclusivamente referidas a la realizada en el sector de estiba, siguiendo en todo caso la prioridad aplicativa de los convenios prevista en el art. 84.2º del Estatuto de los trabajadores y teniendo en cuenta lo previsto en la disposición adicional segunda del RDL 8/2017, de 12 de mayo (...).

¹⁴ Señalan los arts. 2º al 4º del Convenio nº 137 lo siguiente: *Artículo 2. 1. La política nacional deberá estimular a todas las partes interesadas a que, en la medida de lo posible, se asegure el empleo permanente o regular de los trabajadores portuarios. 2. En cualquier caso, deberán asegurarse a los trabajadores portuarios períodos mínimos de empleo o ingresos mínimos, cuya amplitud e índole dependerán de la situación económica y social del país y del puerto de que se trate. Artículo 3. 1. Deberán establecerse y llevarse registros para todas las categorías de trabajadores portuarios, en la forma que determinen la legislación o práctica nacionales. 2. Los trabajadores portuarios registrados deberán tener la prioridad para el trabajo portuario. 3. Los trabajadores portuarios registrados deberán manifestar que están disponibles para el trabajo en la forma que determinen la legislación o práctica nacionales. Artículo 4. 1. El número de trabajadores inscritos en los registros deberá ser revisado periódicamente a fin de mantenerlo a un nivel que responda a las necesidades del puerto. 2. Cuando sea inevitable reducir el contingente total de trabajadores registrados, se deberán adoptar las medidas necesarias para impedir o atenuar los efectos perjudiciales de tal reducción sobre los trabajadores portuarios.*

destinada a lograr la estabilidad y la calidad en el empleo, algo que había sido sugerido, incluso por el Tribunal de Justicia de la Unión europea. Esta mención se puede leer en el V Acuerdo Marco, recientemente aprobado¹⁵.

2. EL MARCO JURÍDICO DE LAS RELACIONES LABORALES EN LA ESTIBA ANTES DE LA SENTENCIA DEL TJUE DE 11 DE DICIEMBRE DE 2014

2.1. La relación laboral especial que genera relaciones triangulares y circulares en la estiba portuaria: su descripción

Los aceleradísimos cambios operados en la estiba han afectado a los tres diferentes entes que han intervenido —y siguen interviniendo con otro ropaje— en la relación jurídico-laboral en el sector de la estiba: a los trabajadores de la estiba —los portuarios—; a las empresas operadoras que se dedican a la actividad de la manipulación de mercancías —las empresas estibadoras— y a las empresas de gestión del empleo en los puertos españoles, las anteriores SAGEP, hoy convertidas mayoritariamente en CPE. Todos estos entes interactuaban —y siguen haciéndolo hoy— en una relación de trabajo que se manifiesta no sólo de modo triangular, sino más bien circular, en la que todos estos entes quedan implicados a través del establecimiento de verdaderas simbiosis entre sus obligaciones respectivas.

El régimen jurídico que regula las relaciones laborales en la estiba —tanto el legal como el convencional— viene dando cobijo a unas relaciones de trabajo peculiares que procuran que las empresas operadoras cuenten con personal especializado que acuda de forma urgente para llevar a cabo actividades complejas y delicadas, actividades cuya demanda se produce de forma discontinua, atendiendo a la llegada de los buques y procurando que las naves estén el menor tiempo posible en el puerto. La actividad portuaria es clave en diferentes ámbitos, tanto en el comercio, en el transporte, en la pesca o en el turismo y tiene una importancia fundamental para la economía en general.

¹⁵ Señala, así, literalmente, el peculiar Preámbulo que incorpora el V Acuerdo Marco, que (...) *Dado el carácter esencialmente irregular de los trabajos portuarios, procede conforme al Convenio nº 137 de la OIT, dotar de estabilidad y calidad al empleo que, no solo es el objetivo laboral nuclear del convenio, sino que también lo es del nuevo marco normativo, pues, siguiendo la sugerencia del Tribunal de Justicia, el legislador atribuye a los CPE la función de "estabilizar" y elevar la calidad (a través de la formación) del trabajo portuario (...)*

La actividad de la estiba —o la de manipulación de mercancías—¹⁶ exige una disponibilidad casi absoluta de los trabajadores del sector y ha de conseguir que se minimice el tiempo de estancia de los buques en el puerto, garantizando la inmediatez y la calidad de los trabajos de carga de descarga. Hasta ahora, los trabajadores de la estiba estaban en un censo —la SAGEP— un censo que ha resultado de difícil acceso para el público en general¹⁷ y, como se señalaba más arriba, el TRLP obligaba a las empresas operadoras —socias de las SAGEP— que escogieran a los trabajadores de la propia SAGEP para realizar las actividades de manipulación de mercancías, trabajadores que pertenecían a la propia SAGEP después de haber sido propuestos por la propia SAGEP o por personal de la SAGEP para quedar allí integrados¹⁸.

El aparecer en el censo permitía, pues, a los trabajadores tener prioridad de acceso cuando estén disponibles para el mismo; y el censo se ocupaba de ordenar el flujo de personas que las empresas necesitaban, garantizando la puntualidad y la inmediatez en la prestación del servicio, una cuestión que se desarrollaba de forma muy pormenorizada por la norma convencional —entonces el IV Acuerdo Marco—.

A cambio de contar con personal disponible en cada momento el colectivo de estibadores tenía estabilidad, calidad en el empleo y acceso a salarios, no sólo altos sino también garantizados, aún en períodos de inactividad, y, por su parte, a cambio, las operadoras poseían personal disponible y censado integrado mayoritariamente en las SAGEP, entidad donde se concentraba la mayor parte de la plantilla de los trabajadores portuarios —lo mismo ocurre hoy en los CPE, donde sigue contratada más del 80% de la plantilla de los trabajadores portuarios total a día de hoy—.

Las relaciones de trabajo eran circulares y/o triangulares pues se nutrían de censos desde los que fluían los trabajadores que —usados temporal o de forma más permanente— volvían de

16 Actividad que se describe en el art. 130 TRLP precepto que lleva por título: Definición y ámbito del servicio portuario de manipulación de mercancías. Las dos novedades que este precepto incorpora hoy son, la primera de ellas que sí se incluye dentro de las actividades que se consideran como de manipulación de mercancías el embarque y el desembarque de vehículos a motor sin matricular, y, además, la segunda, que se elimina la referencia que se incluía anteriormente en este precepto a que las actividades incluidas en el servicio de manipulación de mercancías deben ser realizadas por trabajadores que cuenten con la cualificación exigida en esta Ley.

17 Señala Aguado, E., "Mujeres en la estiba. El caso de las estibadoras portuarias del puerto de Valencia", *Arxius*, núm. 35, 2016, págs. 123-138, en la pág.131 que el acceso al mercado de trabajo en los puertos se traduce en la entrada principalmente de familiares ya presentes en el sector. Ha sido un mercado de trabajo tradicionalmente "cerrado" no sólo a las mujeres, sino también a cualquier trabajador de fuera de la red de parentesco inmediato. Las conexiones familiares son claves para poder acceder a la profesión, tanto porque frecuentemente constituye un requisito como porque esta situación de parentesco facilita la disposición de información privilegiada sobre las ofertas de trabajo y sobre las aperturas de las bolsas de contratación. Los testimonios clave entrevistados informan que es una profesión que pasa de padres a hijos (ahora también a hijas). Este mecanismo de selección e ingreso aparece regulado en la norma convencional, en concreto en el IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba, aprobado por Resolución de 17 de enero de 2014, en los arts. 6º y ss.

18 Vid. Aguado, E., op. Cit, pág. 131. La bolsa de trabajo de carácter temporal se abre cada cierto tiempo en función de las necesidades de la producción y las personas candidatas han de pasar unas pruebas de selección; con posterioridad las personas de la bolsa pueden consolidar el puesto a través de plazas de plantilla fija. La Comisión Mixta de Estiba es el organismo que aprueba la incorporación del personal a la plantilla de la SAGEP.

nuevo, después, al pool, pudiéndose adaptar, así, las diferentes necesidades que surgían tras cada desembarco en los puertos, a través de un sistema de turnos.

Al hilo de ello, nuestro ordenamiento regulaba una relación laboral que tenía peculiaridades relevantes en el art. 2.1.h) del ET, una relación especial que carecía de una norma específica —como se tenía antes— pero cuyo funcionamiento se trazaba en el TRLP¹⁹, una norma sectorial con preceptos mercantiles, administrativos y púramente laborales, aunque propiamente las condiciones de trabajo quedaban sólo bien desarrolladas en las normas convencionales.

La SAGEP era la empleadora, pero no usaba efectivamente a estos trabajadores sino que sólo se les contrataba a través de una Relación laboral especial, por tiempo indefinido, para después cederlos a otras empresas. La RLE vinculaba a la SAGEP con los trabajadores que iban a cederse a las empresas estibadoras y se caracterizaba por el hecho de que la relación laboral especial quedaba suspendida si el estibador era contratado directamente por alguna empresa estibadora a través de una relación laboral común —RLC—. Esta otra relación laboral común entre estibadores cedidos por la SAGEP y las empresas estibadoras —en adelante EE— se implementaba, normalmente, a través de una contratación por tiempo determinado. De ahí la configuración circular de estas relaciones de trabajo.

El estibador podía mantener una relación laboral especial con la SAGEP, una relación de trabajo común con la EE, o incluso ambas al mismo tiempo si éste trabajaba a tiempo parcial. La relación laboral especial que mantenían los estibadores con la SAGEP es la que aparecía regulada en el art. 2.1.h) del ET.

Había, pues, dos modalidades diferentes de cesión-entrega de trabajadores: a) una cesión de trabajadores desde la SAGEP, temporal y a tiempo completo —trabajos irregulares—. Aquí el empleador era la SAGEP y la relación laboral especial estaba viva, aunque el estibador prestaba sus servicios en la empresa usuaria —se reproducía en este caso el modelo de las ETTs—; y b) la segunda modalidad de cesión era una cesión a tiempo completo y con contrato indefinido. En este caso el empleador pasaba a ser la EE, pero el estibador —aquí estaba la peculiaridad— conservaba el derecho a reanudar su relación laboral previa con la SAGEP una vez extinguida la relación laboral común, aunque esta última opción no se permitía en caso de despido disciplinario procedente, el que se producía de mutuo acuerdo o por la dimisión del trabajador. Y había una tercera modalidad de cesión de trabajadores a tiempo parcial. Finalmente, la negociación colectiva desarrollaba profusamente el funcionamiento de la RLE y de las RLC.

2.2. Las obligaciones de las empresas estibadoras respecto de la SAGEP contenidas en el Texto Refundido de la Ley de Puertos

El Real Decreto legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos y de la Marina Mercante²⁰ —como se ha adelantado— era la norma que contenía las dispo-

¹⁹ En los arts. 149, 150 y 151 TRLP.

²⁰ BOE de 20 de octubre de 2011.

siones —de índole mercantil, laboral y administrativo— que debían acatar trabajadores, empresas operadoras y empresas de cesión de trabajadores. Y, al ser los puertos de interés general, la Autoridad Portuaria intervenía también en las operaciones e imponía una serie de condiciones a las empresas estibadoras para que pudieran operar en los puertos; si no se cumplían tales exigencias, las empresas operadoras no conseguían ni mantenían la necesaria licencia para operar en la prestación del servicio de manipulación de mercancías.

La SAGEP era la fórmula utilizada y regulada en el TRLP para posibilitar que las empresas dispusieran de mano de obra ágil, cualificada y bien formada, que acudiera rápidamente para desarrollar con eficacia cada servicio en un breve espacio de tiempo. Por lo demás, la creación de las SAGEP era voluntaria, y servía para llevar cabo la gestión de los pools o los censos de los trabajadores de la estiba en cada puerto de interés general aunque, en la práctica, existía una SAGEP en cada puerto español.

La SAGEP era una Sociedad Anónima que tenía la particularidad de estar participada por las mismas empresas estibadoras, entes que, después, hacían uso del mismo servicio de gestión del empleo que ofrecían estas entidades. El objetivo de las SAGEP era ceder trabajadores, previa su formación, y las SAGEP actuaban asignando los operarios precisos para cada empresa operadora, en atención a las necesidades postuladas. El sistema de asignación de trabajadores —de rotación— se establecía, asimismo, en el TRLP²¹.

El uso de las SAGEP quedaba inserto en el mecanismo de funcionamiento legal de las empresas operadoras —empresas estibadoras— dado que, para poder obtener la licencia para operar en los puertos de interés general, las empresas estibadoras debían cumplir tres premisas: la primera, ser socias de la SAGEP, la segunda, contratar sus trabajadores desde la SAGEP y, por último, contratar a un 25% de sus trabajadores —también desde la SAGEP—.

Por lo tanto, las SAGEP se imponían a los trabajadores y si no se cumplía este régimen jurídico no se podía mantener/obtener la licencia de manipulación de mercancías por las empresas operadoras, se obligaba a las empresas estibadoras a contratar trabajadores de fuera de SAGEP y sólo podía acudir a contratar a trabajadores de fuera de la SAGEP durante un turno de trabajo y cuando la SAGEP no pudiera proporcionarlos. No obstante, existían otras empresas —particularmente ETTs— que también coexistían junto a las SAGEP y que cedían a las empresas estibadoras personal temporal. Y también regulaba el TRLP los requisitos de capacitación de los trabajadores que realizaran actividades en el servicio portuario de manipulación de mercancías, en sus arts. 153 y 154. Como luego veremos, prácticamente la totalidad de estos preceptos han quedado derogados²².

21 El régimen jurídico de las SAGEP se contemplaba en los arts. 142 y ss del TRLP aunque de forma supletoria se regulaban, también, por el RD legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de sociedades de capital.

22 El art. 153 TRLP regulaba la cualificación exigida a los trabajadores que realizaran actividades en el servicio portuario de manipulación de mercancías y el art. 154 TRLP establecía excepciones a la exigencia de titulación.

2.3. El singular y relevante papel de la negociación colectiva como vehículo homogeneizador de condiciones

Por aquel entonces la regulación del TRLP era desarrollada ampliamente por la negociación colectiva sectorial estatal —y cumplía un papel protagonista en estos años el IV Acuerdo Marco del sector, IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria²³—. Pero también aparecían los convenios colectivos de puerto, a modo de convenios colectivos de empresa.

Lo curioso era que en todas estas normas convencionales los empleadores que quedaban obligados a implementar condiciones homogéneas a los trabajadores del puerto y los que aparecían en el campo subjetivo de aplicación eran tanto las mismas empresas estibadoras —verdaderas empleadoras en la ejecución de la actividad de manipulación de mercancías— como las SAGEP —los entes de gestión de personal o los pools—²⁴. De hecho, a la SAGEP, en el IV Acuerdo Marco se la conocía con las siglas OEE, Organización de Empresas de Estiba. Y la negociación colectiva —singularmente el IV Acuerdo Marco— homogeneizaba y regulaba las condiciones de trabajo de los estibadores portuarios, tanto los que se encontraban en relación laboral especial como en relación laboral común, ya quedaran éstos vinculados contractualmente a través de RLE o de RLC con las SAGEP —OEE— o con las empresas estibadoras, configurando sus salarios, equipos de trabajo, los turnos de trabajo, pero también las condiciones de llamamiento, la selección, la contratación, la jornada, la formación exigible, etc... Por tanto, los empleadores sometidos a la negociación colectiva eran tanto los de las SAGEP como los de las empresas estibadoras y los trabajadores portuarios regulados por el IV Acuerdo Marco eran todos los contratados a través de RLE o RLC.

2.4. Las condiciones de trabajo de los estibadores: empleo, garantía de ocupación y salarios

Tanto la negociación colectiva —singularmente el IV Acuerdo Marco— como el TRLP reconocían, también, la estabilidad en el empleo y proporcionaban una garantía de ocupación a los trabajadores portuarios dedicados a la actividad de manipulación de mercancías. Y ello porque los estibadores o bien eran contratados en la SAGEP —por tiempo indefinido— para ser cedidos temporalmente a las empresas estibadoras, o bien eran contratados por las empresas estibadoras, en relación laboral común, y al finalizar tal relación laboral común —por tiempo indefinido— tenían garantía de mantener su ocupación, pues eran incorporados, de nuevo, en la SAGEP —excepto en dos supuestos excepcio-

²³ Aprobado por la Resolución de 17 de enero de 2014, BOE de 30 de enero de 2014.

²⁴ El art. 2.º regulador del ámbito personal del IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba aprobado por la Resolución de 17 de enero de 2014, BOE de 30 de enero de 2014 señalaba: *Artículo 2. Ámbito personal. 2.1 Afectará, como Empresas: 2.1.1 A las Sociedades Anónimas de Gestión de Estibadores Portuarios (SAGEP) que se conocen en este texto genéricamente como «Organización de Empresas de Estiba» (OEE). 2.1.2 A las Empresas estibadoras que realicen las actividades del servicio portuario de manipulación de mercancías. 2.2 Como trabajadores, afectará a todos los que realicen las actividades descritas en el ámbito funcional, en régimen de relación laboral especial o común, contratados por las OEE o por las empresas estibadoras incluidas en el ámbito personal.*

nales—. Junto a ello, los portuarios tenían garantizado el cobro de salarios también durante períodos de inactividad —arts. 10 y ss del IV Acuerdo Marco 2014—. La asignación de trabajadores en relación laboral especial que demandaban las empresas estibadoras se realizaba, por lo demás, mediante el sistema de rotación, un sistema que venía impuesto en el mismo TRLP, siendo la asignación, los llamamientos, los nombramientos o los turnos de trabajo, aspectos desarrollados también convencionalmente —arts. 10 y ss del IV Acuerdo Marco 2014—²⁵, incluyéndose una regulación homogénea en la ordenación de la jornada de trabajo, la organización del sistema de trabajo, las vacaciones, o la estructura salarial y forma de pago.

3. EL CAMBIO DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ESTIBA PORTUARIA

El primer intento de cambio de la regulación —que resultó fallido— fue el operado por el RDL 4/2017, de 24 de febrero, RDL que fue aprobado para dar cumplimiento a la Sentencia TJUE de 11 de diciembre de 2014 pero, al no contar con los apoyos suficientes, no fue convalidado por las Cortes y quedó derogado.

3.1. La primera fase: el RDL 8/2017, de 12 de mayo, que da cumplimiento a la STJUE de 11 de diciembre de 2014

3.1.1. La libertad de contratación, la incipiente regulación de los Centros portuarios de empleo y la derogación de la normativa anterior

Meses después se aprueba el RDL 8/2017, de 12 de mayo, para dar cumplimiento a la STJUE de 11 de diciembre de 2014. Este RDL introduce un nuevo Capítulo V en la Ley 14/1994, Ley de empresas de trabajo temporal en donde se regulan los denominados Centros Portuarios de Empleo, entes que se dedican a satisfacer los mismos objetivos que las previas SAGEP, pero teniendo naturaleza jurídica de ETTs, una idea que había sido sugerida por la propia STJUE de 11 de diciembre de 2014 y que hace suya este RDL.

La libertad de contratación de los operadores quedaba definida de la forma siguiente (art. 2º RDL 8/2017): las empresas estibadoras no han de participar en ninguna empresa de puesta a disposición de trabajadores; éstas pueden contratar a sus trabajadores con libertad si cumplen con el requisito de la capacitación profesional y los CPE aparecen y conviven con ETTs.

25 Vid, in extenso, Ballester Pastor, I., *La relación laboral especial de los estibadores portuarios*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

Además, aparecen las primeras notas definitorias de los CPE (art. 4º RDL 8/2017)²⁶. Para ello, en primer lugar, se describe el objeto de los CPE, que o es otro que el empleo de trabajadores portuarios en el servicio público de manipulación de mercancías y su cesión temporal a empresas titulares de licencia de prestación de servicios, de manipulación de mercancías o de prestación de servicios comerciales; en segundo lugar, se les reconoce a los CPE un ámbito de aplicación nacional y se señala expresamente que puede haber más de un CPE por puerto. Y, en tercer lugar, se recoge que los requisitos para crear un CPE son los mismos que para la constitución de las ETTs, es decir, éstos precisan —igual que aquéllas— la licencia para operar como tal ETT.

Por tanto, tras el RDL 8/2017, los CPE son ETT propias del sector, las EE ya no tienen obligación de participar en las CPE y las EE no han de contratar trabajadores desde la CPE de forma prioritaria.

Por lo demás, para atender a todos estos cambios era necesario derogar también todos aquellos preceptos que incumplían la nueva regulación en la Disposición derogatoria única del RDL 8/2017. Ello supuso eliminar las disposiciones del TRLP que aludían al modelo de gestión de las SAGEP y su capital social, a la impugnación de acuerdos, al régimen económico de las SAGEP, a las garantías que han de aportar los socios de la SAGEP y a la información que ha de dar la SAGEP a la autoridad portuaria. Y se hace lo mismo con las disposiciones que hacían depender la obtención de la licencia para operar como manipulador de mercancías del cumplimiento de los requisitos establecidos en el TRLP. Finalmente, desaparece el apartado h) del art. 2.1 del ET, donde la relación laboral de los estibadores portuarios se enumeraba como una relación laboral especial más, que desde entonces deja de existir como tal.

3.1.2. La subsistencia transitoria de las SAGEP hasta agosto de 2020

El RDL 8/2017 dice pretender la extinción de las SAGEP pero lo que hace realmente es prolongar la vigencia de éstas tres años más, implementando un régimen transitorio que provoca su supervivencia. Por tanto, las SAGEP se van a mantener vivas, en un primer momento hasta mayo de 2020 —tres años después de la entrada en vigor del RDL 8/2017—²⁷; no obstante, ya vencido este plazo, éste es nuevamente ampliado en junio de 2020 a lo largo de dos meses más, de forma que se autoriza que las SAGEP pervivan, como fecha tope, hasta el 25 de agosto de 2020²⁸.

Durante este tiempo se faculta a las SAGEP para que puedan actuar también como entidad de cesión para otras EE que no sean socias de la propia SAGEP y la regulación de las SAGEP —una vez

26 Vid. Cabeza Pereiro, J., "Algunos interrogantes acerca de los Centros portuarios de empleo", también Fernández Prol, F., "Relación laboral de estiba portuaria y libertad de establecimiento: la respuesta del derecho interno" y Pazos Pérez, A., "La estiba portuaria tras la aprobación del Real decreto Ley 8/2017, de 12 de mayo, por el que se modifica el régimen de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías", todos ellos capítulos de libro contenidos en AAVV (Carballo Piñero, L., Coord) *Retos presentes y futuros de la política marítima integrada de la Unión europea*, Bosch, Madrid, 2017.

27 Disposición transitoria primera del RDL 8/2017.

28 Vid. la DA 5ª. Del RD Ley 23/2020, de 23 de junio, que aprueba medidas en materia de energía y en otros ámbitos para la reactivación económica, BOE de 24 de junio de 2020. Esta DA prorroga el período transitorio de adaptación de las Sociedades Anónimas de gestión de estibadores portuarios hasta dos meses después de su entrada en vigor —el día siguiente al de su publicación en el BOE— es decir, hasta el 25 de agosto de 2020.

derogados los preceptos del TRLP que contenía tal régimen— se restringe drásticamente al verse reducida a una mera remisión a la regulación contenida en la Ley de sociedades de capital.

Además, se permite a las empresas estibadoras socias de la SAGEP que puedan continuar en la SAGEP o separarse de esta entidad durante los primeros 6 meses de vigencia de la norma —hasta noviembre de 2017— y se contempla que los trabajadores de la SAGEP con contrato vigente en mayo de 2017 y cuyo contrato se extingue en el período transitorio —desde mayo de 2017 a mayo de 2020— no pueden volver a ser contratados hasta la transformación de la SAGEP como ETT. Finalmente, se impone a que las mismas empresas estibadoras que eran socias de la SAGEP que sigan haciendo uso de éstas usándolas obligatoriamente —como mínimo— de forma decreciente: el primer año las EE deben recurrir a la SAGEP en un porcentaje del 75%; el segundo año con un porcentaje del 50%; y el tercer año con un porcentaje del 25%.

3.1.3. Las opciones de las SAGEP para continuar con su actividad desde julio de 2020

A partir de mayo —o más bien agosto— de 2020 las SAGEP deben ya desaparecer, pero también pueden continuar su actividad. A tal efecto, se establece que si las SAGEP se reconvierten en CPE para poder continuar su actividad deben obtener la autorización para funcionar como ETT y cumplir la Ley 14/1994, de 19 de junio, de ETT. Además, la SAGEP, desde este momento, actúa en régimen de libre concurrencia con los CPE y con las demás ETTs que puedan funcionar en este ámbito.

Asimismo, por lo que se refiere al régimen interno de funcionamiento de las SAGEP, los accionistas de la previa SAGEP pueden hacer una nueva distribución del capital social y admitir a nuevos accionistas que decidan adherirse, teniendo en cuenta que, si ningún accionista continúa, la SAGEP se disuelve.

3.1.4. El mantenimiento del empleo de los trabajadores de la SAGEP: una relevante cuestión que sigue en vilo

Una de las grandes preocupaciones de los trabajadores portuarios en este momento era saber qué iba a ocurrir con sus empleos pues —como se ha visto— la mayor parte de la plantilla de los trabajadores portuarios se integraba en los pools. Al respecto, lo que prevé el RDL 8/2017 es la exoneración de las propias SAGEP de hacerse cargo del coste de la extinción de los contratos del personal existente dado que se regula que el pago de las indemnizaciones por fin de contrato para trabajadores con contratos ligados con la SAGEP o cedidos desde la SAGEP antes de 11 de diciembre de 2014 han de ser abonados por la Autoridad portuaria —excepto en el caso de trabajadores cercanos a la jubilación, en cuyo caso éstos perciben ayudas a jubilación especiales²⁹—. Y, además de ello, junto a las disposiciones que conforman este RDL o más bien añadido a ellas, se inserta un peculiar Anexo en el consta una Propuesta de Mediación en la que se alude a un posible Pacto que incluiría un mecanismo de mantenimiento del empleo basado en una posible subrogación de trabajadores.

²⁹ Vid. Anexo I RDL 8/2017. Propuesta de mediación sobre efectos laborales de la nueva ordenación laboral del servicio portuario de manipulación de mercancías y el RD 257/2019, de 12 de abril, que establece las normas para la concesión de ayudas especiales para la adaptación del sector de la estiba portuaria, BOE de 13 de abril de 2019.

En esencia, por tanto, este primer RDL 8/2017 fue una regulación de mínimos que fundamentalmente tenía el objetivo de derogar el régimen previo sin tampoco dar un marco jurídico apropiado para los nuevos CPE y sin ocuparse de la relevante cuestión del mantenimiento del empleo. Por tanto, se dejan vivas las SAGEP tres años más eliminando los cimientos jurídico-normativos que hasta ahora sustentaban estas entidades de gestión, y, como guinda a lo anterior, tampoco se trata la peliaguda cuestión del mantenimiento del empleo. Se aboga, por lo demás, por responsabilizar del coste de los despidos colectivos, si las SAGEP se extinguen, a la misma Autoridad Portuaria. Además, el propio RDL 8/2017 remitía a un desarrollo reglamentario de estas incipientes normas que no llegó a ver la luz como tal.

3.2. La segunda fase: la pérdida de vigencia del IV Acuerdo Marco y la sanción de la CNMC a los negociadores de la DA 7ª del IV Acuerdo Marco

Meses después de la aparición del RDL 8/2017, tras silenciar esta norma la cuestión que más importaba a los estibadores portuarios —lograr el mantenimiento de su empleo— y mientras seguía vigente un IV Acuerdo Marco desfasado— ve la luz el Acuerdo alcanzado el 6 de julio de 2017 para modificar el IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria, un Acuerdo que alteraba los términos del IV Acuerdo Marco del sector tras la entrada en vigor del RDL 8/2017, de 12 de mayo introduciendo la nueva DA 7ª en IV Acuerdo Marco. Esta DA obligaba a las empresas estibadoras salientes desde la SAGEP a subrogar obligatoriamente en su plantilla a un número de trabajadores portuarios que se calcula en atención a su participación accionarial en la SAGEP. La finalidad de esta DA 7ª no era otra que la de asegurar, con este mecanismo de subrogación obligatoria, el mantenimiento del empleo aunque se produjera la salida de las empresas estibadoras desde la SAGEP³⁰.

30 La DA 7ª del IV Acuerdo Marco, cuya publicación se ordena por Resolución de 7 de julio de 2017, de la Dirección General de Empleo es modificada posteriormente por el nuevo Acuerdo suscrito por las mismas partes y publicado por Resolución de 7 de marzo de 2018, de la Dirección General de Empleo. Tras esta segunda revisión de la DA 7ª esta DA tenía la siguiente redacción:

Disposición adicional séptima. 1. Aquellas empresas que opten por decidir su separación de la SAGEP en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria primera del Real Decretoley 8/2017, se subrogarán el personal de la estiba portuaria, que a fecha de la entrada en vigor del citado Real Decreto-ley integraba la plantilla de la SAGEP, en proporción a su participación accionarial en la correspondiente sociedad. En consecuencia, el citado personal, tendrá derecho a su incorporación voluntaria en dichas empresas estibadora en las mismas condiciones laborales individuales y colectivas que posee actualmente. Este supuesto se regirá, por analogía, por lo previsto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores para la sucesión de empresas y seguirán rigiéndose por el IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria (BOE número 26, de 30 de enero de 2014), incluida la presente modificación y otras que se acuerden, y por los convenios colectivos sectoriales del puerto en vigor a la fecha de la firma de esta disposición adicional o sus modificaciones posteriores, hasta su sustitución por el V Acuerdo o por los nuevos convenios colectivos sectoriales y de pluralidad de empresas u otros que resulten aplicables. En el caso de que todas las empresas decidan la separación de la SAGEP y, por tanto, se proceda a su liquidación, igualmente, los trabajadores tendrán derecho a la subrogación en las empresas estibadoras según su porcentaje de participación en el capital de la SAGEP. Antes de que se ejecute por las empresas las decisiones de separación de la SAGEP, deberán informar a la Comisión Paritaria Sectorial Estatal, que incorpora a sus competencias la emisión de informe preceptivo sobre sus efectos y sobre el sistema de asignación de trabajadores a cada empresa que se pactará en el ámbito estatal. Asimismo, la Comisión Paritaria Sectorial Estatal asume la competencia de interpretación y resolución de conflictos de la presente disposición

Pero, una vez suscrito este Acuerdo, la CNMC incoó, el 6 de noviembre de 2017, expediente sancionador contra la patronal y sindicatos por posibles prácticas restrictivas de la competencia en el sector de la estiba³¹.

Posteriormente la tramitación del expediente fue suspendida temporalmente por el Acuerdo de la CNMC de 12 de junio de 2019 por el que se eleva cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión europea al amparo del art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión europea la interpretación del art. 101 TFUE a la vista la redacción de la susodicha DA 7ª.

No obstante, la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 16 de septiembre de 2020³² inadmite la cuestión prejudicial presentada por la CNMC, por considerar que la CNMC no puede ser considerado órgano jurisdiccional en el sentido del art. 267 TFUE. Así las cosas, al no quedar legitimada la CNMC para interponer una cuestión prejudicial, se vuelve a dar curso al expediente cuya tramitación había quedado suspendida y se impone finalmente la sanción a los negociadores del IV Acuerdo Marco de la Estiba, en fecha de 19 de septiembre de 2020.

adicional. 2. El sistema de asignación de los trabajadores de la SAGEP a los que se ofrecerá, de acuerdo con el apartado anterior, la incorporación voluntaria a la empresa estibadora que se separe de aquella en virtud de lo previsto en la disposición transitoria primera del Real Decreto-ley 8/2017, se deberá regir por los siguientes principios: (i) El ejercicio del derecho de separación de cualquier socio de las SAGEP se debe producir dentro de la más estricta neutralidad en relación con la situación anterior a la separación y evitando, en particular, que la posición competitiva de las empresas que ejerzan dicho derecho se vea perjudicada tras su separación. (ii) El número de trabajadores a subrogar se determinará mediante la estricta aplicación de la regla de proporcionalidad en función del porcentaje de participación de la empresa estibadora en el capital social de la SAGEP. (iii) Una vez determinado el número total de trabajadores objeto de subrogación, se concretará su distribución por categorías y especialidades en función de las empleadas por la empresa separada de la SAGEP durante los doce meses anteriores a la fecha de la comunicación de separación, con objeto de que la combinación de trabajadores que se le asignen tras la separación resulte adecuada a las necesidades operativas de la empresa conforme al dato objetivo acreditado durante el indicado periodo. La información sobre la distribución por categorías y especialidades de trabajadores empleada por la empresa separada de la SAGEP durante los doce meses anteriores a la fecha de la comunicación de separación se considerará estrictamente confidencial para el resto de empresas y solo será conocida por los gestores de la SAGEP, que asumirán un compromiso de reserva sobre la información facilitada. (iv) Para garantizar la neutralidad de la medida para las empresas que se separen y, en su caso, las que permanezcan, y las condiciones de trabajo individual y colectivas indicadas en el apartado 1 anterior, la empresa que haya decidido su separación, la SAGEP y la Representación Legal de los Trabajadores deberán tener en consideración el nivel de ocupación del personal objeto de subrogación y, a tal efecto, podrán acordar la subrogación de los trabajadores a tiempo parcial entre las mismas, en proporción al nivel de ocupación entre las empresas en el periodo de doce meses indicado en el apartado anterior. Una vez determinados el número de trabajadores por categorías y, en su caso, especialidades, la SAGEP hará pública la oferta de subrogación de la empresa saliente. La aceptación de la oferta será voluntaria para los trabajadores y, en el caso de que el número de voluntarios sea superior al de puestos a cubrir por cada categoría y especialidad, tendrá preferencia, alternativamente, el de mayor y menor antigüedad en la SAGEP. (v) Lo dispuesto en los apartados (ii) a (v) anteriores se aplicará siempre y cuando la empresa que haya decidido su separación, la correspondiente SAGEP y la Representación de los Trabajadores no acuerden otros criterios diferentes o complementarios, que habrán de ser, necesariamente, respetuosos con lo establecido en el apartado (i) anterior. La decisión así adoptada deberá someterse al informe previo de la Comisión Paritaria Sectorial Estatal, conforme a lo establecido en el apartado 1 anterior. 3. La presente disposición adicional tendrá eficacia desde la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 8/2017.»

31 Señalaba la CNMC que se habían observado indicios racionales de existencia de conductas prohibidas por la normativa de la competencia. Así, de conformidad con lo establecido en el art. 49.1º de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia, se acuerda la incoación del expediente sancionador S/DC/0619/17 por una presunta infracción del artículo 1 de la LDC y del art. 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión europea.

32 En el Asunto C-462/19.

Como consecuencia de ello, considera la CNMC que ha quedado acreditada la existencia de una infracción muy grave del art. 1º de la Ley 15/2007, de Defensa de la competencia y del art. 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión europea. Sostiene la CNMC que las entidades sancionadas (una asociación empresarial y seis sindicatos³³) establecieron la subrogación forzosa en condiciones no objetivas, transparentes o equitativas de personal estibador a las empresas que optasen por separarse de las SAGEP y estas condiciones generaron un desincentivo para todas las demás empresas accionistas de la SAGEP.

En palabras de la CNMC: (...) *La CNMC no cuestiona en ningún caso que lo que constituye el ámbito propio de la negociación colectiva está excluido de la aplicación de la normativa de competencia, al amparo de la jurisprudencia europea y nacional. Sin embargo, en este caso las conductas analizadas no se subsumen en las cuestiones que se han considerado por la jurisprudencia inherentes a la negociación colectiva. Especialmente las condiciones en que se determina la subrogación (obligatoria, con intervención de competidores y selección de unos trabajadores frente a otros) así como las prácticas acreditadas en el caso de la única separación planteada, exceden del contenido intrínseco de la negociación colectiva.*

No obstante, a pesar de ello, finalmente la sanción que fija la CNMC a los negociadores tiene un importe simbólico³⁴, al considerarse que la finalidad disuasoria se alcanza tras atenderse al hecho de que, a la vista de la negociación del V Acuerdo Marco, durante la negociación del mismo se han ido emitiendo sucesivos borradores que han sido sometidos al Informe del CNMC, de forma que la CNMC ha podido constatar la evolución de los borradores del V Acuerdo Marco y se valora la voluntad de las partes de llegar a un Acuerdo que, cumpliendo el legítimo objetivo de protección de los trabajadores, respete las exigencias normativas de liberalización del sector y del mantenimiento de la competencia efectiva.

Unos meses antes, el 28 de febrero de 2020 se presenta demanda por la Asociación Estatal de empresas operadoras portuarias (ASOPORT) —una Asociación que había surgido en 2017 y no había estado presente, por tanto, en la negociación del IV Acuerdo Marco—. En dicha demanda se impugnan varios de los preceptos del IV Acuerdo Marco, entre éstos la nueva DA 7ª que había regulado la obligatoria subrogación obligatoria en las empresas estibadoras salientes de los trabajadores procedentes de la SAGEP y que ya había sido objeto de sanción por la CNMC. La Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Social) de 31 de mayo de 2021³⁵, un año después, estima la demanda declara la nulidad de pleno derecho de varias de las disposiciones del IV Acuerdo Marco, incluyendo la de la DA 7ª acordada el 7 de julio de 2017, acogiendo el mentado pronunciamiento gran parte de los postulados que había usado la CNMC para imponer la sanción económica a los firmantes de la DA 7ª.

³³ La Asociación Nacional de empresas estibadoras y consignatarias de buques (ANESCO), la Coordinadora estatal de trabajadores del mar (CETM), la Unión General de Trabajadores (UGT), Comisiones Obreras (CCOO), la Confederación Intersindical Galega (CIG), Langile Abertzaleen (LAB) y Eusko Langileen Alkartasuna (ELA).

³⁴ ANESCO: 66.000 euros; CCOO: 2.000 euros; CETM: 4.000 euros; CIG: 1.000 euros; ELA: 1.000 euros; LAB: 1.000 euros y UGT (FSMC): 2.000 euros.

³⁵ Sentencia nº 127/2021.

3.3. La tercera fase: La regulación de los CPE y la conjugación de la liberalización del mercado con la consecución de objetivos sociales: el RDL 9/2019, de 29 de marzo

El RDL 9/2019, de 29 de marzo es aprobado a poco más de un año de que finalice el plazo de subsistencia de las SAGEP —julio 2020—, con la pretensión de conjugar —eso dice su Preámbulo— los principios de libertad de contratación con los derechos de los trabajadores conforme dispuso la Sentencia TJUE de 11 de diciembre de 2014. Esta norma pretende salir al rescate de las normas previas en pos de la liberalización del sector y, entre otras cuestiones, introduce la posibilidad —excepcional— de un mecanismo de subrogación de trabajadores —vía convencional— y temporal sólo aplicable a los trabajadores que estuvieran contratados por las SAGEP a fecha de 11 de diciembre de 2014. Lo que hace el RDL 9/2019 es modificar la Ley 14/1994, de 1 de junio introduciendo un nuevo Capítulo, el V, dedicado íntegramente a los CPE. Y se remiten, también, muchas cuestiones relevantes a la negociación colectiva.

Pero, como decíamos, la cuestión clave de este RDL es la regulación de una subrogación extraordinaria —previo acuerdo o convenio— de trabajadores desde la SAGEP hacia las empresas estibadoras, ya sea cuando la SAGEP se transforme en CPE o cuando las empresas estibadoras salgan de la SAGEP, debiendo, o no, entonces, extinguirse tal ente. Se remarca, también, que los sistemas de asignación de trabajadores para las empresas salientes deben ser transparentes, objetivos y equitativos.

3.3.1. Las singularidades de los CPE como ETTs sectoriales

El RDL 9/2019 introduce un nuevo Capítulo V en la LETT, regulando *ex novo* los CPE en los artículos 18º, 19º, 20º y 21º de la LETT. Así, se otorgan las facultades de organización y dirección de los trabajadores cedidos por el CPE a la empresa usuaria —es decir, a la empresa estibadora— respecto de los trabajadores cedidos —algo que no es excepcional para cualquier EU pues así se señala en la LETT— y se establece que estas facultades se implementan de acuerdo con lo establecido en la negociación colectiva. Y se crea, además, un mecanismo excepcional y temporal de subrogación extraordinario y temporal de trabajadores que puede implementarse vía convencional.

El nuevo art. 18º de la LETT —que va a ser derogado después por la Ley 4/2022— regula el objeto y a los requisitos que han de reunir todos los CPE. El objeto de los CPE es el empleo de trabajadores de estiba portuaria para la puesta a disposición de forma temporal a empresas con licencia para operar y su formación profesional, incidiendo —así— en la necesaria formación de los trabajadores portuarios. Y, asimismo, se requiere que todo CPE tenga la titularidad de una licencia de manipulación, la autorización administrativa para funcionar como ETT; por lo demás, se contempla que todo CPE debe identificarse como ETT y tener un número mínimo de trabajadores de estructura, dependiendo del número de trabajadores cedidos a través de contratos de puesta a disposición el año anterior, y ha de contar, cada CPE con dos trabajadores de estructura como mínimo. Igualmente, no puede faltar en todo CPE una garantía financiera que ha de alcanzar al 10% masa salarial y que no puede ser inferior al 25 veces la cuantía del Salario Mínimo Interprofesional³⁶.

³⁶ Además, se obliga a que se remita a los representantes de los trabajadores los contratos de puesta a disposición temporales que se suscriban.

Los CPE son ETTs singulares puesto que, de acuerdo con lo señalado en el art. 19º LETT, éstos sirven para cubrir necesidades de personal de estiba propias del servicio de manipulación de mercancías de las empresas titulares de las licencias de manipulación o servicios comerciales³⁷. Y el art. 20º regula las modalidades de contratación de los CPE, aunque sin introducir novedades relevantes respecto a las ETTs ordinarias ya que se señala, tan sólo, que los contratos que pueden suscribirse entre los CPE y los trabajadores que son cedidos a las EE pueden ser indefinidos o temporales —opción que también es válida en las ETTs ordinarias—.

No obstante, es cierto que la situación en los CPE va a ser diferente pues en el caso de que los CPE sean SAGEP reconvertidas³⁸, la asunción del grueso de la plantilla de las SAGEP convierte a la plantilla de los CPE “subrogados” en una ETT cuya plantilla está integrada por trabajadores con contratos indefinidos, algo que es muy poco frecuente en las ETTs ordinarias³⁹.

Respecto a la relación del trabajador portuario con las empresas usuarias, el art. 21º no hace más que remitirse a los preceptos que hacen referencia a esta cuestión en la LETT. Así, señala el art. 21º que las facultades de dirección, organización y control de la actividad de los trabajadores portuarios contratados por el CPE corresponden a la empresa estibadora titular de la licencia de manipulación de mercancías —lo que es necesario dada la condición de empresa usuaria de las empresas estibadoras—; además, se establece que las empresas estibadoras titulares de licencia ocupan igual lugar que las empresas usuarias respecto de las ETTs y que las EE —como EU— deben cumplir las obligaciones que se establecen en la LETT. Y, asimismo, se dispone que los trabajadores cedidos tienen los derechos que se les reconoce en la LETT así como los derechos que también se les otorgan por la negociación colectiva; en suma, no parecen tales preceptos señalar nada nuevo que distinga a los CPE del resto de las ETTs.

La única especialidad que sí resulta relevante es la que excluye la aplicación del art. 15.5º ET⁴⁰ a las empresas usuarias titulares de licencias, lo que elude la prohibición del uso de los contratos tem-

37 Y, a estos efectos, las necesidades del servicio de manipulación y comerciales son las definidas en el art. 130 TRLP —un precepto que ha sido modificado en su redacción—.

38 Lo que en la práctica ha sido lo más frecuente. Así, se establece en el Documento de análisis de la evolución de la liberalización del sector de la estiba en España, con datos de 2020, página 30, respecto a la evolución del nº anual de SAGEP transformadas que: (...) *la ratio de transformación de las SAGEP proporciona una medida de la velocidad de transformación del sector. En el año 2017 existían 36 SAGEP. En el año 2019 se crearon un total de 21 CPE, que añadidos a los 3 que ya se habían creado en 2018 sumaban 24 CPE. A lo largo de 2020, se consideran transformadas otras 8 SAGEP. Es decir, en mayo de 2021 hay un total de 32 CPE creados, un 89% sobre las 36 SAGEP existentes inicialmente.*

39 Por lo demás, también remite el art. 20º de la LETT a la negociación colectiva la regulación del modelo de contrato indefinido que debe formalizarse por escrito, el modelo electrónico de las órdenes de servicio que dé lugar a cada cesión de trabajadores y, finalmente, se establece también que la negociación colectiva puede establecer criterios de conversión de los contratos temporales en indefinidos.

40 Recuérdese que este art. 15.5º ha sido revisado por el RDL 32/2021, de 28 de diciembre, que ha reducido el tiempo durante el cual el uso reiterado de contratos temporales sucesivos a través de diferentes contratos provoca que este trabajador adquiera la condición de trabajador fijo. Esta conversión no opera, pues, si tal cesión, mantenida temporalmente en el tiempo, se produce entre un CPE y una empresa operadora que actúe efectuando las actividades del art. 130 TRLP.

porales sucesivos en este sector de actividad por parte de los CPE. Queda implícito en ello que, por tanto, el uso sostenido por parte de las EE de trabajadores temporales desde el CPE no se prohíbe y, por tanto, los trabajadores cedidos por el CPE no van a tener derecho a convertirse en fijos en la EE o en la empresa operadora que recurra al CPE para conseguir trabajadores, al menos, no lo van a hacer por la vía del art. 15.5° ET. No obstante, como se ha visto, este precepto es sólo un espejismo: los trabajadores del CPE cuenta, ya, en la mayor parte de las ocasiones, con contratos indefinidos, pues han sido subrogados mayoritariamente desde las SAGEP con tal condición, de forma que este precepto no puede pretender la defensa de un empleo indefinido que ya es mayoritario.

3.3.2. Las ETTs ordinarias compiten con los CPE y también pueden suscribir CPD con empresas estibadoras como empresas usuarias

Junto a los CPE —que se creen ex novo o que se transforman en tales habiendo sido previamente SAGEP— persiste, además, la posibilidad de que las empresas operadoras recurran a ETTs ordinarias. En este caso, señala la nueva DA 7ª de la LETT introducida por el RDL 9/2019, que a estas ETTs les van a ser de aplicación sólo los apartados 2.b) y 3 del artículo 18° de la LETT; es decir, a éstas se les va a exigir, también, los mismos requisitos relativos al nº mínimo de personal de estructura y la garantía financiera que se les pide a los CPE.

Pero, singularmente, las ETTs ordinarias que presten estibadores a las empresas operadoras sí estarían sometidas, por ejemplo, al cumplimiento del art. 15.5° ET, dado que las ETTs sí contratan —para ceder después a las empresas estibadoras— a trabajadores que son temporales y que pueden adquirir la condición de fijos si se exceden los límites temporales previstos en el art. 15.5° ET —según la redacción dada al art. 15.5° por el RDL 32/2021, de 28 de diciembre⁴¹—.

3.3.3. La autorización legal —excepcional y temporal— para que el convenio colectivo obligue a subrogar a las EE salientes o a los CPE nuevos a los trabajadores de las anteriores SAGEP

Pero, sin duda, la regulación de más calado del RDL 9/2019 ha sido la que se incluye en su art. 4° y que faculta a que el convenio colectivo —o un acuerdo— introduzcan un mecanismo de subrogación de trabajadores. No obstante, esta facultad es muy restringida, pues, lo primero, sólo puede implementarse a través de un acuerdo o de un convenio colectivo; además, puede usarse únicamente hasta mayo de 2020; y, en tercer lugar, este mecanismo solamente resulta aplicable a los trabajadores que estuvieran prestando servicios en el servicio de manipulación de mercancías de las SAGEP en mayo de 2017 y siempre que éstos siguieran prestando servicios allí en marzo de 2019. Así, sólo cuando se cumplen estas tres condiciones, permite el art. 4° que puedan aparecer —vía convencional— dos modalidades diferentes de subrogación de trabajadores.

41 De medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, BOE de 30 de diciembre de 2021.

La primera de estas modalidades de subrogación es la que faculta a que el convenio colectivo o el acuerdo obligue a las EE que se salen de la SAGEP —desde mayo de 2017 a mayo de 2020— a subrogar a trabajadores que estaban contratados por la SAGEP, subrogación que procedería tanto si la SAGEP subsiste —porque sólo uno o varios socios la abandonan— o cuando la SAGEP se extingue porque los socios la abandonan mayoritariamente. Este mecanismo, señala el precepto, ha de ser transparente, objetivo y equitativo, de acuerdo con lo previsto en el art. 44 ET.

Y la segunda de estas modalidades de subrogación convencional autorizada es la que, por la misma vía del acuerdo colectivo o por convenio colectivo y con las limitaciones antedichas, obligaría a que se subrogaran en el CPE los trabajadores de la anterior SAGEP, cuando la SAGEP se transforma en CPE. Señala, así, finalmente, el art. 4º del RDL 9/2019 que, en este caso, la subrogación —vía convencional— y restringida por la norma, ha de respetar —igualmente— lo establecido en el art. 44 ET.

Finalmente, el RDL deroga —en su Disposición derogatoria única— tanto el Anexo del RDL 8/2017 como la remisión del RDL 8/2017 a un futuro desarrollo reglamentario que ya no aparecerá después⁴².

4. LA ÚLTIMA FASE DEL CAMBIO DEL RÉGIMEN JURÍDICO LEGAL Y CONVENCIONAL: LAS PREVISIONES MÁS RELEVANTES DE LEY 4/2022 Y DEL V ACUERDO DEL SECTOR DE LA ESTIBA

La Ley 4/2022, de 25 de febrero da nueva redacción al art. 18º y a la DA 7ª de la LETT —preceptos ambos introducidos por el RDL 9/2019— y redacta una nueva Disposición Transitoria única. En esta Ley, lo primero que llama la atención es su rango. Ello le dota mayor obligatoriedad, cuestión no menor, sobre todo de cara a valorar si estas previsiones atentan a la Ley de defensa de la competencia. Pero, además, nuevamente esta norma se detiene en remarcar que el objetivo de la norma es el de conseguir la liberalización del sector, como ya hiciera el previo RDL 9/2019, aunque sin descuidar tampoco la consecución del objeto social de los CPE. La Ley 4/2022 sale, además, claramente al rescate de la relación laboral circular en la estiba que es descrita en la negociación colectiva, es decir, del V Acuerdo Marco de la estiba que verá la luz sólo unos meses después.

42 Señala la Disposición Derogatoria única que:

Disposición derogatoria única. Derogación normativa

Quedan derogados:

1.º *El apartado 2 de la disposición final tercera, y el anexo I del Real Decreto-ley 8/2017, de 12 de mayo, por el que se modifica el régimen de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías, dando cumplimiento a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de diciembre de 2014, recaída en el Asunto C-576/13 (procedimiento de infracción 2009/4052).*

2.º *La disposición final cuadragésima tercera de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018.*

Al respecto, el IV Acuerdo había quedado afectado por el RDL 8/2017 y 9/2019 y, previamente, el RDL 9/2019 había fijado un nuevo plazo de adaptación de la regulación convencional, de 9 meses, plazo que finaliza en diciembre de 2019, motivo por el que en enero de 2020 ya se entiende que las disposiciones de los convenios colectivos que incumplan dicha adaptación son nulas de pleno derecho. No obstante, el IV Acuerdo pervive —contra legem— hasta mayo de 2022⁴³.

Sentado lo anterior, la Ley 4/2022 adelanta y prepara la regulación normativa para dar cobijo, por tanto, a las previsiones del futuro V Acuerdo Marco. Y, de hecho, algunas de las previsiones de la Ley 4/2022 solamente resultan claras a la luz de lo dispuesto, después, en el V Acuerdo Marco. Además, no hay que olvidar que el V Acuerdo Marco ha sido revisado a partir de los Informes que la CNMC ha ido elaborando a lo largo del año 2020, de forma que la influencia de la CNMC en la redacción del Texto final del V Acuerdo es evidente, unos Informes que han sido profundamente criticados —no sin falta de razón— por parte de la doctrina laboralista⁴⁴.

Así, en el primer Informe de la CNMC⁴⁵, fechado el 8 de mayo de 2020⁴⁶, se puede leer que:

(...) El presente informe no supone, por tanto, una evaluación del Borrador del V Acuerdo Marco de la Estiba a la luz del artículo 1 LDC o 101 TFUE, sino meramente un análisis preliminar de las potenciales distorsiones sobre la competencia que podrían surgir del texto del acuerdo. (...) Lo recogido en este informe no condiciona ni en ningún caso vincula las actuaciones que en un futuro pudieran realizarse desde una óptica sancionadora respecto a las conductas realizadas por los operadores implicados.

43 En la DA 2ª del RDL 9/2019, de 30 de marzo, se señala un nuevo plazo para la adaptación de la normativa convencional a lo señalado en el RDL 8/2017, plazo que es de 9 meses desde la entrada en vigor del RDL 9/2019, es decir, el plazo concluye en diciembre de 2019 —y se deroga lo señalado anteriormente en la DF 43ª de LPGE 2018 en la Disposición derogatoria única del RDL 9/2019—.

Disposición adicional segunda. Normativa convencional.

1. *En el plazo máximo de nueve meses desde la entrada en vigor del presente real decreto-ley, las normas convencionales vigentes deberán adaptarse a lo dispuesto en el mismo, en el Real Decreto-ley 8/2017, de 12 de mayo, y en el artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.*
2. *Transcurrido dicho plazo, las disposiciones de los convenios colectivos que incumplan lo previsto en el párrafo precedente serán nulas de pleno derecho.*

44 De gran interés resulta, así, Ojeda Avilés, A., "Crítica de la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de 18 de septiembre de 2020, sobre el Acuerdo Marco de la Estiba", *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, 453 (diciembre de 2020), págs. 171-184.

45 INF/CBMC/035/20. Borrador del V Acuerdo Marco para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria.

46 Los siguientes Informes de la CNMC sobre el V Acuerdo Marco ven la luz meses después, concretamente el 28 de julio de 2020 —INF/CNMC/059/20. Texto Propuesta del V Acuerdo Marco para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria— y el 10 de noviembre de 2020 —INF/CNMC/094/20. Texto Propuesta del V Acuerdo Marco para las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria—.

4.1. La subrogación convenida como elemento de disuasión para evitar la salida de las empresas estibadoras socias de los CPE reconvertidos: su plasmación legal y convencional

Hasta agosto de 2020 perviven las SAGEP y mayoritariamente, lo que ocurre en los puertos es que casi el 90% de éstas se reconvierten en CPE, subrogando a las plantillas de las anteriores SAGEP —con contratos indefinidos— en los nuevos CPE. Esta es la conclusión que se extrae del *Documento de análisis de la evolución de la liberalización del sector de la estiba portuaria*, en donde señalan los datos de mayo de 2021 que, en esa fecha, hay un total de 32 CPE creados, un 89% sobre las 36 SAGEP existentes inicialmente⁴⁷.

Por tanto, casi todas las plantillas de las anteriores SAGEP se han incorporado en los actuales CPE a través del mecanismo de subrogación más aceptado —el que supone la asunción de las plantillas de las anteriores SAGEP por los nuevos CPE—. Es decir, han sido contadas las ocasiones en las que las empresas estibadoras han abandonado la SAGEP —a pesar de que el RDL 9/2019 lo hubiera autorizado—. Probablemente el efecto disuasorio de la DA 7ª del IV Acuerdo Marco —que obligaba a las empresas estibadoras salientes a la subrogación obligada de los trabajadores de la SAGEP de acuerdo con su participación accionarial en la SAGEP— habría operado. Recuérdese que esta DA 7ª se anula por la Sentencia de la Audiencia Nacional de 31 de mayo de 2021 y la misma había provocado que la CNMC impusiera el pago de una multa —simbólica— a sus firmantes un año antes, en 2020.

Desde agosto de 2020 el problema que aparece tiene que ver con la incertidumbre acerca de la viabilidad de los CPE dado que, ahora, las empresas socias ya no están obligadas a permanecer en la CPE y las CPE quedan integradas por una plantilla extensa de trabajadores con contrato indefinido; y hay libertad para recurrir a cualquier CPE o a las ETTs ordinarias por cualquier empresa operadora. Por tanto, si las empresas estibadoras socias de los CPE reconvertidos abandonan éstos y dejan de hacer uso del CPE se pone en peligro la viabilidad de los CPE y, también, el mantenimiento del empleo, pues la reducción del nivel de empleo de CPE se altera si se producen las salidas de alguno de sus socios, lo que obligaría a adoptar medidas de reducción del empleo que tendría que costear el CPE.

Por eso, uno de los cambios más relevantes del art. 18º de la LETT —redactado de nuevo por la Ley 4/2022— consiste en la obligación que se impone a las empresas estibadoras socias de los CPE referida al deber de participar en la puesta en práctica de las medidas dirigidas a evitar o reducir los despidos colectivos y las medidas sociales de acompañamiento, medidas como las de recolocación que, conforme a lo previsto en el art. 51º ET⁴⁸, pudieran acordarse en el CPE.

⁴⁷ Señala, más ampliamente, el mentado Documento que: de las 36 SAGEP que existían a mediados de 2017, a fecha de redacción del presente informe, un total de 5 se han extinguido o están en proceso de disolución: A Coruña, Ferrol, Marín y Ría de Pontevedra, Vilagarcía y Cartagena. Es decir, hay 31 las sociedades que han optado por la transformación en el marco del proceso de liberalización. En el año 2019 se crearon un total de 21 Centros Portuarios de Empleo, que añadidos a los 3 que ya se habían creado en 2018 sumaban 24 CPE. A lo largo de 2020, se consideran transformadas otras 8 SAGEP. Es decir, a fecha de mayo de 2021 hay un total de 32 CPE creados, un 89% sobre las 36 SAGEP existentes inicialmente.

⁴⁸ el art. 51.10º ET dispone que la empresa que lleve a cabo un despido colectivo que afecte a más de cincuenta trabajadores debe ofrecer a los trabajadores afectados un plan de recolocación externa a través de empresas de recolocación autorizadas. Dicho plan, diseñado para un periodo mínimo de seis meses,

Esta obligación establece una simbiosis compleja de entender entre el CPE y las empresas socias, dado que hace a éstas partícipes de la puesta en práctica de dos tipos de medidas: las dirigidas a evitar o reducir los despidos —es decir, *medidas preventivas*, ex ante, y—lo que resulta más relevante— añadido a lo anterior, las *medidas sociales de acompañamiento*, como las de recolocación, que pudieran acordarse.

En línea con ello, el V Acuerdo Marco dedica su Capítulo VII a las medidas dedicadas a la garantía y estabilidad en el empleo⁴⁹. Y el propio Preámbulo del V Acuerdo Marco alude a la incertidumbre que planea sobre los CPE, pudiendo leer aquí lo siguiente:

(...) con el objetivo de satisfacer el objetivo de satisfacer el objetivo laboral de estabilidad en el trabajo portuario y desincentivar comportamientos oportunistas o parasitarios en perjuicio de sus competidores, las partes convienen que el socio que se separa pero continúa en la actividad estibadora que venía desarrollando durante su pertenencia al CPE —beneficiándose del ahorro de costes laborales que supone la mutualización con sus competidores de trabajadores de la estiba portuaria— adquiere la obligación convencional de contratar los estibadores portuarios del CPE que regularmente venía solicitando o, en su caso, asumir los costes que puedan derivar de la rescisión de los contratos de trabajo en cuestión.

Y esta regulación tiene relación con la que aparece a continuación en el propio art. 18º LETT, revisado por la Ley 4/2022, donde se señala, en primer lugar, que la transmisión de las acciones de los socios sólo es posible a otra empresa titular de la licencia del servicio de manipulación de mercancía; y que los socios de un CPE pueden ejercitar el derecho de separación en los supuestos, formas y condiciones establecidas en la Ley de la forma societaria bajo la cual se haya constituido el CPE y en sus Estatutos, sin perjuicio de la participación en la puesta en práctica de las medidas dirigidas a evitar o reducir los despidos colectivos y las medidas sociales de acompañamiento, como las de recolocación, que, conforme al art. 51 ET puedan acordarse en el CPE, y sin perjuicio de los mecanismos e instrumentos de estabilidad en el empleo que resulten de aplicación en el ET y su normativa de desarrollo.

es obligatorio que incluya medidas de formación y orientación profesional, atención personalizada al trabajador afectado y la búsqueda activa de empleo, y, en todo caso, lo anterior no resulta de aplicación en las empresas que se hubieran sometido a un procedimiento concursal. En cualquier caso, el coste de la elaboración e implantación de dicho plan debe recaer, en ningún caso, sobre los trabajadores.

Sigue señalando el art. 51º ET que: La autoridad laboral, a través del servicio público de empleo competente, verificará la acreditación del cumplimiento de esta obligación y, en su caso, requerirá a la empresa para que proceda a su cumplimiento.

Sin perjuicio de lo establecido en el párrafo anterior y de las responsabilidades administrativas correspondientes, el incumplimiento de la obligación establecida en este apartado o de las medidas sociales de acompañamiento asumidas por el empresario, podrá dar lugar a la reclamación de su cumplimiento por parte de los trabajadores.

11. Las empresas que realicen despidos colectivos de acuerdo con lo establecido en este artículo, y que incluyan a trabajadores de cincuenta o más años de edad, deberán efectuar una aportación económica al Tesoro Público de acuerdo con lo establecido legalmente.

⁴⁹ Este Capítulo ha sido uno de los que han sido abordados por los Informes que ha elaborado la CNMC mientras se ha ido redactando el V Acuerdo Marco hasta llegar a su redacción actual.

Es decir, los socios solamente pueden ejercer el derecho de separación en la forma en la que se diga en los Estatutos de la sociedad, de forma que aquí se pueden establecer cláusulas que sirvan para controlar las conductas parasitarias a las que se refiere el Preámbulo del V Acuerdo Marco que sobrecarguen a quienes no se van de la sociedad —por no asumir pasivos laborales— lo que puede dificultar la continuidad del CPE⁵⁰.

Y a ello alude la nueva DT única de la Ley 4/2022 cuando se regula el plazo para la adaptación de los Estatutos sociales y la concertación de los contratos marco-plazo de dos meses desde la publicación en el BOE de la Ley 4/2022— es decir, el día 2 de mayo de 2022—. Pues bien, se regula aquí que tanto el socio que no vote a favor del Acuerdo de modificación de los Estatutos —donde ha de quedar reflejada la asunción de las obligaciones del socio que se separe— como el socio que no celebre el contrato marco de prestación de servicios, tiene derecho a separarse del CPE, aunque en ese caso, resulta de aplicación el art. 18.5^o⁵¹, que alude a que ha de atenderse a lo que se establezca en sus Estatutos, aunque ello sin perjuicio de los mecanismos e instrumentos de estabilidad en el empleo que resulten de aplicación de conformidad con el Estatuto de los trabajadores y su normativa de aplicación.

Y es que, efectivamente, para evitar la salida inoportuna de los socios de los CPE la Ley permite usar los mecanismos de garantía y estabilidad en el empleo, como mecanismo disuasorio, mecanismos que están oportunamente previstos en los arts. 34 y ss del V Acuerdo Marco, y de los que resultan destacables el mecanismo de recolocación convencional por continuidad de la actividad en casos de disolución parcial o total del CPE⁵² o el mecanismo de subrogación convencional por sucesión de empresas⁵³; no obstante, también dedica el V Acuerdo Marco su art. 37^o a regular los efectos, el procedimiento y las condiciones de la recolocación por disolución parcial o total del CPE y subrogación convencional por sucesión de empresas, procedimiento que tiene el objetivo de buscar que las medidas que se adopten resulten eficaces y se limiten a las que sean necesarias para el desarrollo de la actividad y, al mismo tiempo se garantice la viabilidad del sistema de mutualización del CPE.

La subrogación o la recolocación de los trabajadores no es, no obstante, obligatoria ahora, a diferencia de lo que ocurría en la DA 7^a del previo IV Acuerdo Marco, sino que debe llevarse a cabo previa

50 Por lo demás, queda igual en el art. 18^o LETT la regulación de la garantía financiera de los CPE, es decir que éstos deben constituir y mantener actualizada el 10% de la masa salarial del ejercicio inmediato anterior correspondiente al personal empleado bajo una modalidad temporal para ser puesto a disposición, y que, como mínimo debe alcanzar a 25 veces la cuantía del salario mínimo interprofesional. Y tampoco se modifica en el art. 18^o LETT la obligación de remitir a la autoridad laboral los contratos de puesta a disposición y la documentación a los representantes de los trabajadores.

51 18.. *Los socios de un centro portuario de empleo podrán transmitir su participación en el capital social a otra empresa titular de licencia del servicio de manipulación de mercancías o ejercitar el derecho de separación en los supuestos, formas y condiciones establecidas en la ley reguladora de la forma societaria bajo la cual se haya constituido el centro portuario de empleo y, en su caso, en sus estatutos, todo ello sin perjuicio de lo previsto en la letra c) del apartado anterior y de aquellos mecanismos e instrumentos de estabilidad en el empleo que resulten de aplicación de conformidad con el Estatuto de los Trabajadores y su normativa de desarrollo.*

52 Al que se dedica el art. 35^o del V Acuerdo.

53 Al que se refiere el art. 36^o del V Acuerdo.

valoración de las circunstancias de cada empresa saliente; y este mecanismo debe garantizar que no se generen perjuicios ni para el CPE ni para la empresa estibadora saliente, recurriéndose a un tercero que es quien debe valorar si la subrogación conviene a las dos partes⁵⁴.

Esta subrogación o recolocación ha de ser asumida en los Estatutos y en el acuerdo marco de prestación de servicios con cada socio, lo que evita que estemos ante una subrogación obligatoria vía convencional como la que aparecía en la previa DA 7ª en el IV Acuerdo Marco, lo que no significa que, por ello, estas previsiones estén exentas de generar conflictos.

4.1. Los CPE son empresas de propiedad conjunta de base mutualista

El nuevo art. 18º LETT señala que los CPE son empresas de propiedad conjunta de base mutualista, constituidas voluntariamente, con arreglo a cualquiera de las formas societarias previstas en las leyes y con respeto de la competencia efectiva de las empresas, para satisfacer de forma óptima la necesidad común de los socios de disponer de trabajadores especializados en número y capacitación suficiente para prestar de forma eficiente el servicio de manipulación.

Tal redacción define mucho más extensamente lo que son los CPE, y a simple vista, lo que llama la atención es que parece un precepto laboral y mercantil, aunque realmente el que los CPE sean empresas de propiedad conjunta de base mutualista obedece a que su objeto social se compone por prestaciones mutuas⁵⁵, sin que ello signifique que los CPE deban ser Mutuas.

Curiosamente el Preámbulo del V Acuerdo Marco da explicación al mutualismo normativo -implementado antes por vía legal- que se aprecia entre los socios del CPE, quienes son, al mismo tiempo, socios y usuarios del CPE. Y es en esta relación singular en donde se sigue dando cobijo a las relaciones laborales circulares que describen el funcionamiento de las relaciones laborales en el sector.

Así, se puede leer en un —insólito— Preámbulo del V Acuerdo Marco que:

(...) En definitiva, este marco normativo, expresamente ampara la constitución, por empresas competidoras directas, de un ente societario (el CPE) que viene legalmente obligado a operar con sus socios. Esta restricción normativa permite afirmar que los CPE, legalmente configurados como empresas de trabajo temporal en régimen especial son, de facto, sociedades de naturaleza mutualista, incluso si se constituyen al abrigo de uno de los tipos sociales regulados por la Ley de sociedades de capital. Este mutualismo se aprecia en el hecho de que los socios han de compartir una necesidad común —disponer de trabajadores de estiba portuaria para el desarrollo de su actividad de prestación de servicios portuarios de manipulación de mercancías— y en la circunstancia de que la

⁵⁴ En caso de discrepancia entre las empresas implicadas se prevé que se encargará a un tercero independiente la elaboración de un informe.

⁵⁵ Según la RAE mutualidad se define como el régimen de prestaciones mutuas que sirve de base a determinadas asociaciones.

actividad del CPE debe estar orientada a satisfacer tal necesidad mutualista. Así pues, las empresas estibadoras que constituyen el CPE tienen una doble cualidad frente a aquél: son socios y al tiempo usuarios(...).

Así las cosas, se señala en el art. 18º que los CPE son entes de base mutualista porque persiguen el cumplimiento de un fin colectivo que no es otro que el de satisfacer la necesidad común que consiste en disponer de trabajadores especializados en número y con capacitación suficiente para prestar de forma eficiente el servicio de manipulación de mercancías, manteniendo su típica circularidad, que es el origen del mutualismo. Y se dota, así, de verdadera especialidad a estos entes, cuyo objeto de dirige específicamente a lograr una dotación de personal tal que haga que el servicio de manipulación de mercancías funcione eficientemente. Nótese que se remarca, también, que ello ha de efectuarse con respeto a la competencia entre empresas, lo que responde a la necesidad de respetar el control impuesto por la CNMC.

En suma, el sector exige que los mecanismos de cesión de personal se diseñen para facilitar que el servicio se preste de forma apropiada. Y ello no implica que deba cambiarse la forma jurídica del CPE -dado que actualmente la mayoría de ellos adoptan forma de sociedad anónima- hacia Mutualidades o cooperativas, puesto que cualquier fórmula societaria permitiría atender, también, los fines concebidos de forma mutualista; ello sólo tiene que ver con las necesidades comunes que presentan sus socios y con la singular cesión de trabajadores, circular, que rige en la estiba.

El siguiente párrafo del art. 18º queda casi igual tras el cambio operado por la Ley 4/2022, aunque aparece un pequeño cambio de redacción referido al objeto social de los CPE⁵⁶.

4.3. Los Estatutos o el contrato marco de prestación de servicios con cada socio debe determinar el régimen de puesta a disposición de trabajadores

Se remarca, a continuación, novedosamente, que los CPE deben autorregularse y fijar en sus propios Estatutos o por medio de un contrato marco de prestación de servicios, cuál va a ser el régimen de puesta a disposición de trabajadores.

El régimen de puesta a disposición de trabajadores anteriormente quedaba referido en el TRLP pero, fundamentalmente, como hemos analizado, ha sido la negociación colectiva la que se ha encargado de describir cómo debe establecerse el régimen de llamamiento y el nombramiento de cada equipo de trabajo, según vayan apareciendo las necesidades de las empresas operadoras.

Ahora, este régimen de puesta a disposición de trabajadores debe figurar en los propios Estatutos del CPE y en el contrato marco de prestación de servicios, lo que significa trasladar hacia la

⁵⁶ Se dice ahora que los CPE tienen como objeto social el empleo de trabajadores de la estiba portuaria para su puesta a disposición, de forma temporal, de empresas titulares de licencia de prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías o de autorización de servicios comerciales, así como la formación de aquellos, sin perjuicio de la que pueda desarrollarse en otros ámbitos.

misma regulación de los propios CPE con sus socios “mercantilizando” el régimen de puesta a disposición de trabajadores, de forma que éste ya no se regula sólo vía convencional, sino, que también es refutado en los propios Estatutos de cada CPE y su respeto se impone a los propios socios, que deben aceptar sus términos.

Los siguientes párrafos del nuevo art. 18° LETT inciden nuevamente en subrayar la liberalización en la que se mueve el funcionamiento del sector, señalándose que, lo primero, los CPE pueden contratar la puesta a disposición de su personal con terceras empresas no socias siempre que estas sean titulares de la licencia correspondiente; y, lo segundo, que los socios de un CPE pueden contratar la prestación de los servicios de estiba y de formación de los trabajadores con otros operadores; es decir, se trata de poner claramente de manifiesto que ya no hay obligatoriedad de recurrir a los CPE por los socios y que los CPE pueden ofrecer sus servicios a otras EE que no sean socias, por lo que el CPE otorga libremente sus servicios y los socios del CPE pueden acudir a otras empresas de cesión de trabajadores diferentes⁵⁷.

4.4. Las obligaciones a las empresas socias para la consecución del objeto social de los CPE y para favorecer la eficiencia y la calidad del empleo

Pero, sin duda, lo más relevante es que aparecen, ahora, en el art. 18° de la LETT dos obligaciones clave de las empresas socias, obligaciones que están directamente relacionadas con la necesidad de que se cumpla, por una parte, el objeto social del CPE —que se preste de forma eficiente el servicio de manipulación de mercancías— y que, además, por otra parte, se favorezca la eficiencia y la calidad del empleo. Nuevamente, la Ley protege el funcionamiento del “circular” del CPE y lo hace imponiendo dos obligaciones a los socios —las empresas operadoras con licencia—.

La primera de estas obligaciones consiste en la necesidad de que las empresas socias del CPE deban solicitar la cesión temporal de trabajadores portuarios para las actividades del art. 130 TRLP no realizadas por personal propio de la empresa socia, en los términos en los que se establezca en el contrato marco de prestación de servicios. Y, a tal fin, se remite a la negociación colectiva una cuestión clave: el establecimiento de las especificaciones necesarias para el desarrollo de esta obligación, particularmente mediante orientaciones en el ámbito de la organización y distribución del trabajo, incluida la fijación de nombramientos y turnos, sistemas de rotación y otros que contribuyan a la estabilidad y calidad en el empleo y a una mayor eficiencia en la prestación del servicio.

Es decir, la Ley sostiene que deben ser los socios de los CPE los que regulen en su propio contrato marco de prestación de servicios con su propia CPE la forma de solicitud de trabajadores, y esta cuestión debe quedar allí regulada, mercantilizando en un contrato entre CPE y socio el establecimiento de un uso preferente de los trabajadores del CPE al que cada empresa socia pertenezca.

57 Así pues, este párrafo del art. 18° queda casi igual a como era en su redacción previa. Se señala ahora: Pueden ser socias de los CPE las empresas titulares de la licencia del servicio de manipulación. Y también tiene la misma redacción lo que se añade después en el nuevo art. 18°. Los CPE deben obtener la autorización administrativa previa —art. 2° LETT— con dos peculiaridades: incluir la denominación CPE y contar con un número mínimo de personal estructural.

Esta obligación del uso preferente del personal del CPE por cada socio, sería, pues, válida, pues se autoriza por la Ley a que se regule en el contrato marco de prestación de servicios con cada socio. Y, además de ello —o precisamente con origen en esta autorización legal— el art. 13º del V Acuerdo Marco reproduce ahora —sin pudor y con gran detalle— esta preferencia por el uso del personal del CPE por parte de los socios cuando regula el sistema de organización y distribución del trabajo⁵⁸.

La segunda obligación que se impone a los socios del CPE es que éstos colaboren en la formación, perfeccionamiento y promoción profesional del CPE —en régimen de no exclusividad—. Y, para ello, se señala que las empresas han de poner a disposición de los CPE los medios y sistemas de trabajo para la impartición de la formación necesaria y simultánea del personal contratado por las empresas y del personal puesto a disposición por el CPE.

Señala, pues, el art. 18º de la LETT que la formación ha de impartirse de forma compartida por la EE —empresas socias— y la ETT —CPE—, algo inusual en las ETT dado que las ETT han de formar, primero, y ceder, después. Pero, más allá de lo anterior, se comprueba que, de nuevo, esta redacción obedece a la necesidad de corregir “legalmente” un “defecto” detectado por la CNMC en el Borrador del V Acuerdo Marco, pues la CNMC señalaba que el art. 18º del V Acuerdo Marco establecía una serie de obligaciones sobre las empresas estibadoras en torno a los cursos de formación que debieran corregirse tras la redacción del nuevo art. 18º LETT⁵⁹.

5. ¿CUMPLE EL ACTUAL RÉGIMEN JURÍDICO LAS EXIGENCIAS DE LIBERALIZACIÓN DEL SECTOR?

Aparentemente así sería, por lo menos en ello insisten reiteradamente las normas que —de forma caótica y desordenada— se han venido promulgando tras la STJUE de 11 de diciembre de 2014. Acerca de ello, una de las cuestiones más controvertidas sería la validez del mecanismo convencional —no obligatorio, sino paccionado— que aparece en el V Acuerdo y que parecería autorizar la Ley 4/2022, de 25 de febrero, validez que se puede ver atenuada por la necesidad de acordar las medidas concretas que se adopten, lo que no evitaría que surjan conflictos posteriormente.

⁵⁸ La Ley autorizaría, por tanto a que esta preferencia se efectuara, a pesar de que el 3º Informe de la CNMC concluyera que ya se había advertido que la regulación de los sistemas de organización y distribución del trabajo no se habían corregido en el texto del V Acuerdo Marco. Vid. la página 13 del NF/CNMC/094/20. Texto Propuesta del V Acuerdo Marco para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria.

⁵⁹ De hecho, el art. 18º del V Acuerdo Marco que lleva por título Promoción profesional establece que: (...) De conformidad con el art. 18.4.b) de la Ley 14/1994, de 1 de julio, la empresa estibadora, en régimen de no exclusividad, colaborará con el CPE del que sea socia para posibilitar la formación, perfeccionamiento y la promoción profesional del personal conforme lo dispuesto legalmente. A los indicados efectos, pondrá a disposición de aquellos los nuevos medios o sistemas de trabajo para la impartición de la formación necesaria y simultánea del personal contratado por las empresas y del puesto a disposición por el CPE.

En cualquier caso, la defensa de la continuidad de las relaciones laborales circulares de la estiba y la permanencia y protagonismo de los CPE —los actuales pools— es patente; ello ha debido conjugarse, además, con un mecanismo que garantice la viabilidad de los propios CPE, procurando, al tiempo, el mantenimiento de la plantilla mayoritaria en los puertos españoles, para lo que ha sido necesario encontrar justificación en el cumplimiento del Convenio n° 137 de la OIT, hasta ahora, tantas veces ninguneado⁶⁰.

6. BIBLIOGRAFIA CITADA

Aguado, E., "Mujeres en la estiba. El caso de las estibadoras portuarias del puerto de Valencia", *Arxius*, núm. 35, 2016.

Ballester Pastor, I., "Impacto de la STJUE de 11 de diciembre de 2014 sobre las condiciones de trabajo en la estiba", en AA.VV (Fotino-poulou, O., Dir) *Problemas actuales y cambios futuros del derecho del trabajo marítimo*, Gomylex, Bilbao, 2017.

Ballester Pastor, I., "Incidencia de la Sentencia del TJUE de 11 de diciembre de 2014 sobre la regulación española de colocación y contratación en la estiba portuaria", en AAVV (Cabeza Pereiro, J., Rodríguez, E., Coord), *El trabajo en el mar: los nuevos escenarios jurídico-marítimos*.

Ballester Pastor, I., *La relación laboral especial de los estibadores portuarios*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

Cabeza Pereiro, J., "Algunos interrogantes acerca de los Centros portuarios de empleo", en AA. VV (Carballo Piñero, L., Coord.) *Retos presentes y futuros de la política marítima integrada de la Unión europea*, Bosch, Madrid, 2017.

Canedo Arrillaga, M. P., "El régimen jurídico de la estiba en España: una visión desde la perspectiva de competencia", *Lex Social*, vol. 12, núm. 1, 2022.

Cruz Villalón, J., "Las necesarias transformaciones de la negociación colectiva en la estiba y desestiba", *Temas Laborales*, núm. 142, 2018.

Eguinoa de San Román, R., "Consideraciones sobre la reforma del servicio portuario de manipulación de mercancía", *Revista de Administración Pública*, núm. 211, 2020.

Estepa Montero, M., La reforma de la estiba: la relevancia del complejo marco regulatorio, en Anuario jurídico económico escurialense, LII, 2019.

Fernández Prol, F., "Relación laboral de estiba portuaria y libertad de establecimiento: la respuesta del derecho interno" en AA. VV (Carballo Piñero, L., Coord) *Retos presentes y futuros de la política marítima integrada de la Unión europea*, Bosch, Madrid, 2017.

Gómez Laxe, F., López Arranz, A., y Novo Corti, I., "La complejidad del sector de la estiba: un análisis económico-jurídico para el caso español", *Temas Laborales*, núm. 158, 2021.

⁶⁰ Acerca de si se respeta el Convenio n° 137 por la normativa existente, Vid. Molina Navarrete, C., "Nueva regulación de coyuntura del trabajo portuario: ¿Diálogo o conflicto entre la norma OIT (seguridad en el empleo) y la comunitaria (libertad de competencia)?", en *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 434, 2019, págs. 223-254.

EL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO (LEGAL Y CONVENCIONAL) DE RELACIONES LABORALES EN LA ESTIBA PORTUARIA

González López, J. J., "Liberalización de la estiba y protección de los estibadores", *Revista de derecho del Transporte*, núm. 23, 2019.

Molina Navarrete, C., "Nueva regulación de coyuntura del trabajo portuario: ¿Diálogo o conflicto entre la norma OIT (seguridad en el empleo) y la comunitaria (libertad de competencia)?", en *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 434, 2019.

Ojeda Avilés, A., "Crítica de la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de 18 de septiembre de 2020, sobre el Acuerdo Marco de la Estiba", *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 453, 2020.

Ojeda Avilés, A., *La reconversión del sector portuario. Los Reales Decretos Leyes 8/2017 y 9/2019*, La Ley, Wolters Kluwer, 2019.

Pazos Pérez, A., "La estiba portuaria tras la aprobación del Real decreto Ley 8/2017, de 12 de mayo, por el que se modifica el régimen de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías", en AA.VV. (Carballo Piñero, L., Coord.) *Retos presentes y futuros de la política marítima integrada de la Unión europea*, Bosch, Madrid, 2017.

Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer, M., "Sobre el régimen laboral de la prestación de servicios de manipulación portuaria", en AA.VV., (Cabeza Pereiro, Dir.) *Estrategia Blue Growth y derecho del mar*, Madrid, Bomarzo, 2018.

EL COMPLEMENTO POR MATERNIDAD: REFLEXIONES SOBRE SU RETROACTIVIDAD

THE MATERNITY SUPPLEMENT: REFLECTIONS ON ITS RETROACTIVITY

Francisco Javier Hierro Hierro

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Extremadura

fjhierro@unex.es ORCID [0000-0002-5395-0224](https://orcid.org/0000-0002-5395-0224)

Recepción de trabajo: 05-05-2022 - Aceptación: 24-06-2022 - Publicado: 21-07-2022

Páginas: 153-180

■ 1. INTRODUCCIÓN. ■ 2. SOBRE LA BRECHA EN LAS PENSIONES (ALGUNAS PINCELADAS NUMÉRICAS). ■ 3. ANTECEDENTES (NO TAN LEJANOS EN EL TIEMPO) Y FINALIDADES NO EXPRESADAS DEL COMPLEMENTO. ■ 4. DUDAS INTERPRETATIVAS Y RESOLUCIONES DE LOS TRIBUNALES: MIRANDO A LA UNIÓN EUROPEA. 4.1. Cuestiones prejudiciales variadas (jubilación anticipada y limitación temporal) y posicionamientos de los tribunales. 4.1.1. Sobre la jubilación anticipada. 4.1.2. Acerca de su limitación temporal. 4.2. En materia de igualdad de trato. 4.2.1. Planteamientos conflictivos. 4.2.2. La resolución del TJUE. 4.2.3. La doctrina del TJUE como fuente de inspiración para los juzgados y tribunales nacionales. ■ 5. EL DEBATE SOBRE LA FECHA DE LOS EFECTOS ECONÓMICOS DEL COMPLEMENTO. 5.1. Interpretaciones contradictorias: punto de inicio. 5.2. Desde el momento de concesión de la pensión. 5.3. Desde la publicación de la STJUE. 5.4. Retroactividad limitada de tres meses. 5.5. La doctrina del Tribunal Supremo. ■ 6. SIN OPCIÓN A LA RETROACTIVIDAD. ■ 7. UN BREVE EPÍLOGO. ■ 8. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

RESUMEN

El complemento por maternidad instaurado en el año 2015 ha protagonizado desde entonces un interesante debate en la doctrina científica y de los tribunales. Su posible trato discriminatorio, la cuestionada aplicación a los supuestos de jubilación parcial... han sido, entre otros muchos, los aspectos a los que ha habido que dar respuesta. Su derogación no ha supuesto ni de lejos su vaciamiento. Aún hoy los tribunales continúan a vueltas sobre este mecanismo, en especial se interrogan acerca de la fecha de sus efectos económicos. Constituye esta la temática que se aborda en la presente colaboración, el análisis de los pronunciamientos de los tribunales sobre la fecha de efectos del complemento de maternidad.

PALABRAS CLAVE: prestaciones de la Seguridad Social, complemento por maternidad, retroactividad.

ABSTRACT

The maternity supplement introduced in 2015 has since been the subject of an interesting debate in the scientific doctrine and the courts. Its possible discriminatory treatment, the contested application to the assumptions of partial retirement... have been, among others, the aspects to which it has had to respond. Its repeal has not even by far meant its emptying. Even today, the courts are still debating this mechanism, in particular the date of its economic effects. This is the subject of the present collaboration, the analysis of the rulings of the courts on the date of effects of the maternity supplement.

KEYWORDS: social Security benefits, maternity supplement, retroactivity.

1. INTRODUCCIÓN

Muchas han sido las ocasiones en las que la doctrina científica¹ y los cuerpos técnicos de la administración (entendida esta en sentido amplio —nacional, autonómica...—)² se han ocupado de la discriminación o de las distintas brechas que la mujer padece respecto del hombre en el mercado de trabajo. En este transitar se han visto acompañados de manera abnegada, cuando no impulsados o removidos, por organismos e instituciones de distinta índole (en el plano internacional —OIT, Unión Europea...— o en el escenario interno —CES, organizaciones sindicales...—)³ que una y otra vez han puesto de manifiesto esta realidad.

Son innumerables, sin embargo, pese al tiempo transcurrido, las sucesivas disposiciones legales y reglamentarias puestas en marcha para atajarlas y la mejora de la percepción y concienciación social sobre el particular, las situaciones de desigualdad a las que todavía hoy se ven sometidas las mujeres en el trabajo. Ya con relación al acceso a determinados puestos, ya en lo que se refiere a la segmentación de las ocupaciones donde una y otra vez se reproducen de modo mayoritario los roles tradicionales de atención y cuidado a colectivos con necesidades, ya respecto a las diferencias retributivas, ya en lo que tiene que ver con el veto en la toma de decisiones y la asunción de responsabilidades, ya en lo que atañe a las medidas de conciliación de la vida familiar y profesional y al ejercicio con diferentes grados e intensidades de la corresponsabilidad, ya por la focalización de determinadas modalidades contractuales, ya..., en fin, por esa rémora en la tradicional asignación de papeles (casa/trabajo) que se perpetúa y la consideración de aquella arrastrada, en último término, de que las mujeres, como colectivo, quizá sean menos aptas o menos adecuadas para el desempeño de la actividad laboral con plena dedicación e igual valor.

-
- 1 Cfr. entre otras muchas y por apuntar solo dos obras de referencia secuenciadas en el tiempo que muestran de manera meridiana que se producen avances en la materia pero que aún se necesitan de medidas tractoras capaces de lograr un mayor impulso y acortar los plazos de ejecución, AA.VV. (Sánchez Trigueros, C., y Sempere Navarro, A. V., Dir.) Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, Thomson&Aranzadi, Cizur Menor, 2008 y AA.VV., (Hierro Hierro, F. J. y Kahale Carrillo, D. T., Coord. y Sánchez Trigueros, C., Dir.) Un decenio de jurisprudencia laboral sobre la Ley de igualdad entre mujeres y hombres, BOE, Madrid, 2018.
 - 2 Cfr. Ministerio de Trabajo y Economía Social: *La situación de las mujeres en el mercado de trabajo*, MITEs, Madrid, 2021. Así como los informes precedentes disponibles en el siguiente recurso electrónico: https://www.mites.gob.es/es/sec_trabajo/analisis-mercado-trabajo/situacion-mujeres/index.htm.
 - 3 Cfr. OIT: *Equality at work: The continuing challenge. Global Report under the follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work*, OIT, Ginebra, 2011; CES: *Informe 05/2016. La participación laboral de las mujeres en España*, CES, Madrid, 2017 y AA.VV. (Chaves Carrillo, M., Dir.): *Percepción del acoso sexual en el ámbito laboral desde el punto de vista de las trabajadoras en Extremadura*, CCOO Extremadura, Badajoz, 2020.

EL COMPLEMENTO POR MATERNIDAD: REFLEXIONES SOBRE SU RETROACTIVIDAD

El marchamo de lo femenino, todavía en un ya avanzado siglo XXI, supone en no pocos casos una losa para el desempeño de unas relaciones laborales plenas y en igualdad de condiciones frente a la que hay que seguir golpeando hasta su completa desaparición.

Estas circunstancias, las pasadas y las presentes, que han configurado y delimitan el marco de las relaciones laborales tienen su traslación directa sobre el ámbito de la protección social, esto es, en los niveles de cobertura a que aquellas quedan expuestas ante situaciones de necesidad.

Así, no es de extrañar, en la lógica de un sistema contributivo en el que priman las aportaciones sociales y se condiciona en no pocos casos el acceso a las prestaciones a la concurrencia de dilatados períodos de cotización, que la incorporación tardía al mercado de trabajo, la existencia de carreras de cotización más cortas, la realización de prácticas laborales sujetas a figuras atípicas (trabajo a tiempo parcial y temporal)..., protagonizadas en buena parte por mujeres, impliquen una peor condición de estas frente al hombre también en el sistema de la Seguridad Social.

La brecha en las pensiones, consecuencia de esas prácticas laborales, es innegable. Lo uno condiciona y perfila lo otro⁴.

El estudio de una de las medidas (complemento de maternidad por aportación demográfica) puesta en marcha para atajar o minimizar ese gap constituye el objeto de la presente colaboración.

Ni mucho menos la intención que ahora se persigue es analizar su marco normativo hoy derogado, pero sí adentrarse en una de las cuestiones que en el momento presente merece la atención de los tribunales. Y es la relativa a la fecha de los efectos económicos del complemento en los supuestos de reconocimiento de este a un varón tras el pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea o en los casos, menores, de revisión de una incapacidad permanente previamente reconocida.

A tal fin se dedican las páginas siguientes, no sin antes abordar, en un primer momento y a modo de contextualización, la situación de la mujer en el campo de la Seguridad Social, esto es, de ofrecer al lector algunas cifras, de manera somera, sobre esa brecha en las pensiones de la que mana y en la que encuentra justificación la medida estudiada.

Ello se verá sucedido por una aproximación a la regulación del complemento por maternidad expresando su fin último ante la ausencia de este en el texto articulado.

En tercer lugar, se centra el trabajo en la exposición del debate en los tribunales, exportado al ámbito europeo, acerca de su posible carácter discriminatorio y su posterior aceptación en la doctrina judicial nacional. Elementos que desembocan en la materia identificada como nuclear de la

4 Cfr. con especial atención, Grau Pineda, C., *La brecha de las pensiones en España*, Bomarzo, Albacete, 2021 y "Las nuevas recomendaciones del Pacto de Toledo 2020 para combatir la brecha de las pensiones" en AA.VV. (Hierro Hierro, F. J., Dir., y Coord.), *Perspectivas jurídicas y económicas del «Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo» (2020)*, Thomson Reuters&Aranzadi, Cizur Menor, 2021, págs. 763 y ss.

presente colaboración, la fecha de efectos económicos para el reconocimiento del complemento de maternidad. De modo significativo, cuando la solicitud ha sido realizada por un varón. Y ello sin dejar de reseñar aquellas otras materias que también se encuentran conectadas con esta, dada la enorme litigiosidad a la que esta figura se ha visto sometida.

2. SOBRE LA BRECHA EN LAS PENSIONES (ALGUNAS PINCELADAS NUMÉRICAS)

De acuerdo con la estructura proyectada y sin que se persiga ahora abrumar al lector con cifras o datos sobre la brecha en las pensiones entre mujeres y hombres según regímenes, tipos de pensiones (jubilación, incapacidad permanente, orfandad...) que hagan que el mismo desista en su interés por la consulta de esta colaboración, sí que se entiende oportuno ofrecer al menos, cual pinceladas, algunos retazos que muestren numéricamente cuál es la realidad de la mujer en el sistema de pensiones. O, en otros términos, cómo su vida laboral sujeta a esas desigualdades anunciadas con anterioridad se proyecta, para mal, en el ámbito protector.

Para ello, se emplearán, a título meramente ejemplificativo y cumpliendo el compromiso advertido de brevedad, datos del año 2015 (fecha de aprobación de la norma que disciplina la medida objeto de exégesis) y del año 2021 (el más próximo a cuando se cierran estas páginas). A los que acompañarán, por último, algunas cifras sobre los complementos por mínimos para ahondar en esta realidad.

De una parte, y situándose de acuerdo con una secuencia cronológica coherente, en el año 2015 la brecha en materia de pensiones se fijaba por encima del treinta por ciento. Empleando los datos disponibles en la Agencia Tributaria, la cuantía de la pensión media anual para el colectivo de varones se encontraba en ese período en 15.784 euros y para el de mujeres en algo más de 10.000 euros (10.976 euros/anuales)⁵.

De otra, ya en el año pasado (2021) y con datos disponibles de la entidad gestora, el importe de la pensión media mensual por jubilación de diciembre para el hombre es de 1.375,30 euros y para la mujer de 924,70 euros. Con lo que las diferencias porcentuales se mantienen prácticamente inalteradas, por encima del treinta por ciento⁶.

5 Cfr. https://www.agenciatributaria.es/AEAT/Contenidos_Comunes/La_Agencia_Tributaria/Estadisticas/Publicaciones/sites/mercado/2015/jrubik4a4e3af20d662cd9647b2baa5dd54f2f37eb32e0.html.

6 El acceso a esta información se puede realizar en el siguiente enlace web: <https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/EstadisticasPresupuestosEstudios/Estadisticas/EST23/2575/d5ebe7ce-2ded-4acb-8051-9f5a6735e0a7/1f73f471-4dd8-4a9a-80fe-7b9e3b880226/685e046e-73ae-4b4d-8b89-03993f3dc049>.

Para cerrar como se ha anticipado con cierta mesura esta contextualización estadística que busca simplemente ofertar en trazo grueso esta realidad, por último, es preciso destacar que con relación a los complementos por mínimos estos reflejan también un claro sesgo de género. En términos globales, el número de pensiones complementadas por jubilación en los varones asciende a 223.268, por 480.293 en el caso de las mujeres. Tendencia que se acrecienta hasta términos insospechados con relación a la pensión de viudedad, en la que solo 8.541 pensiones son complementadas cuando se trata de beneficiarios varones y la cifra se eleva hasta las 584.611 pensiones cuando las beneficiarias son mujeres⁷.

Es palpable, por tanto, que las vidas laborales, los entornos productivos, los territorios en los que se desempeña la actividad configuran una profunda diferencia entre mujeres y hombres en el campo de la protección social que necesitan de la adopción de medidas correctoras. Ya en la base, actuando sobre el ordenamiento jurídico laboral que corrija esas prácticas desviadas (discriminación salarial...), ya en los resultados, que palién la situación desventajosa que se produce.

Y es entre este último conjunto de acciones en el que se sitúa la aprobación hace algunos años del complemento de maternidad por aportación demográfica.

3. ANTECEDENTES (NO TAN LEJANOS EN EL TIEMPO) Y FINALIDADES NO EXPRESADAS DEL COMPLEMENTO

Hace apenas algo más de un lustro la Ley 48/2015, de 29 de octubre⁸, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016 añadía un nuevo artículo, el 50 bis, al Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de

7 Cfr. Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones: *Informe económico-financiero a los presupuestos de la Seguridad Social de 2021. Tomo III*, Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, Madrid, 2020, págs. 235 y ss.

8 Adviértase sobre la irregular fecha de aprobación de la norma de ingresos y gastos para el año posterior. La disposición legal ha de situarse, para entender este ajuste temporal, en el contexto político del momento que ha actuado de adalid (no solo en aquellas fechas, sino también a lo largo de casi toda la última década) para la concurrencia de notables distorsiones en la dinámica y contenido de la Ley de Presupuestos Generales del Estado (LPGE) para el correspondiente ejercicio económico.

En los últimos tiempos la aprobación de la norma legal presupuestaria se ha visto fuertemente condicionada, claro está, por los apoyos parlamentarios del Gobierno de la Nación de turno una vez roto el clásico bipartidismo imperante hasta el año 2015.

La deseable coetaneidad entre el final del ejercicio y la promulgación de la Ley que habría de reglamentar el ejercicio siguiente se vio inicialmente alterada y trastocada al comienzo de la década comentada. Y es que mediante Ley 2/2012, de 29 de junio, se aprobaron los Presupuestos Generales del Estado para el año en curso.

Año ese, 2012, que bien pudiera adjetivarse de "anecdótico" o "singular" en los trazos ordinarios de la tramitación parlamentaria de la norma presupuestaria, en tanto que pronto se vio continuado con un período de certidumbre que retomaba los usos temporales precedentes. Lo habitual de nuevo era encontrar el texto normativo correspondiente a los ingresos y gastos del Estado para cada año a finales del ejercicio anterior siguiendo una tramitación previsible en cuanto a plazos y aparición en el periódico oficial: Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013; Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014; Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2015. Sin embargo, esta tónica previsible y ordenada, acorde al marco jurídico establecido, se vio de nuevo drásticamente alterada e incluso retorcida en los

EL COMPLEMENTO POR MATERNIDAD: REFLEXIONES SOBRE SU RETROACTIVIDAD

junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Fue la disposición final segunda.1 de la norma presupuestaria la encargada de disciplinar esta modificación legal⁹.

La publicación sin solución de continuidad, apenas un día después, de una nueva norma sustantiva en el ámbito de la Seguridad Social haría que ese recién estrenado marco normativo fuera pronto reenumerado, situándose desde entonces en el artículo 60 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

Se incorporaba de este modo al tráfico jurídico nacional un nuevo complemento, por maternidad, en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social¹⁰.

Ninguna justificación se contenía en la exposición de motivos de la norma de ingresos y gastos sobre la finalidad de este complemento.

Sin embargo, y pese a las elucubraciones de todo tipo que pudieran formularse, no es complejo adivinar que su objetivo último se situaba en la senda de reducir la brecha de género en las pensiones antes expresada. Esto es, de abordar una de esas innumerables desigualdades y desequilibrios que sufre el colectivo femenino respecto del varonil en las relaciones laborales y en el sistema de protección social, accionando ahora desde el campo de los resultados, una vez agotada toda posibilidad de ajuste en el mercado de trabajo. Se trataba, por ende, de una medida diseñada para las mujeres que abandonaban la vida activa e iniciaban la percepción de una prestación contributiva del sistema de la Seguridad Social.

posteriores ejercicios presupuestarios. El juego de mayorías existente en las Cámaras (y tal vez la ausencia en la práctica del diálogo y del acuerdo tantas veces invocado y anhelado y pocas veces ejercitado) ha provocado diferentes fenómenos que han actuado en sentidos opuestos.

En lo que ahora atañe, y sobre la norma de la que ahora se da cuenta, se adelantan ostensiblemente los tiempos de su tramitación como se observa (Ley 48/2015, de 29 de octubre).

Este disloque temporal se ha visto arrastrado desde entonces a lo largo de los años. La Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017 se demora en el tiempo. Al igual que la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018. Los ejercicios 2019 y 2020 no cuentan siquiera con su correspondiente norma de presupuestos. Y ha sido en el último bienio cuando se ha recuperado el calendario deseable y la concurrencia de unos plazos en cierto modo previsibles con la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021 y la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022.

- 9 Ampliamente sobre la tramitación parlamentaria que precede a la norma de ingresos y gastos, cfr. Paredes Rodríguez, J. M., "Complemento para la reducción de la brecha de género en las pensiones: interrogantes y valoración", *REDT*, núm. 244, 2021, págs. 37 y ss.
- 10 Los estudios sobre este nuevo complemento no tardaron en llegar. Entre otros muchos, cfr. Ballester Pastor, M.ª A., "El comprometido complemento de pensiones por maternidad en España y su improbable acomodo a la normativa y jurisprudencia antidiscriminatoria de la Unión Europea", *Lex social: revista de los derechos sociales*, Vol. 6, núm. 1, 2016, págs. 72-93 y "El complemento de pensiones por maternidad: contradicciones, inadecuaciones y paradojas de la pretendida compensación a la contribución demográfica", en AA.VV. (Vicente Palacio, A., Coord.), *Estudios sobre Seguridad Social: libro homenaje al profesor José Ignacio García Ninet*, Atelier, Barcelona, 2017, págs. 533-550; Gallego Losada, R., "El complemento de maternidad: una medida discutible para cerrar la brecha de género de las pensiones", *RTySS (CEF)*, núm. 403, 2016, págs. 19-54; De la Flor Fernández, M.ª L., "Reflexiones en torno a la pensión de jubilación desde una óptica de género: el nuevo complemento por maternidad", *RDS*, núm. 76, 2016, págs. 107-132 y Rodríguez Cardo, I. A., "El nuevo complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social: puntos críticos (I y II)", *TyD*, núms. 16 y 17, 2016, págs. 106-114 y 91-100, respectivamente.

EL COMPLEMENTO POR MATERNIDAD: REFLEXIONES SOBRE SU RETROACTIVIDAD

En este sentido, recuérdese que la recomendación núm. 17 del *Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo 2011*¹¹, bajo la rúbrica *Mujer y protección social*, ya señalaba la necesidad (entre un variado número de propuestas)¹² observada por la Comisión no permanente de seguimiento y evaluación de los acuerdos del Pacto de Toledo de que el sistema valorase la dimensión de género en materia de pensiones “en tanto en cuanto se ha constatado la existencia de retribuciones diferenciadas, de mayores periodos de interrupción por cuidados de hijos o familiares en situación de dependencia, o de mayores limitaciones en la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, entre otras discriminaciones que gravan más intensamente a las mujeres que a los hombres”.

Por ello, la Comisión instaba a la adopción de medidas que reconocieran el esfuerzo asociado a esas circunstancias y reclamaba la implementación de nuevos mecanismos “que incorporen los periodos de atención y cuidado de los hijos o personas dependientes como elementos a considerar en las carreras de cotización”.

Todo esto, continuaba la recomendación, “debe hacerse como expresión de consideración social hacia la maternidad y, también, atendiendo a la importancia de la natalidad para el sostenimiento del sistema de pensiones en el futuro”.

Constituye esta, en fin, una medida claramente dirigida a la reducción de las diferencias existentes en el sistema de pensiones por aspectos de género, si bien con una evidente tendencia delimitada y marcada en su fundamentación o justificación (aunque no explicitada, como se ha indicado *supra*, en la norma presupuestaria).

Es interesante reseñar de nuevo al respecto las argumentaciones establecidas en la recomendación del Pacto de Toledo, en especial, en su último inciso, cuando apunta a que la incorporación de esas nuevas medidas tendentes a minorar el gap en pensiones entre mujeres y hombres debía atender “a la importancia de la natalidad para el sostenimiento del sistema de pensiones en el futuro”. Ya que es aquí, y así es entendido también oportunamente por un sector de la doctrina científica, donde ha de ser buscada la justificación expresa de esta medida.

Lo corrobora de manera expresa la enmienda núm. 4242 del Grupo Parlamentario Popular¹³, estableciendo que esta adición al Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016 perseguía:

“A) Reconocer, mediante una prestación social pública, la contribución demográfica al sistema de Seguridad Social de las mujeres trabajadoras que han compatibilizado su carrera laboral con la maternidad;

¹¹ Cfr. BOCG -Congreso de los Diputados-, núm. 513, de 31 de enero de 2011, pág. 30.

¹² Equiparación salarial entre mujeres y hombres, ventajas fiscales, consideración de situaciones asimiladas al alta, incentivo fiscal para generar pensiones a favor de los cónyuges no incorporados al mercado de trabajo cuando el matrimonio se encuentre en régimen de gananciales, modalidades específicas de contratación...

¹³ Cfr. BOCG -Congreso de los Diputados-, núm. 163-4, de 1 de septiembre de 2015, págs. 2812-2814.

EL COMPLEMENTO POR MATERNIDAD: REFLEXIONES SOBRE SU RETROACTIVIDAD

B) Valorar la dimensión de género en materia de pensiones, en cumplimiento de las recomendaciones de la Comisión Parlamentaria del Pacto de Toledo, atendiendo al esfuerzo asociado a la maternidad en la Seguridad Social, suavizando las consecuencias de las discriminaciones históricas que han gravado más intensamente a las mujeres que a los hombres.

C) Eliminar o, al menos, disminuir la brecha de género en pensiones, cumpliendo en este sentido también las Recomendaciones de la Unión Europea.

D) Finalmente, dar concreción a los objetivos generales que atienden a las familias y al entorno en el que se desarrolla la vida familiar, en cumplimiento del Plan Integral de Apoyo a la Familia (PIAF) 2015-2017¹⁴.

Se olvidaba así la regulación de referencia del año 2015, en buena parte, del resto de los elementos perfilados en la recomendación núm. 17 del *Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo 2011* como sustento de las medidas a poner en marcha para hacer frente a las discriminaciones concurrentes en materia de pensiones.

Nada se contenía en la nueva disposición con relación a la existencia de retribuciones diferenciadas; la concurrencia de mayores periodos de interrupción no solo por cuidados de hijos, sino también de familiares en situación de dependencia; los modelos que habrían de seguirse para cubrir los vacíos de cotización motivados en la atención de menores y mayores¹⁵..., y se incidía casi de manera excluyente sobre el elemento de la natalidad.

Quizá por ello, y pese a que no cabe más que calificar como loable el objetivo perseguido (con sus limitaciones, se insiste, en su diseño estructural), sus efectos prácticos no tardaron en ser cuestionados.

En numerosas ocasiones este complemento por maternidad “por aportación demográfica” (pronto fue adjetivado dado su concreción finalista) salió a relucir en el transcurso de las sesiones de la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo (2016-2020). Ya para defen-

14 Cfr. Vicente Palacio, M.ª A., “Sobre el carácter discriminatorio del complemento por maternidad (de nuevo sobre la diferencia entre sexo y género)”, *RJL*, núm. 4, 2020, págs. 3-4.

Cfr. apartado 48 de la fundamentación jurídica de la STJUE 12 diciembre 2019, asunto C-450/18 (TJUE 2019, 281) y Reyes Barroso, M.ª R., “Padres corresponsables ¿discriminados? o una interpretación restrictiva e ignorante de la realidad social”, *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 6, 2020, BIB 2020\12152.

Sobre la doble finalidad de premiar la aportación de las madres a la aportación demográfica a la Seguridad Social, y paliar, en parte, la discriminación de género sufrida por la mujer como consecuencia del rol históricamente atribuido de cuidado del hogar familiar y crianza de los hijos, con abandono, o al menos postergación, de la carrera profesional propia AJS núm. 26 Barcelona 28 octubre 2019 (AS 2019, 2384).

15 No puede dejar de significarse el distinto tratamiento otorgado por el sistema de Seguridad Social ante los cuidados que han de dispensarse por el nacimiento de menor y los requeridos por las personas mayores cuando se convierten en dependientes.

Se entiende que debería actuarse de una manera mucho más incisiva en este campo, propiciando una prestación del sistema durante los periodos de atención y cuidado de la persona mayor dependiente, quizá a semejanza de la prestación por nacimiento y cuidado de menor, tal vez mejor ajustada a esas realidades, posiblemente necesitada de ser aquilatada con el transcurso del tiempo..., en todo caso, una prestación contributiva que permita o que al menos favorezca cumplir las obligaciones de cuidar a los progenitores sin que ello lleve aparejado la renuncia a un puesto de trabajo.

der su oportunidad¹⁶, ya planteando interrogantes sobre su formulación ante las dudas de su adecuación al ordenamiento europeo¹⁷ por la inequidad que llevaba aparejada (por no dar cobertura a la situación de la mujer con un solo hijo, por excluir de manera directa al colectivo masculino...)¹⁸.

Esta diferencia de puntos de vista no tardaría en manifestarse entre la Administración (aplicativa a ultranza de la literalidad de la norma en la medida que la interpretación del INSS era única, solo se contemplaba para las mujeres beneficiarias de una pensión contributiva de la Seguridad Social, madres de al menos dos hijos, por su aportación demográfica a la Seguridad Social)¹⁹ y la ciudadanía (del colectivo fundamentalmente varón que se sentía agraviado y observaba la existencia de elementos discriminatorios sin justificación).

Y la consiguiente llegada a los juzgados y tribunales del orden social.

No puede dejar de mencionarse que constituía una medida bien intencionada²⁰ (que con las correcciones oportunas hoy tiene continuidad en el ordenamiento jurídico nacional), pero repleta de sesgos, de género entre otros, más que cuestionables y que serían los tribunales los encargados de dirimir.

4. DUDAS INTERPRETATIVAS Y RESOLUCIONES DE LOS TRIBUNALES: MIRANDO A LA UNIÓN EUROPEA

4.1. Cuestiones prejudiciales variadas (jubilación anticipada y limitación temporal) y posicionamientos de los tribunales

4.1.1. Sobre la jubilación anticipada

Los juzgados y tribunales nacionales pronto manifestaron dudas sobre la adecuación de la norma (artículo 60 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre) al ordenamiento europeo.

¹⁶ Cfr. Comparecencia de la señora ministra de Empleo y Seguridad Social (Báñez García) para informar sobre la situación actual y perspectivas de evolución futura del sistema de Seguridad Social (a petición propia) y para explicar las medidas que piensa adoptar el Gobierno para garantizar unas pensiones dignas que mantengan el poder adquisitivo y solucionar la situación de déficit de la Seguridad Social que ha superado el 1 % del PIB en los últimos cinco años (a petición del Grupo Parlamentario Socialista) (DS —Congreso de los Diputados—, núm. 420, de 31 de enero de 2018, págs. 2 y ss.).

¹⁷ Cfr. Comparecencia de la señora Fotinopoulou Basurko (Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad del País Vasco), para informar sobre la brecha de género existente en materia de pensiones de la Seguridad Social (DS —Congreso de los Diputados—, núm. 583, de 4 de septiembre de 2018, pp. 34 y ss.) quien expresamente aboga por la modificación del complemento por maternidad, dado su impacto parcial, excluyente para determinadas mujeres, que incide en la desigualdad y que puede considerarse incompatible con el derecho europeo.

¹⁸ Insistiendo en esta idea, cfr. Ballester Pastor, M.^a A., "El comprometido complemento de pensiones por maternidad en España y su improbable acomodo a la normativa y jurisprudencia antidiscriminatoria de la Unión Europea", cit., págs. 72-93.

¹⁹ Acogiendo esta postura, SJS núm. 1 Las Palmas 27 abril 2018 (núm. 141/18) sustentando su fundamentación en el hecho de que el complemento de maternidad se prevé exclusivamente para las mujeres que hayan tenido descendencia. Esta sentencia se encuentra referenciada en la STJS Islas Canarias (Las Palmas) 20 enero 2020 (JUR 2020, 49054).

²⁰ También es oportuno desde el prisma jurídico-político poner de relieve el momento en el que se aprueba la norma. En los presupuestos para el año 2016, año electoral, y tras casi 4 años de la reglamentación de las recomendaciones del Pacto de Toledo (2011), lo que da lugar a ciertas suspicacias.

De ahí que se formularan desde distintas instancias algunas cuestiones prejudiciales.

Así, los juzgados de lo Social núms. 3 y 1 de Barcelona en reclamación del complemento de maternidad en pensión de jubilación anticipada, a través de Autos de fecha 4 marzo y 8 junio 2020 (JUR 2020, 85813 y AS 2020, 2112) acordaron plantear sendas cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre si:

- a. “Se puede considerar una discriminación directa en el sentido de la Directiva 79/7 una norma como el artículo 60.4 de la Ley General de la Seguridad Social que excluye del complemento por maternidad a las mujeres que se jubilan voluntariamente, frente a las que se jubilan también voluntariamente en la edad ordinaria prevista, o que lo hacen anticipadamente pero por razón de la actividad laboral desempeñada a lo largo de su vida profesional, por causa discapacidad, o por haber cesado en el trabajo antes de acceder a la jubilación por causa no imputable a ella misma”
- b. Y sobre si la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, “debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal (art. 60.4 TRLGSS), que establece el derecho a un complemento de pensión para las mujeres que hayan tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias de pensiones contributivas de jubilación, mientras que otras mujeres que se encuentren en una situación idéntica no tienen derecho a tal complemento de su pensión de jubilación porque hayan accedido a una jubilación anticipada y voluntaria, que cuenta legalmente con mayores requisitos de cotización que una ordinaria, idénticos o muy similares de edad y con idénticas dificultades de mantenimiento en el mercado de trabajo derivadas de su condición de mujer”, respectivamente.

Esta cuestión fue resuelta por la STJUE (Sala Sexta) de 12 de mayo de 2021 (JUR 2021, 143555), en la que se afirma que “La Directiva 79/7/CEE (LCEur 1979, 7) 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, no es de aplicación a una normativa nacional que establece un complemento de pensión por maternidad en favor de las mujeres que hayan tenido, al menos, dos hijos biológicos o adoptados, y lo hace en los casos de jubilación en la edad ordinaria prevista o de jubilación anticipada por determinados motivos establecidos por ley, pero no en los casos de jubilación anticipada por voluntad de la interesada”.

Con carácter previo había sido inadmitida a trámite la cuestión de inconstitucionalidad 3307-2018 por Auto del TC 114/2018, de 16 de octubre²¹, planteada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Barcelona en relación con el artículo 60, apartados primero y cuarto, del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre²².

21 BOE 20 noviembre (ECLI:ES:TC:2018:114).

22 Cfr. García Romero, B., “Complemento por maternidad de las pensiones y jubilación anticipada”, AA.VV. (Sánchez Trigueros, C. y Arias Domínguez, A. Coord. y Alonso Olea, M., Montoya Melgar, A., y Sempere Navarro, A. V. Dir.) *Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social*, Tomo XXXVI: (2015-2018), Thomson Reuters&Aranzadi, Cizur Menor, 2019, págs. 1669-1677.

4.1.2. Acerca de su limitación temporal

Otra cuestión prejudicial fue planteada por el Juzgado de lo Social núm. 26 Barcelona con fecha 28 de octubre de 2019 (AS 2019, 2384) formulando las siguientes preguntas:

“1º ¿Podemos considerar que el complemento de maternidad regulado en el art. 60 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), cuyo texto refundido fue aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, es una medida o acción positiva dirigida a lograr la igualdad material entre mujeres y hombres al amparo del art. 157.4 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea?

2º En caso de respuesta positiva a la anterior cuestión, ¿se opone al principio de proporcionalidad al que debe someterse toda acción positiva la limitación temporal a las pensiones causadas a partir del 1 de enero de 2016 dispuesta por la disposición final única del Real Decreto Legislativo 8/2015?”.

No obstante, posteriormente fue retirada mediante Auto 13 febrero 2020 (JUR 2020, 149056) al entenderse contestada por la STJUE de fecha 12 de diciembre de 2019, en el asunto C-450/2018, en sentido negativo.

Al igual que en el supuesto anterior, la cuestión prejudicial responde al mecanismo de acción-reacción. Previamente había sido inadmitida a trámite la cuestión de inconstitucionalidad 364-2019, planteada por el Juzgado de lo Social núm. 26 de Barcelona en relación con la disposición final única del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre. En esta ocasión por Auto del TC 89/2019, de 16 de julio²³. Lo que ante un resultado insatisfactorio por parte de los tribunales nacionales provoca la búsqueda de un encaje propicio en los tribunales comunitarios.

Aseveración extrapolable por igual a la materia abordada en el siguiente apartado.

4.2. En materia de igualdad de trato

4.2.1. Planteamientos conflictivos

En lo que ahora interesa, por cuanto desliza de manera más directa sobre el objetivo pretendido, desde el plano de la discriminación por razón de sexo, de una parte, el Juzgado de lo Social núm. 3 de Gerona, mediante Auto de 21 de junio de 2018, suspendió el procedimiento en el que se sustentaba la posible concesión del complemento por maternidad a un varón (fallecido durante la instrucción) y planteó al Tribunal de Justicia con arreglo al artículo 267 TFUE la siguiente cuestión prejudicial:

“¿Vulnera el principio de igualdad de trato que impide toda discriminación por razón de sexo, reconocido por el art. 157 [TFUE] y en la Directiva [76/207] y en la Directiva [2002/73]

23 BOE 12 agosto (ECLI:ES:TC:2019:89A).

que modifica a aquella, refundida por [la] Directiva [2006/54], una Ley nacional (en concreto el art. 60.1 de la [LGSS]) que reconoce la titularidad del derecho a un complemento de pensión, por su aportación demográfica a la Seguridad Social, a las mujeres que hayan tenido hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias en cualquier régimen del sistema de la Seguridad Social de pensiones contributivas de jubilación, viudedad o incapacidad permanente y no se concede, por el contrario, dicha titularidad a los hombres en idéntica situación?"

Y, de otra, en fecha 7 de diciembre de 2018 la Sala de la Social del TSJ Islas Canarias (Las Palmas) dictó Auto (Rec. 850/2018) en el que suspendía el procedimiento de recurso de suplicación planteado a la SJS núm. 1 Las Palmas 27 abril 2018 (núm. 141/18) sobre el reconocimiento del mencionado complemento a un varón que había educado y cuidado a sus cuatro hijos en solitario por el fallecimiento de su esposa años atrás y formuló, de acuerdo con el proceso reseñado anteriormente (artículo 267 TFUE), una nueva cuestión prejudicial²⁴. Entre las preguntas planteadas por la Sala al Alto Tribunal, se incluía la siguiente:

“¿La prohibición de discriminación por razón de sexo establecida en el art. 4.1 de dicha Directiva 79/7/CEE (LCEur 1979, 7) 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 ser interpretada en el sentido que se opone a una norma nacional como el artículo 60 del Real Decreto legislativo 8/2015 de 30 de octubre (RCL 2015, 1700y RCL 2016, 170) por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, que excluye de forma absoluta e incondicional de la bonificación que establece para el cálculo de pensiones de jubilación, viudedad o incapacidad permanente, a los padres pensionistas que puedan probar haber asumido el cuidado de sus hijos/as?”.

4.2.2. La resolución del TJUE

A la primera de las cuestiones prejudiciales señaladas *supra* (la planteada por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Gerona)²⁵ dio respuesta el Tribunal de Justicia. Ha sido la STJUE 12 diciembre 2019, asunto

24 Cfr. Poyato Matas, G., "De la ética del cuidado feminizada a la ética del cuidado humanizada. A propósito de la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias respecto al 'complemento por maternidad'", *RTJSS (CEF)*, núm. 431, 2019, págs. 113-127.

25 Juzgado que, de una parte, observa que el concepto de «aportación demográfica a la Seguridad Social», "es predicable tanto de mujeres como de hombres, dado que tanto la procreación como la responsabilidad en el cuidado, la atención, la alimentación y la educación de los hijos son predicables de toda persona que pueda tener la condición de madre o de padre. Por consiguiente, la interrupción del trabajo como consecuencia del nacimiento o adopción de los hijos o por el cuidado de los hijos puede perjudicar por igual a hombres y mujeres, con independencia de su aportación demográfica a la Seguridad Social". Y por ello, desde este prisma considera que el cuestionado artículo 60, apartado 1, de la LGSS establece una diferencia de trato injustificada en favor de las mujeres y en perjuicio de los hombres que se encuentren en una situación idéntica.

Y de otra, participa que "la procreación implica un mayor sacrificio para las mujeres a nivel personal y profesional. De hecho, han de afrontar un período de embarazo y un nacimiento que comporta sacrificios biológicos y fisiológicos evidentes, con el detrimento que comporta para las mujeres, no solo en la esfera

EL COMPLEMENTO POR MATERNIDAD: REFLEXIONES SOBRE SU RETROACTIVIDAD

C-450/18 (ECLI:EU:C:2019:1075) la encargada de resolver la duda interpretativa planteada desde las instancias españolas²⁶.

La conclusión a la que llega el Alto Tribunal es la siguiente:

“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 norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, que establece el derecho a un complemento de pensión para las mujeres que hayan tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias de pensiones contributivas de incapacidad permanente en cualquier régimen del sistema de Seguridad Social nacional, mientras que los hombres que se encuentren en una situación idéntica no tienen derecho a tal complemento de pensión”.

Y su justificación se establece, a modo de resumen, conforme a los siguientes parámetros:

1. Los hombres que se encuentran en una situación idéntica a la de las mujeres (tener al menos dos hijos biológicos o adoptados y ser beneficiaria, entre otras, de pensiones contributivas de invalidez permanente) no reciben el complemento de maternidad.
2. La norma nacional concede un trato menos favorable a los hombres.
3. Este trato diferenciado puede constituir una discriminación directa.
4. La aportación de los hombres a la demografía es tan necesaria como la de las mujeres.
5. La aportación demográfica a la Seguridad Social no puede justificar por sí sola que los hombres y las mujeres no se encuentren en una situación comparable en lo que respecta a la concesión del complemento de pensión controvertido.

física, sino también en la esfera laboral y sus legítimas expectativas de promoción en el ámbito profesional. Por tanto, desde el punto de vista biológico, las disposiciones del artículo 60, apartado 1, de la LGSS podrían justificarse en la medida en que están destinadas a proteger a las mujeres de las consecuencias derivadas del embarazo y la maternidad”.

26 Pronto, como es habitual en el área de conocimiento, foco de la doctrina científica. Cfr. entre otros, Monereo Pérez, J. L., y Rodríguez Iniesta, G., “Un nuevo desencuentro de las prestaciones de la Seguridad Social Española con los Tribunales Europeos: El complemento por maternidad en las pensiones no debe ser solo para las mujeres (A propósito de la STJUE de 12 diciembre de 2019, recaída en el asunto C-450/18, Igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social)”, *RDSS. Laborum*, núm. 22, 2020, págs. 13-24; Molina Navarrate, C., “Brecha de género en pensiones, complemento por maternidad y varón (viudo o no) discriminado: ¿el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no cree en juzgar con perspectiva de género? Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2019, asunto C-450/18”, *RTySS (CEF)*, núm. 445, 2020, págs. 188-201; Rivas Vallejo, M.ª P., “La sobreprotección por el TJUE de los padres cuidadores que fueron excluidos del complemento de maternidad”, *STJUE (Sala Primera)* de 12 de diciembre de 2019 (asunto C-450/18), *RJL*, núm. 1, 2020 y Vida Fernández, R., “Extensión del reconocimiento del complemento de pensión para los padres con dos o más hijos, beneficiarios de pensiones contributivas de la seguridad social: ¿punto final a una medida mal planteada pero necesaria frente a la brecha de género en las pensiones?”, *TL*, núm. 152, 2020, págs. 319-329.

EL COMPLEMENTO POR MATERNIDAD: REFLEXIONES SOBRE SU RETROACTIVIDAD

6. La condición de progenitor es una cualidad predicable tanto de hombres como de mujeres y las situaciones de un padre y una madre pueden ser comparables en cuanto al cuidado de los hijos.
7. La excepción a la prohibición de toda discriminación directa por razón de sexo solo es posible en los casos que se enumeran con carácter exhaustivo en la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978.
8. El complemento controvertido no se vincula con el disfrute de un permiso de maternidad o las desventajas que sufre una mujer en su carrera profesional debido a la interrupción de su actividad durante el período que sigue al parto (se permite el disfrute del complemento en los supuestos de adopción, no limitándose a la protección de la condición biológica de las mujeres que hayan dado a luz).
9. Además, el lucro del complemento no exige que las mujeres hayan dejado efectivamente de trabajar en el momento en que tuvieron a sus hijos.
10. La concesión del complemento no se supedita tampoco a la educación de los hijos o a la existencia de períodos de interrupción de empleo debidos a la educación de los hijos.

Por todo ello, se reitera, concluye el Tribunal de Justicia que una normativa nacional como la controvertida constituye una discriminación directa por razón de sexo y, por lo tanto, está prohibida por la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978.

4.2.3. La doctrina del TJUE como fuente de inspiración para los juzgados y tribunales nacionales

Haciéndose eco de esta doctrina comunitaria, las sentencias de los juzgados y de los tribunales españoles se han sucedido en las épocas recientes (en la actualidad aún continúan los pronunciamientos sobre este aspecto pese a haber transcurrido más de un año de la derogación del complemento por maternidad por el Real Decreto-Ley 3/2021, de 2 de febrero²⁷).

Así, han sido numerosas las ocasiones en las que los órganos jurisdiccionales nacionales han tenido la oportunidad de dictar resoluciones sobre la materia controvertida. A modo de espiguelo, pueden mencionarse (entre otras muchas):

- STSJ de las Islas Canarias (Las Palmas) 20 enero 2020 (JUR 2020, 49054): en la que se reconoce el complemento de maternidad a varón padre de cuatro hijos en el que la muerte de la esposa, además, exigió que cuidara y educara en solitario, “lo que le supuso, soportar las mismas desventajas laborales, anudadas a la práctica de cuidar a sus descendientes, que vienen soportando las madres trabajadoras (mayoritariamente)”.

27 Un primer comentario a esta regulación en Cruz Villalón, J., “El complemento para la reducción de la brecha de género: una superación del embrollo”, *RDSS. Laborum*, núm. 28, 2021, págs. 37-46; Gala Durán, C., “El nuevo complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género: ¿lo que mal empieza, mal acaba?”, *TL*, núm. 158, 2021, págs. 121 y ss.; Moreno Romero, F., “La anómala situación del complemento por maternidad y su impacto en el sistema de pensiones: Apunte sobre su reforma por Real Decreto Ley 3/2021”, *RGDTySS*, núm. 58, 2021 y Paredes Rodríguez, J. M., “Complemento para la reducción de la brecha de género en las pensiones: interrogantes y valoración”, cit., págs. 37 y ss.

EL COMPLEMENTO POR MATERNIDAD: REFLEXIONES SOBRE SU RETROACTIVIDAD

- SJS Gerona 13 marzo 2020 (JUR 2020, 203104): que estima la demanda presentada por varón padre de dos hijos de complemento de maternidad por los argumentos expuestos por el TJUE en su sentencia, considerándola de obligado cumplimiento, y en aplicación directa de las disposiciones de derecho comunitario.
- SSTSJ Murcia 30 abril, 11 y 26 mayo, y 1 y 14 julio, 22 septiembre y 27 octubre 2020 (JUR 2020, 166580, 178578, 203178, 249461, 263263, 310925 y 359209): de respuesta afirmativa a la demanda de varón (con cinco, tres, cuatro, dos hijos...) siguiendo la doctrina comunitaria.
- SJS Pamplona 18 noviembre 2020 (AS 2020, 2552): entendiendo que el controvertido complemento también es aplicable al varón en términos generales, pero en la que también se había tenido especial atención y cuidado del hijo menor, ya que tras proceso de separación había ostentado el padre demandante la custodia del hijo menor de edad.
- SJS Teruel 23 noviembre 2020 (JUR, 2021, 7478): que en aplicación de la Sentencia del TSJUE de 12 de diciembre de 2019 considera como no puesto el requisito del sexo femenino para el reconocimiento del complemento.
- STSJ Galicia 24 noviembre 2020 (JUR 2021, 75710): que deja sin efectos la restricción por razón de sexo contenida en el artículo 60 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por lo que reuniendo el hombre las otras dos condiciones para acceder al complemento, ser pensionista de jubilación contributiva y tener tres hijas biológicas merece el complemento²⁸.
- SSJS Bilbao 10 diciembre 2020 (JUR 2021, 27426) y 29 enero 2021 (AS 2021, 906): sobre el reconocimiento a padre de tres hijas y dos hijos, respectivamente.
- STSJ Castilla y León/Valladolid 23 diciembre 2020 y 15 septiembre 2021 (JUR 2021, 90278 y 353332): reconociendo el derecho al complemento a padre de tres hijas y tres hijos, respectivamente.
- SJS Vitoria 15 enero 2021 (JUR 2021, 27427): que reconoce el complemento a varón perceptor de pensión de viudedad.
- SJS Badajoz 1 febrero 2021 (JUR 2021, 220538): atribuyendo el complemento a varón.
- SJS Vigo 15 febrero 2021 (JUR 2021, 57506): señalando que el artículo 60 cuestionado ya no puede ser interpretado excluyendo de su aplicación a los hombres en las mismas circunstancias.
- STSJ La Rioja 31 marzo y 21 octubre 2021 y 13 enero 2022 (JUR 2021, 170619 y 391684, y JUR 2022, 73290): con relación a varón padre de dos, tres... hijos.
- SJS Guadalajara 24 abril 2021 (JUR 2021, 225445): varón padre de tres hijos con derecho al complemento.
- STSJ Galicia 11 mayo 2021 (AS 2021, 1525): en la que se declara el derecho del actor a percibir el complemento de la pensión de jubilación en el 5% previsto en el art. 60.1 de la LGSS.
- STSJ Cantabria 27 mayo, 27 septiembre y 24 y 26 noviembre 2021 (AS 2021, 1280, 1799 y JUR 2021, 380443 y 380515): otorgando el complemento al varón (padre de dos, tres... hijos).

28 Con carácter previo y de manera indirecta, STSJ Galicia 20 mayo 2020 (JUR 2020, 184787).

EL COMPLEMENTO POR MATERNIDAD: REFLEXIONES SOBRE SU RETROACTIVIDAD

- STSJ Aragón 31 mayo, 10 (dos) y 24 septiembre, 4 y 22 octubre y 12 y 16 noviembre 2021 (JUR 2021, 267041, 374360, AS 2021, 1971, 2055, 1975, JUR 2022, 3592, JUR 2022, 24437 y AS 2022, 18): reconociendo el derecho a varón (padre de dos hijas, de tres hijos...) y cuestionándose sobre la oportunidad de su concesión a ambos progenitores.
- STSJ Asturias 1 y 22 junio y 5 octubre 2021 (AS 2021, 1522 y JUR 2021, 295145 y 378803): sobre el reconocimiento del complemento a un varón padre de dos hijos.
- SJS Murcia 7 junio 2021 y 20 enero 2022 (JUR 2021, 340010 y JUR 2022, 93598): otorgando el complemento por maternidad a padre de tres hijos y no reconociéndolo, respectivamente, al varón por estar ya concedido al cónyuge por aportación demográfica de tres hijos, en cuantía superior a la que le correspondería al solicitante.
- SJS Palencia 17 junio 2021 (AS 2021, 1330): de reconocimiento a padre de tres hijos.
- STSJ Navarra 1 julio 2021 (AS 2021, 1480): declarando el complemento del 5%.
- STSJ Madrid 5 julio y 29 octubre 2021 (JUR 2021, 320453 y JUR 2022, 1451): en la que se declara el derecho a percibir un complemento de la pensión de jubilación reconocida en un 15% de su valor inicial y a padre de tres hijos, respectivamente.
- STSJ Castilla y León/ Burgos 10 noviembre 2021 (JUR 2022, 3760): para padre de cinco hijos²⁹.

Estos pronunciamientos, en lo que atañe a los aspectos discriminatorios, han mantenido una respuesta casi unánime, argumentando el reconocimiento del complemento de maternidad por aportación demográfica al varón. Sin embargo, su lectura muestra importantes discrepancias con relación a la fecha de efectos económicos en la que aquel debería producirse.

5. EL DEBATE SOBRE LA FECHA DE LOS EFECTOS ECONÓMICOS DEL COMPLEMENTO

5.1. Interpretaciones contradictorias: punto de inicio

Si, como se ha indicado, los juzgados y tribunales coinciden en reconocer el complemento de maternidad a los varones³⁰, esta homogeneidad e igualitarismo no se extrapola respecto a la fecha de sus efectos económicos. Los pronunciamientos son diversos, manteniéndose posturas encontradas.

²⁹ Cfr. ampliamente, Maldonado Molina, J. A., "Fecha de efectos del complemento por maternidad (al varón). Una revisión de doctrina judicial", *RTSS (CEF)*, núm. 466, 2022, págs. 209-232, quien cifra en cientos las sentencias sobre el particular.

³⁰ Aunque comienzan a producirse sentencias en los que este no se lleva a cabo ante el anterior reconocimiento a cónyuge y desde la perspectiva de que se trata de un complemento unitario. Cfr. STSJ Aragón 10 septiembre 2021 (JUR 2021, 374360) y SJS Murcia 20 enero 2022 (JUR 2022, 93598).

1. Retroactividad máxima, con efectos desde el momento de concesión de la pensión.
2. Retroactividad limitada (i), desde la publicación de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
3. Retroactividad limitada (ii), de tres meses desde la presentación de la solicitud de revisión de la pensión³¹.

Las disposiciones en liza son las siguientes:

- a. Artículo 53.1 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, en el que, tras fijar el período de prescripción del derecho al reconocimiento de las prestaciones (5 años, salvo excepciones), se concreta que los efectos económicos de las prestaciones ya reconocidas afectadas por revisión "tendrán una retroactividad máxima de tres meses desde la fecha de presentación de dicha solicitud"³².
- b. Artículo 32.6 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, que dispone que la sentencia que declare el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión Europea producirá efectos desde la fecha de su publicación en el «Diario Oficial de la Unión Europea».

Siguiendo la secuencia apuntada, que en parte podría asimilarse de más a menos tiempo de reconocimiento de efectos económicos, a continuación se glosan las argumentaciones ofrecidas por los tribunales para defender una u otra opción.

En modo alguno se quiere ahora recoger con exhaustividad el importante número de sentencias vertidas sobre esta cuestión, por lo que, siguiendo la técnica del espiguelo expresada anteriormente, a reglón seguido se analiza sucintamente una selección de pronunciamientos en los que se sostienen las distintas tesis reseñadas. Para, en último lugar, adentrarse en la doctrina unificadora reciente emanada del Tribunal Supremo.

5.2. Desde el momento de concesión de la pensión

Una primera línea judicial arguye que los efectos económicos del complemento por maternidad por aportación demográfica deben retrotraerse al momento de concesión de la pensión contributiva correspondiente³³. Sus argumentos pueden compelerse como sigue:

31 Cfr. con gran profusión de pronunciamientos de los tribunales sobre estas posiciones, Maldonado Molina, J. A., "Fecha de efectos del complemento por maternidad (al varón). Una revisión de doctrina judicial", cit., págs. 218 y ss., quien además incorpora una cuarta, desde la fecha de solicitud del complemento STSJ País Vasco 27 abril 2021 (ECLI:ES:TSJPV:2021:1238); y Hernández Vitoria, M.ª J., "Titularidad y efectos económicos del complemento de maternidad por aportación demográfica de la LGSS", *REDT*, núm. 249, 2022, BIB 2022\222.

32 Límite temporal no aplicable cuando se trate de la rectificación de errores materiales, de hecho o aritméticos...

33 Maldonado Molina, J. A., "Fecha de efectos del complemento por maternidad (al varón). Una revisión de doctrina judicial", cit., págs. 218-221 y García Romero, B., "Efectos económicos del reconocimiento al pensionista varón del complemento de pensión por aportación demográfica en aplicación de la jurisprudencia comunitaria", *REDT*, núm. 253, 2022, original.

a. Con el recurso a la doctrina jurisprudencial sobre la revisión de actos inalterados, conforme a la cual

“solicitada una prestación de la Seguridad Social que es inicialmente denegada sin impugnación del beneficiario, luego reiteradas las peticiones y desestimaciones, expresas o presuntas, cuando finalmente se reconoce el derecho del beneficiario en los términos inicialmente solicitados con base en los mismos datos fácticos de los que disponía la Entidad Gestora y con fundamento en idéntica normativa jurídica que la regía en el momento de la inicial solicitud, ha de otorgarse eficacia retroactiva a los actos dictados en sustitución de los revisados o anulados siempre que la retroactividad, como ahora acontece, no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas”³⁴.

Que, aplicada al complemento por maternidad, implica que no habiéndose “producido variación alguna entre las circunstancias de hecho determinantes del derecho al complemento que tenía el beneficiario cuando solicitó la pensión de jubilación y las concurrentes al reclamarlo, ni en ese lapso temporal se ha producido reforma alguna en su regulación, siendo indiferente que su interpretación responda al cambio hermenéutico de dicho marco normativo derivado de la jurisprudencia comunitaria, la fecha de efectos económicos del complemento de maternidad, debe fijarse en la de reconocimiento inicial de la pensión”.

El complemento, en fin, sigue la estela respecto del reconocimiento y la dinámica de la prestación contributiva de la que pende, considerándose innecesaria la “expresa solicitud específica y diferenciada de la de reclamación inicial de la pensión” para su procedencia. “De ahí que, ningún obstáculo exista para considerar que la resolución reconociendo la pensión de jubilación fue denegatoria del complemento por maternidad, habiéndose vuelto a interesar su reconocimiento en 2021, cuando no se había producido modificación fáctica en cuanto a la situación del beneficiario, ni jurídica respecto a la regulación del complemento de maternidad, en relación a las existentes en la fecha de aquella primera solicitud rechazada en vía administrativa”³⁵.

b. Estimando que la acción para el reconocimiento del complemento no tiene la naturaleza de reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado³⁶.

c. Entendiendo que con el reconocimiento de los efectos económicos desde los 3 meses anteriores a la presentación de la solicitud, “en estos casos en que se ha quebrantado un derecho fundamental y que precisamente ahora se repone”, se estaría dando carta de naturaleza, “validando y admitiendo”, a esa vulneración del derecho fundamental desde el reconocimiento inicial de la prestación hasta tres meses antes de la solicitud de revisión, que debe ser reintegrado de manera plena³⁷.

34 Cfr. STS 3 diciembre 2020 (RJ 2020, 5401).

35 Cfr. STSJ La Rioja 21 octubre 2021 (JUR 2021, 391694).

36 Cfr. STSJ La Rioja 21 octubre 2021 (JUR 2021, 391694).

Sin aportación argumental, asumiendo el criterio del Juzgado de lo Social, STSJ Aragón 10 septiembre 2021 (AS 2021, 1971).

37 Cfr. STSJ Extremadura 22 marzo 2022 (ECLI:ES:TSJEXT:2022:325) y la doctrina judicial en ella contenida.

d. Y, afirmando, por último, que en este caso la STJUE tiene efectos “ex tunc”, con apoyo en la doctrina jurisprudencial referenciada³⁸.

5.3. Desde la publicación de la STJUE

De otra parte, otros tribunales han entendido que se ha de delimitar la fecha de efectos del complemento, que no puede retrotraerse más allá de la fecha de la publicación de la STJUE, esto es, el 17 de febrero de 2020.

Sus razones se concretan, en esencia, en lo establecido en el artículo 32.6 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, y en la jurisprudencia compendiada en la STS 20 diciembre 2017 con relación a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional (extrapolable al TJUE), cuyos efectos son “ex nunc”, esto es, desde su publicación en el BOE³⁹.

5.4. Retroactividad limitada de tres meses

La tercera línea doctrinal sostiene, en aplicación de la norma sustantiva de la Seguridad Social (artículo 53.1), que los efectos económicos del complemento deben limitarse al reconocimiento a los 3 meses anteriores a la solicitud.

Su fundamentación jurídica se perfila conforme a:

- a. La doctrina del TJUE sobre la fecha de efectos de sus sentencias a resultas de una cuestión prejudicial en materia de prestaciones sociales, de acuerdo con la cual el Derecho comunitario no se opone a la aplicación de una norma de Derecho nacional que circunscriba el período de retroactividad a un momento previo a la presentación de la correspondiente solicitud⁴⁰.
- b. La inaplicación del artículo 32.6 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre. La doctrina constitucional, si bien entiende como lógica los efectos “ex tunc” que derivan de un pronunciamiento judicial estimando contrario al ordenamiento europeo una normativa nacional, considera que estos deben entenderse sin perjuicio de la aplicación de las normas sobre límites que desde la perspectiva de la seguridad jurídica cabe atribuir a la resolución judicial. A tal objeto estima como no revisables aquellas cuestiones decididas mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada y las establecidas mediante actuaciones administrativas firmes.

38 Cfr. SSTSJ Extremadura 22 y 23 diciembre 2021 (ECLI:ES:TSJEXT:2021:1564 y ECLI:ES:TSJEXT:2021:1568) y 22 marzo 2022 (ECLI:ES:TSJEXT:2022:325) y la doctrina judicial en ella contenida.

Cfr. Hernández Vitoria, M.ª J., “Titularidad y efectos económicos del complemento de maternidad por aportación demográfica de la LGSS”, cit.

39 Cfr. SSTSJ País Vasco 14 diciembre 2021 (ECLI:ES:TSJVPV:2021:3610) y Madrid 5 julio 2021 (JUR 2021, 320453).

40 STSJ Aragón 4 octubre 2021 (AS 2021, 1975).

- c. La consideración de que no se trata de una revisión de un acto administrativo, sino de una reclamación *ex novo*, lo que desarticula la doctrina jurisprudencial sobre la revisión de actos inalterados, en aplicación de la jurisprudencia recaída sobre la pensión de incapacidad permanente⁴¹.
- d. No es de aplicación, prosigue esta línea doctrinal, la excepción a la retroactividad de la revisión de las prestaciones en los supuestos de rectificación de errores materiales, de hecho o aritméticos, al no tratarse de ninguna de estas circunstancias⁴².
- e. Se encuentra, además, la demanda en el campo de las prestaciones de Seguridad Social, alejado del de la responsabilidad patrimonial⁴³.
- f. A la doctrina del TS en relación con el incremento de la prestación de incapacidad permanente total por edad⁴⁴.

5.5. La doctrina del Tribunal Supremo

Ante la disparidad de criterios interpretativos y argumentaciones esgrimidas por las distintas salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia era esperable, y deseable, que el Tribunal Supremo se pronunciara sobre el particular en casación para la unificación de doctrina. Corresponde al Alto Tribunal determinar, por ende, la fecha de efectos económicos del reconocimiento a un varón del complemento por maternidad.

Además de los preceptos señalados en liza, incorpora en el debate jurídico los artículos 264 y 280 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; los artículos 86, 87, 88, 91 y 92 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia de 25 de septiembre de 2012 (DOUE 29.09.2012) y los artículos 116 a 122 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal General de la Unión Europea (DOUE 23.04.2015), con referencia explícita a la obligatoriedad de las sentencias desde el día de su pronunciamiento.

De ello aduce:

- a. La STJUE de 12 de diciembre de 2019, asunto C-450/2018, es obligatoria desde el día de su pronunciamiento.

41 Cfr. STSJ Aragón 16 noviembre 2021 (AS 2022, 18).

Cfr. Hernández Vitoria, M.ª J., "Titularidad y efectos económicos del complemento de maternidad por aportación demográfica de la LGSS", cit.

42 Cfr. SSTSJ Aragón 22 octubre 2021 (JUR 2022, 3592).

Llegando a igual conclusión SSTSJ Cantabria 27 septiembre y 26 noviembre 2021 (AS 2021, 1799 y JUR 2021, 380515).

43 Cfr. SSTSJ Castilla y León (Burgos) 10 noviembre 2021 (JUR 2022, 3760) y Valladolid 18 marzo 2022 (ECLI:ES:TSJCL:2022:1109) y Cantabria 15 marzo 2022 (ECLI:ES:TSJCANT:2022:264).

Cfr. Hernández Vitoria, M.ª J., "Titularidad y efectos económicos del complemento de maternidad por aportación demográfica de la LGSS", cit., aportando distintas argumentaciones para la no aplicación de ese precepto legal.

44 Cfr. STSJ Asturias 5 octubre 2021 (JUR 2021, 3788803).

EL COMPLEMENTO POR MATERNIDAD: REFLEXIONES SOBRE SU RETROACTIVIDAD

b. No puede estarse a la fecha en la que se produjo su publicación en el DOUE en tanto que la referencia al artículo 32.6 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, se atiene al campo de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, plano ajeno a la cuestión litigiosa del complemento prestacional.

c. La doctrina reiterada del TJUE señala que la interpretación que el mismo efectúa de una norma de Derecho de la Unión no es óbice para que la norma que ha sido interpretada pueda y deba ser aplicada por el juez a las relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de que se haya pronunciado la sentencia en cuestión.

Solo excepcionalmente puede el Tribunal de Justicia, en aras del principio general de seguridad jurídica, limitar la posibilidad de retroactividad de los efectos de las sentencias.

d. La interpretación de los órganos judiciales nacionales ha de ser compatible con los objetivos perseguidos por la Directiva.

Y concluye que “la referida interpretación conforme conduciría, correlativamente, a situar el momento de producción de las consecuencias jurídicas anudadas a la prestación debatida en un tiempo anterior al arriba señalado, a una retroacción al nacimiento mismo de la norma y consecuente acaecimiento del hecho causante —efectos *ex tunc*—, dado que debía ser entendida y aplicada en el sentido desarrollado por el TJUE, que ninguna limitación temporal dispuso en su pronunciamiento”.

No obstante, dadas las características singulares de los recursos interpuestos por las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, los asuntos inicialmente resueltos limitaban a los tres meses anteriores a la fecha de la presentación de la solicitud los efectos del complemento de maternidad por aportación demográfica para el pensionista⁴⁵.

A finales del mes de mayo el Tribunal Supremo ha reiterado su doctrina, arguyendo que el reconocimiento del complemento de maternidad por aportación demográfica “producirá efectos desde la fecha del hecho causante de la pensión de jubilación siempre que se cumplan los restantes requisitos exigidos por la redacción original del art. 60 de la LGSS”⁴⁶.

45 Cfr. SSTs 17 febrero 2022 (2) (ECLI:ES:TS:2022:621 y ECLI:ES:TS:2022:622).

46 Cfr. STS 30 mayo 2022 (JUR 2022, 192210).

Elo ha dado lugar a la Instrucción 5/2022, de 7 de junio de 2022, complementaria de las instrucciones 9/2021 y 1/2022, de la Dirección del Servicio Jurídico de la Administración de la Seguridad Social. Complemento de maternidad. Fecha de efectos. Doctrina de la Sala IV del Tribunal Supremo, en la que se dictan las siguientes pautas:

“PRIMERA: Se autoriza al Servicio Jurídico delegado actuante para allanarse a las demandas, de acuerdo con lo previsto en el artículo 85.7 de la LRJS, cuando la pretensión actuada en el acto del juicio se circunscriba a postular una fecha de efectos del complemento de maternidad en los términos y con el alcance de la doctrina jurisprudencial sentada en la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo a la que se ha hecho referencia.

SEGUNDA: Se autoriza a los Servicios Jurídicos delegados provinciales para no anunciar e interponer recurso de suplicación y para desistir de los recursos de suplicación interpuestos contra las sentencias desfavorables en materia de complemento por maternidad instado por pensionistas hombres, en aquellos supuestos en los que la única causa de oposición esté constituida por la condición masculina del actor y los efectos económicos se ajusten a la doctrina jurisprudencial plasmada en la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo a las que se ha hecho referencia.

EL COMPLEMENTO POR MATERNIDAD: REFLEXIONES SOBRE SU RETROACTIVIDAD

Estos posicionamientos jurisprudenciales ya tienen eco en los tribunales menores que retrotraen los efectos económicos del complemento de maternidad, según los casos, desde el reconocimiento de la pensión contributiva de la Seguridad Social o, si concurren ciertos condicionantes en el pleito planteado, desde los tres meses anteriores a la presentación de la solicitud⁴⁷.

Además, y por cuanto se observa una vulneración de un derecho fundamental de la entidad gestora que ha obligado a pleitear, reconocen una indemnización al demandante.

Con lo que surge una cuestión nueva en el debate⁴⁸, el monto de esta indemnización. Algunos tribunales fijan esta en la cuantía que se viene estableciendo como honorarios de letrado, con carácter general, cuando desestima un recurso, y que se establece en 600 euros⁴⁹.

A tal fin consideran que “dado efecto retroactivo al momento del reconocimiento de la pensión el perjuicio económico sufrido no es sino el retraso en la percepción. Los perjuicios sufridos en consecuencia son los morales, con la necesidad de acudir a juicio para obtener la tutela de los derechos”⁵⁰.

6. SIN OPCIÓN A LA RETROACTIVIDAD

Una cuestión que someramente ha sido anunciada en las páginas precedentes y que adquiere especial protagonismo en los tiempos actuales pudiendo hacer desmoronar la construcción hasta ahora realizada es la relativa a si el complemento por maternidad constituye una prestación unitaria y, por tanto, reconocible solo a uno de los progenitores por su aportación demográfica o si, por el contrario, es factible su concesión a ambos progenitores (como han venido reconociendo mayoritariamente los tribunales ante las solicitudes en masa protagonizadas por varones).

TERCERA: Se autoriza a los Servicios Jurídicos delegados provinciales para no preparar recurso de casación para la unificación de doctrina, y a los Servicios Jurídicos delegados centrales en el INSS y en el ISM para no interponer los recursos de casación para la unificación de doctrina ya preparados, así como para desistir de los interpuestos, en los supuestos a los que se refiere la Instrucción Segunda”.

Con anterioridad, los Autos del Tribunal Supremo inadmitiendo los recursos de casación para la unificación de doctrina interpuestos se han sucedido. Cfr. AATS 26 y 27 abril –dos–, 11 –dos–, 17, 24 –cuatro– y 31 mayo 2022 –tres– (JUR 2022, 167824, 157154 y 156892, 167908 y 181656, 192107, 201999, 203513, 204069 y 208981, 202878, 209828 y 210218).

47 Cfr. SSTSJ Castilla y León (Valladolid) 23 marzo 2022 (ECLI:ES:TSJCL:2022:1214) y Galicia 22, 23 y 25 marzo 2022 (ECLI:ES:TSJGAL:2022:2204, ECLI:ES:TSJGAL:2022:2080 y ECLI:ES:TSJGAL:2022:2184).

48 Como ya apuntara Hernández Vitoria, M.ª J., “Titularidad y efectos económicos del complemento de maternidad por aportación demográfica de la LGSS”, cit., lejos estaba el legislador de imaginar la polvareda jurídica que iba a levantar el establecimiento del complemento por maternidad, generador presente y futuro de una muy amplia problemática.

49 Cfr. STSJ Castilla y León (Valladolid) 28 marzo 2022 (ECLI:ES:TSJCL:2022:1243).

50 Cfr. STSJ Castilla y León (Valladolid) 28 marzo 2022 (ECLI:ES:TSJCL:2022:1243).

EL COMPLEMENTO POR MATERNIDAD: REFLEXIONES SOBRE SU RETROACTIVIDAD

En otros términos, ya no se adentra el debate jurídico en la discriminación por razón de sexo de los eventuales beneficiarios varones sino si habiéndose reconocido previamente el complemento a la madre puede lucrarlo también el padre en atención a los mismos sujetos causantes: los hijos por naturaleza o adopción. Aspecto que, lógicamente, condiciona la institución de la retroactividad.

De nuevo los Tribunales Superiores de Justicia ofrecen respuestas contrarias.

Así, en primer lugar, se sostiene el carácter unitario de la prestación con los siguientes argumentos⁵¹:

- a. La regulación originaria del complemento de pensión por maternidad lleva a sostener que el legislador no contemplaba la posibilidad de reconocer un complemento a cada uno de los progenitores. Su finalidad, la reducción de la brecha de género, corrobora esta interpretación.
- b. Ello lleva a adjetivar como “ilógico” que la norma debía de haber contemplado la incompatibilidad del reconocimiento a ambos progenitores.
- c. El fallo del TJUE no altera la naturaleza unitaria del complemento deducida de su finalidad. Los hijos no pueden generar más de un complemento de pensión.
- d. La denegación del complemento no es porque el solicitante sea varón, sino en tanto que lo solicita en atención a unos hijos que ya causaron el derecho al complemento reconocido con anterioridad a la madre siendo un complemento único.
- e. El pronunciamiento comunitario implica “que no puede excluirse a los hombres, en atención a su sexo, del derecho al complemento cuando están en idéntica situación que las mujeres. Ello no determina que reconocido el complemento a la madre pueda también reconocerse después al padre por los mismos hijos ni impide que reuniendo ambos progenitores los requisitos para lucrar el complemento se mantenga el del primer progenitor que lo solicitó y obtuvo y se deniegue el solicitado después por el otro progenitor”.
- f. La actual regulación del complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género avala esta postura.

En sentido contrario, esto es, abogando por el reconocimiento a ambos progenitores se argumenta⁵²:

- a. La doctrina del Tribunal Europeo, que establece que el complemento por maternidad también debe reconocerse a los padres que cumplan los requisitos legales.

51 Cfr. STSJ Extremadura 24 marzo 2022 (ECLI:ES:TSJEXT:2022:329).

52 Cfr. SSTSJ Cantabria 18 febrero y 4 y 15 marzo 2022 (ECLI:ES:TSJCANT:2022:150, ECLI:ES:TSJCANT:2022:251 y ECLI:ES:TSJCANT:2022:263).

- b. “El hecho de que se reconozca al hombre, y que, por ser único, para la mujer, en la legislación anterior, no se estableciera ninguna forma de incompatibilidad, no impide, como es lógico, la efectividad respecto de la mujer, impidiendo su reconocimiento o comprometiendo el ya reconocido, porque de entenderse de esta forma, se estaría vulnerando la efectividad misma de la institución y los principios que la sustentan”.
- c. Negar el complemento a la mujer, o suprimirlo por reconocerse al esposo, supondría defraudar las finalidades del complemento.
- d. La nueva regulación del complemento refuerza el carácter unitario, no contemplada previamente.
- e. El requisito de la unicidad del complemento no está en la norma sujeta a interpretación⁵³.

7. UN BREVE EPÍLOGO

El loable fin perseguido con la implantación del complemento de maternidad por aportación demográfica, la reducción de la brecha de género en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social, ha quedado plenamente desbaratado ante una configuración que se ha demostrado errática en varios frentes. El reconocimiento del complemento al colectivo masculino tras los pronunciamientos de los tribunales no hará más que acrecer (aunque se trate de un espacio temporal limitado tras la modificación normativa llevada a cabo a comienzos del año 2021) la distancia entre colectivos frente a la que se luchaba sin que en algunos o muchos de los supuestos planteados aquel haya tenido un papel activo en la crianza, la educación, la atención de los menores.

La acción legislativa debe centrarse, por ello y de modo mayoritario, en la regulación de las condiciones laborales levantando el velo frente a situaciones discriminatorias que reproducen sus efectos en el campo de las prestaciones de la Seguridad Social. Que a su vez debe ser complementada con medidas dirigidas a paliar los resultados ante escenarios que resultan de todo punto reconducibles en origen. Pero ante tales circunstancias debe primar la atención del menor, siendo el aspecto a restaurar el perjuicio causado en las carreras laborales de aquellos progenitores que acrediten el cuidado de sus descendientes (y en un futuro deseable también de los ascendientes).

Lo contrario da lugar a posicionamientos enfrentados origen de conflictividad y vuelta a empezar pese a la persecución de un fin plausible.

53 Cfr. STSJ Aragón 10 septiembre 2021 (JUR 2021, 374360).

Como ya se ha señalado, la nueva regulación del complemento para la reducción de la brecha de género en las pensiones no despeja las dudas sobre la posible lesión del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres⁵⁴.

8. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AA.VV. (Sánchez Trigueros, C., y Sempere Navarro, A. V., Dir.) *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Thomson & Aranzadi, Cizur Menor, 2008.
- AA.VV. (Hierro Hierro, F. J. y Kahale Carrillo, D. T., Coord. y Sánchez Trigueros, C., Dir.) *Un decenio de jurisprudencia laboral sobre la Ley de igualdad entre mujeres y hombres*, BOE, Madrid, 2018.
- AA.VV. (Chaves Carrillo, M., Dir.): *Percepción del acoso sexual en el ámbito laboral desde el punto de vista de las trabajadoras en Extremadura*, CCOO Extremadura, Badajoz, 2020.
- Ballester Pastor, M. A., "El comprometido complemento de pensiones por maternidad en España y su improbable acomodo a la normativa y jurisprudencia antidiscriminatoria de la Unión Europea", *Lex social: revista de los derechos sociales*, Vol. 6, núm. 1, 2016.
- Ballester Pastor, M. A., "El complemento de pensiones por maternidad: contradicciones, inadecuaciones y paradojas de la pretendida compensación a la contribución demográfica", en AA.VV. (Vicente Palacio, A., Coord.), *Estudios sobre Seguridad Social: libro homenaje al profesor José Ignacio García Ninet*, Atelier, Barcelona, 2017.
- CES, *Informe 05/2016. La participación laboral de las mujeres en España*, CES, Madrid, 2017.
- Cruz Villalón, J., "El complemento para la reducción de la brecha de género: una superación del embrollo", *RDSS. Laborum*, núm. 28, 2021.
- De la Flor Fernández, M.L., "Reflexiones en torno a la pensión de jubilación desde una óptica de género: el nuevo complemento por maternidad", *RDS*, núm. 76, 2016.
- Gala Durán, C., "El nuevo complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género: ¿lo que mal empieza, mal acaba?", *TL*, núm. 158, 2021.
- Gallego Losada, R., "El complemento de maternidad: una medida discutible para cerrar la brecha de género de las pensiones", *RTySS (CEF)*, núm. 403, 2016.

54 Cfr. Hernández Vitoria, M.ª J., "Titularidad y efectos económicos del complemento de maternidad por aportación demográfica de la LGSS", cit., y de manera extensa, Gala Durán, C., "El nuevo complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género: ¿lo que mal empieza, mal acaba?", cit., págs. 153 y ss., quien advierte que el problema principal al que se enfrenta el nuevo complemento para la reducción de la brecha de género es "que puede no cumplir algunos de los parámetros fijados por la doctrina del TJUE en torno a medidas semejantes en los últimos veinte años. Doctrina que, como veremos a continuación, se ha pronunciado claramente a favor de eliminar las normas que atribuyen exclusivamente a las madres determinados beneficios o ventajas relacionados con el cuidado de los hijos. La tendencia es, pues, la atribución indistinta de permisos, beneficios y medidas relativas al cuidado de los hijos en favor de madres y padres".

EL COMPLEMENTO POR MATERNIDAD: REFLEXIONES SOBRE SU RETROACTIVIDAD

- García Romero, B., "Complemento por maternidad de las pensiones y jubilación anticipada", AA.VV. (Sánchez Trigueros, C. y Arias Domínguez, A. Coord. y Alonso Olea, M., Montoya Melgar, A., y Sempere Navarro, A. V. Dir.) *Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social*, Tomo XXXVI: (2015-2018), Thomson Reuters&Aranzadi, Cizur Menor, 2019.
- García Romero, B., "Efectos económicos del reconocimiento al pensionista varón del complemento de pensión por aportación demográfica en aplicación de la jurisprudencia comunitaria", *REDT*, núm. 253, 2022.
- Grau Pineda, C., *La brecha de las pensiones en España*, Bomarzo, Albacete, 2021.
- Grau Pineda, C., "Las nuevas recomendaciones del Pacto de Toledo 2020 para combatir la brecha de las pensiones" en AA.VV. (Hierro Hierro, F. J., Dir., y Coord.), *Perspectivas jurídicas y económicas del «Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo» (2020)*, Thomson Reuters&Aranzadi, Cizur Menor, 2021.
- Hernández Vitoria, M.J., "Titularidad y efectos económicos del complemento de maternidad por aportación demográfica de la LGSS", *REDT*, núm. 249, 2022.
- Maldonado Molina, J.A., "Fecha de efectos del complemento por maternidad (al varón). Una revisión de doctrina judicial", *RTSS (CEF)*, núm. 466, 2022.
- Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones: *Informe económico-financiero a los presupuestos de la Seguridad Social de 2021. Tomo III*, Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, Madrid, 2020.
- Ministerio de Trabajo y Economía Social: *La situación de las mujeres en el mercado de trabajo*, MITES, Madrid, 2021.
- Molina Navarrate, C., "Brecha de género en pensiones, complemento por maternidad y varón (viudo o no) discriminado: ¿el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no cree en juzgar con perspectiva de género? Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2019, asunto C-450/18", *RTySS (CEF)*, núm. 445, 2020.
- Monereo Pérez, J. L., y Rodríguez Iniesta, G., "Un nuevo desencuentro de las prestaciones de la Seguridad Social Española con los Tribunales Europeos: El complemento por maternidad en las pensiones no debe ser solo para las mujeres (A propósito de la STJUE de 12 diciembre de 2019, recaída en el asunto C-450/18, Igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social)", *RDSS. Laborum*, núm. 22, 2020.
- Moreno Romero, F., "La anómala situación del complemento por maternidad y su impacto en el sistema de pensiones: Apunte sobre su reforma por Real Decreto Ley 3/2021", *RGDTySS*, núm. 58, 2021.
- OIT, *Equality at work: The continuing challenge. Global Report under the follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work*, OIT, Ginebra, 2011.
- Paredes Rodríguez, J. M., "Complemento para la reducción de la brecha de género en las pensiones: interrogantes y valoración", *REDT*, núm. 244, 2021.
- Poyato Matas, G., "De la ética del cuidado feminizada a la ética del cuidado humanizada. A propósito de la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias respecto al "complemento por maternidad"", *RTySS (CEF)*, núm. 431, 2019.
- Reyes Barroso, M. R., "Padres corresponsables ¿discriminados? o una interpretación restrictiva e ignorante de la realidad social", *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 6, 2020.
- Rivas Vallejo, M. P., "La sobreprotección por el TJUE de los padres cuidadores que fueron excluidos del complemento de maternidad., STJUE (Sala Primera) de 12 de diciembre de 2019 (asunto C-450/18)", *RJL*, núm. 1, 2020.
- Rodríguez Cardo, I. A., "El nuevo complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social: puntos críticos (I y II)", *TyD*, núms. 16 y 17, 2016.

EL COMPLEMENTO POR MATERNIDAD: REFLEXIONES SOBRE SU RETROACTIVIDAD

Vicente Palacio, M. A., "Sobre el carácter discriminatorio del complemento por maternidad (de nuevo sobre la diferencia entre sexo y género)", *RJL*, núm. 4, 2020.

Vida Fernández, R., "Extensión del reconocimiento del complemento de pensión para los padres con dos o más hijos, beneficiarios de pensiones contributivas de la seguridad social: ¿punto final a una medida mal planteada pero necesaria frente a la brecha de género en las pensiones?", *TL*, núm. 152, 2020.

NUEVOS PARADIGMAS PARA LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJO EN LA ERA TECNOLÓGICA*

NEW PARADIGMS FOR FUNDAMENTAL LABOUR RIGHTS IN THE TECHNOLOGICAL AGE

Marina Fernández Ramírez

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Málaga

mfernandezr@uma.es ORCID [0000-0001-7553-1234](https://orcid.org/0000-0001-7553-1234)

Recepción de trabajo: 11-07-2022 - Aceptación: 17-07-2022 - Publicado: 21-07-2022

Páginas: 181-204

- 1. PLANTEAMIENTO INTRODUCTORIO. ■ 2. ANÁLISIS PROSPECTIVO PARA PARA REDIMENSIONAR LOS NUEVOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJO. 2.1. Compromiso y voluntad política para transformar y ampliar la protección de los Derechos Fundamentales laborales. 2.2. Hacer del humanismo tecnológico el fundamento axiológico de estos derechos y una prioridad legislativa. 2.3. Aquilatar normativamente los Derechos Fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes de control del empresario. 2.4. Perder el miedo a crear estructuras jurídicas nuevas adaptadas a la realidad tecnológica. 2.5. Potenciar el papel del sindicalismo y la negociación colectiva. 2.6. Necesidad de construir un espacio jurídico global de los Derechos Fundamentales laborales. ■ 3. CONCLUSIONES FINALES. ■ 4. BIBLIOGRAFÍA.

* Esta obra se enmarca en el contexto de los siguientes proyectos de investigación:

- Grupo PAIDI SEJ-347 "Políticas de Empleo, Igualdad e Inclusión Social".
- Proyecto Autonómico de I+D+i "Las nuevas tecnologías y el impacto en el ámbito laboral y de la seguridad social: el impacto socio-económico de la economía digital" (UMA18 FEDERJA 028).
- Proyecto Autonómico de I+D+i "Los mayores en el contexto del empleo y la protección social: un reto para el crecimiento y desarrollo económico" (P18-RT-2585).

RESUMEN

Los nuevos avances tecnológicos no solo han introducido cambios en los planos jurídico, social y político de nuestras vidas como ciudadanos, sino también, nuevas amenazas en el mundo de los derechos fundamentales de los trabajadores. Dichas acciones cobran un cierto carácter de invisibilidad frente al escrutinio público y, por tanto, la aparente inmaterialidad de los ataques precisa nuevas formas de análisis que obligan a transformar y ampliar la protección de tales derechos. Tratándose de derechos fundamentales, es el momento de identificar cuál es la forma más segura de garantizarlos, de utilizar la tecnología como motor de democratización y promoción de estos derechos, aunque ello suponga poner en jaque a los Estados y al sistema judicial. En esta lucha, el Estado ha desempeñado y desempeña un papel clave, que debería potenciarse a través de integraciones supranacionales, creando amplios espacios políticos y democráticos globales de protección de estos derechos. Una protección, que es más necesaria que nunca.

PALABRAS CLAVE: nueva era, derechos fundamentales laborales, tecnología, retos, cambios normativos.

ABSTRACT

New technological developments have not only introduced changes in the legal, social and political spheres of our lives as citizens, but also new threats in the world of workers' fundamental rights. Such actions become somewhat invisible to public scrutiny, and therefore the apparent immateriality of the attacks calls for new forms of analysis that require the protection of these rights to be transformed and expanded. When it comes to fundamental rights, it is time to identify the safest way to guarantee them, to use technology as an engine for the democratisation and promotion of these rights, even if this means putting states and the judicial system in check. In this struggle, the state has played and continues to play a key role, which should be strengthened through supranational integration, creating broad global political and democratic spaces for the protection of these rights. This protection is more necessary than ever.

KEYWORDS: new era, fundamental labor rights, technology, challenges, regulatory changes.

1. PLANTEAMIENTO INTRODUCTORIO

El trabajo es condición humana¹. E igual que ayer, hablar hoy de los derechos de los trabajadores es también hacerlo sobre derechos humanos, dado que la existencia plena de aquellos, no deja de pertenecer al ámbito axiológico², al mundo de los valores, la ética y la moral. Fue sobre esta premisa, sobre la que el denominado “Derecho al Trabajo”, provocó la aparición de un catálogo de derechos humanos también conocidos como derechos humanos laborales, inherentes al sujeto por el sólo hecho de ser persona y trabajar. Aun antes de que existieran las Naciones Unidas o se redactara la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ya elaboraba y aplicaba una extensa variedad de normas provenientes de Declaraciones relacionadas con derechos en el trabajo (o derechos laborales)³. Como resultado de una centuria de constantes sacrificios a nivel internacional y nacional, liderados por las iniciativas de los trabajadores de diversos países, las normas sobre Derechos Humanos (DDHH) relacionadas con el Trabajo están muy desarrolladas.

En el orden comunitario, fundado mediante tratados internacionales, también se utiliza la expresión “derechos fundamentales” (DDFF), que incluye, explícitamente en ellos, derechos económicos, sociales y culturales, sin distinción alguna. Por lo tanto, en este caso, el uso de la expresión “derechos fundamentales” demuestra que este término no es propio del ámbito interno de los Estados, ni coto reservado al derecho constitucional, y que el término “derechos fundamentales” no es la manifestación jurídica de meras aspiraciones éticas, como se dice que pueden ser los DDHH, y, finalmente, que los DDFF no son los derechos humanos positivados en la Constitución y garantizados judicialmente.

Es más, en el ámbito de la UE, el uso de la expresión “derechos fundamentales” demuestra que es un concepto amplio, intercambiable o sinónimo de los DDHH, ambos conceptos equivalentes en valor e igualmente jurídicos. Son materialmente idénticos y se distinguen sólo por su soporte normativo y los rasgos jurídicos propios de constituciones frente a tratados y convenios internacionales⁴. Y aunque el debate no es pacífico⁵, pensamos que este antecedente sirve para reforzar el argumento en torno a la necesidad de suprimir la distinción, muy vigente en América Latina, entre DDFF y DDHH⁶.

1 Höffe, O., *Ciudadano Económico, Ciudadano del Estado, Ciudadano del Mundo. Ética política en la era de la globalización*, Buenos Aires, Katz, 2007, pág. 21.

2 Gámez Jiménez, J. M., “Una reflexión teórica sobre el derecho del trabajo”, *Revista de información laboral*, Núm. 5, 2017, págs. 59-76.

3 Conferencia Internacional del trabajo: “Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento”, junio-1998.

4 Preciado Doménech, C. H., *Teoría general de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo*, ed. Aranzadi, 2018.

5 A favor de la distinción, Peces-Barba Martínez, G., *Curso de Derechos Fundamentales*, Universidad Carlos III de Madrid Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999, págs. 36 y ss; Robles Morchón, G., *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, Ed. Civitas, S.A., Madrid, 1997, págs. 20 y ss; Monereo Pérez, J. L., *La protección de los Derechos Fundamentales. El modelo europeo*, ed. Bomarzo, 2009, págs. 20 y sgs.

6 Aguilar Cavallo, G., “Derechos fundamentales-derechos humanos. ¿Una distinción válida en el siglo XXI?”, *Boletín mexicano de derecho comparado*, vol.43 no.127, ene./abr. 2010.

Como ya defendiera Bobbio⁷, la cuestión de los derechos humanos en nuestro tiempo no es la de su fundamentación, sino la de su protección y, por tanto, centrado este primer debate, lo que importa señalar es que hoy, las normas sobre Derechos Humanos relacionadas con el trabajo exigen ser redimensionadas para ser útiles a su objetivo de protección. Cuando revisamos estos derechos en el mercado laboral comprobamos que, no solo no hemos logrado llegar a la efectividad de un marco normativo real en las condiciones de trabajo, sino que están más amenazados que nunca. Ya en su "Informe 2008: El estado de los derechos humanos en el mundo"⁸, Amnistía Internacional planteaba a todos los gobiernos el doble desafío de pedir disculpas por seis décadas de fracaso en derechos humanos y de renovar su compromiso para obrar mejoras concretas. Mientras que el mismo Informe 2017/18, señalaba: "La batalla por los derechos humanos nunca se gana de forma definitiva en ningún lugar ni en ningún momento. Las fronteras cambian continuamente, por lo que nunca puede haber margen para la autocomplacencia. Probablemente nunca haya sido este hecho tan evidente en la historia de los derechos humanos".

Asistimos a un cambio turbulento de época que no solo resetea a las anteriores, sino que lo hace generando desafíos sin precedentes para el mundo del trabajo y poniendo en jaque al pensamiento iuslaboralista. Ya no es posible hablar de futuro sin hablar de digitalización. De modo que todas y cada una de las tendencias mundiales que vive nuestro planeta, desde la globalización al cambio climático, y desde la transición tecnológica a los flujos migratorios y los cambios demográficos tienen una relación, ya sea causal, aplicativa o modificativa, directa o indirecta, con el proceso de transformación tecnológica.

Un factor determinante es la velocidad y amplitud del impacto de las nuevas tecnologías, infinitamente mayor que en anteriores revoluciones industriales, hasta el punto de que ya no podemos seguir hablando de revolución, transformación o transición digital⁹. Ahora, vivimos bajo una auténtica "consumación digital", que ha dejado atrás la transición y ha hecho de la revolución tecnológica el nuevo *statu quo*. Pensemos que las libertades analógicas se han convertido, en experiencias básicamente digitales. Es más, una parte sustancial de nuestra identidad, es también digital. Un repositorio de información sobre nuestras profundidades psíquicas, fruto de la exposición voluntaria de nuestra privacidad, que allana el camino a las empresas y les atribuye capacidades extraordinarias de vigilancia y seguimiento de nuestra identidad¹⁰, fortaleciendo su estructura panóptica¹¹ y multi-

7 Bobbio, N., *El problema de la guerra y la vía de la paz*. Barcelona: Gedisa, 1992.

8 Recuperado de: <https://www.amnesty.org/download/Documents/56000/pol100012008es.pdf>.

9 Así lo califica el gran pensador vienés Polanyi, K., *La gran transformación: crítica del liberalismo económico* (Ensayo), 1944, ed. Fondo de Cultura Económica; 3ª edición, 2018; en la misma línea, Pérez Luño, A. E., "El derecho ante las nuevas tecnologías", *Revista el Notario del siglo XXI*, n. 41, 2012, pág. 14.

10 García Salas, A. I., *Necesidades empresariales y derechos fundamentales de los trabajadores*, Madrid, Lex Nova, 2016, pág. 15.

11 García Jiménez, R., "El panoptismo: nuevas formas de control social", en *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, 2009. (Consultar en: <http://www.eumed.net/rev/cccss/06/rgj2.htm>).

plicando, exponencialmente, las posibilidades de limitar e incluso anular nuestros derechos fundamentales como trabajadores¹². Por lo tanto, el desafío ahora es saber cómo gestionar este escenario y conforme a qué reglas.

Hoy, la alianza entre tecnociencia y empresa, imprime un inusitado sesgo de normalidad a eventuales transgresiones de los derechos fundamentales de los trabajadores y supone una lamentable vuelta al pasado, una clara regresión que engrosa el casuismo sobre la nueva esclavitud del siglo XXI, pero desde una perspectiva mucho más sofisticada y difusa¹³. Y aunque la primera irrupción real de la tecnología en la normativa del derecho laboral está vinculada con la protección de datos de los trabajadores, la onda expansiva llega más lejos, abarcando la puesta en peligro de otros derechos fundamentales como la dignidad, el secreto de las comunicaciones, el derecho al honor y a la propia imagen o la libertad ideológica, religiosa o de conciencia¹⁴. E igualmente, y en tanto que pueden tener conexión con el ejercicio de esas facultades de control, sería preciso referirse a la prohibición de discriminación, extendida a la igualdad de trato cuando el empleador es un poder público, la libertad de información y de expresión, la libertad sindical, así como el derecho de huelga, por sólo citar los más directamente involucrados¹⁵.

Asistimos por todo ello a un “renacimiento” de la puesta en escena de los derechos fundamentales como respuesta al fenómeno de la denominada “contaminación de las libertades”¹⁶. Un contexto vital de cambios rápidos e impredecibles que entraña para los trabajadores una mayor vulnerabilidad y en los que el núcleo de protección, constituido por estos derechos fundamentales, es considerado como la única estructura estable de ordenación de las relaciones de trabajo¹⁷.

La situación impele pues, al pensamiento jurídico y a los Estados, interna y globalmente, a diseñar nuevos instrumentos de análisis y marcos conceptuales y normativos para adaptarse con rapidez a

12 Situación que la doctrina viene señalando desde hace décadas. Nos remitimos a un especialista en esta materia como Goñi Sein, J. L., *El respeto a la esfera privada del trabajador: un estudio sobre los límites del poder de control empresarial*, ed. Civitas, 1988. Desde una óptica más actual, cfr. Vidal Jiménez, R., “El nuevo —panóptico— multidireccional: normalización consumista y espectáculo”. *Culturales* vol. 2, núm.1 Mexicali ene/jun, 2014, pág.187.

13 Fernández Ramírez, M., *El derecho del trabajador a la autodeterminación informativa en el marco de la actual empresa “neopanóptica”*, Aranzadi, 2021, pág. 22.

14 Sagardoy y Bengoechea, J. A., *Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo*, Cizur Menor (Navarra), Civitas, 2005, págs. 67-71; Goñi Sein, J. L., “Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral individual: ¿Necesidad de una reformulación?” en *VVAA: Los Derechos Fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social*, Ediciones Cinca, Madrid, 2014, pág. 21 y sgs.

15 Cfr. Cruz Villalón, J., “Las facultades de control del empleador ante los cambios organizativos y tecnológicos”. *Temas laborales*, núm. 150, 2019, pág. 19; Segoviano Astaburuaga, M. L., “El difícil equilibrio entre el poder de dirección del empresario y los Derechos Fundamentales de los trabajadores”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 2, 2004, pág. 151.

16 Pérez Luño, A. E., “Los derechos humanos en la sociedad tecnológica”, en Losano, M. *et alr*, *Libertad informática y leyes de protección de datos*, Centro Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pág. 147.

17 Goñi Sein, J. L., “Los derechos fundamentales inespecíficos...”, *op. cit.*, pág. 2; Bustamante Dona, J., “Hacia la cuarta generación de Derechos Humanos: repensando la condición humana en la sociedad tecnológica”, *Revista Iberoamericana de ciencia, tecnología, sociedad e innovación*, nº 1, 2001, pág. 7 y sgs.

las exigencias de esta sociedad convulsa en la que, el lugar de trabajo, se fragmenta, se fisura¹⁸ y en la que, los derechos y deberes de los diferentes actores en el mundo laboral se diluyen. No sólo por las cambiantes formas de trabajo y de prestación de la actividad, sino también por la convergencia entre lo profesional y lo personal¹⁹.

Precisamente nuestro propósito con este trabajo, no es sólo poner de relieve esta realidad, sino que, partiendo de ella, queremos aportar nuestra visión en torno a cuáles podrían ser las claves para construir los estándares mínimos internacionales de un “Derecho humano laboral”, tan necesario en un mundo globalizado.

2. ANÁLISIS PROSPECTIVO PARA PARA REDIMENSIONAR LOS NUEVOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJO

La prospectiva anticipa potenciales escenarios que se desarrollarán en el porvenir. A partir de dicha anticipación, permite realizar una planificación que posibilita actuar en sintonía con aquello que, en teoría, va a ocurrir. Su premisa principal se basa en que el futuro no sucede ciegamente, sino que depende de la acción del hombre. Por esta razón, la prospectiva se convierte en una herramienta fundamental de planeación, que además de dilucidar el futuro, permite orientar las acciones humanas que conducirán a la realización del mismo²⁰. En el contexto actual, pensar críticamente sobre ese “futuro” comienza a ser tan urgente porque el progreso promete reescribirlo, sometiéndonos a la inseguridad y a la falta de derechos y libertades si no se introducen nuevas reglas.

Que las nuevas tecnologías impliquen una alteración del tipo de trabajo que las organizaciones empresariales requieren, es un hecho consolidado y tan cierto como que, este fenómeno, está provocando la desaparición de las “regularidades” que han caracterizado el trabajo desde la primera revolución industrial²¹. Asistimos a una “metamorfosis del trabajo” que parece derribar radicalmente el paradigma anterior²². En las empresas, las promesas de autonomía y responsabilidad han dado paso a reno-

18 Weil, D., *The Fissured Workplace: Why Work Became So Bad for So Many and What Can Be Done to Improve It*, ed. Harvard University, 2014.

19 Vega Ruiz, M. L., “Revolución digital, trabajo y derechos: el gran reto para el futuro del trabajo”, *IUSLabor* n° 2, 2019, pág. 157.

20 Alexandra V. Cely B., “Metodología de los escenarios para estudios prospectivos”, en *Ingeniería e Investigación*, N° 44, 1999, pág. 26.

21 Goerlich Peset, J. M., “Revolución tecnológica y futuro del empleo. Reflexiones de un jurista del trabajo”, *Comisión Episcopal de Pastoral Social. La técnica al servicio del desarrollo humano integral. XXIV Curso de formación en Doctrina Social de la Iglesia Mesa redonda Madrid, 12 septiembre, 2017*, págs. 1-5. (<http://www.instituto-social-leonxiii.org>). pág. 2; en la misma línea, cfr. OIT, Resumen ejecutivo, 2015, pág. 3.

22 Monereo Pérez, J., “Transformaciones del trabajo y futuro del derecho de trabajo en la “era de la flexibilidad”, en *Revista Derecho del Trabajo*, N° 10, La Ley, Montevideo, enero/marzo, 2016, pág. 41.

vados instrumentos de control y disciplina sobre el trabajo y el tiempo, particularmente estresantes para las personas. Hemos pasado del predominio de la justicia social y la protección social (Estado del Bienestar), a una sociedad en la que los Estados tan solo impulsan la mercantilización (*workfare state*).

En suma, el contrato tradicional que sostuvo la economía de mercado y el Estado social de la posguerra está agotado, roto²³ y, por tanto, necesitamos un contrato social para el siglo XXI que implique a toda la sociedad haciendo un esfuerzo colectivo para mejorar el bienestar, consolidar la cohesión social y reducir las desigualdades. Precisamos pues, encontrar nuevos escenarios para el futuro del trabajo que satisfaga las expectativas que, sobre él, tenemos depositadas²⁴. Un Derecho del Trabajo con categorías conceptuales y fórmulas interpretativas diferentes, en el marco de un nuevo modelo de contrato social actualizado y ajustado a las reglas de un sistema de mercado global económicamente eficiente, ecológicamente sostenible, políticamente democrático y socialmente justo²⁵. Por tanto, estamos en un momento histórico convulso, en el que el uso de la tecnología plantea interrogantes diversos en temas esenciales ligados a los derechos humanos, pero también a la justicia social, la igualdad, la necesidad de un nuevo contrato social sustentado en pautas éticas y el planteamiento de hacia qué prototipo de Derecho del Trabajo queremos ir²⁶.

A mayor abundamiento, la búsqueda de soluciones normativas se desarrolla en un contexto extraordinariamente complejo y con un atrezo nada sugerente. Falta de cultura jurídico-tecnológica previa en la materia, avance sin precedentes de la sociedad de la información y la comunicación por definición más célere que el propio Derecho, cambios de criterio significativos en el marco de una intervención judicial multinivel (Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas —TJUE— y Europeo de Derechos Humanos —TEDH—), grandes dosis de inseguridad jurídica para los destinatarios por tratarse de derechos que cuentan con una importante carga interpretativa en su aplicación²⁷, y búsqueda de soluciones a problemas genuinamente laborales mediante la aprobación de cuerpos normativos genéricos.

Pese a ello, considerando que esta época histórica no puede compararse con ninguna otra vivida por la humanidad, las medidas legislativas que pudiéramos adoptar, han de ser igualmente excepcionales. Ya no nos sirve un marco legal cualquiera, sino aquel, en el que la digitalización y la tecnociencia sirvan para crear nuevas oportunidades de crecimiento y desarrollo, pero no para convertir la vida cotidiana en la materialización de cuanto no hace mucho aún eran consideradas distopías

23 Merton, R. K., "The Matthew Effect in Science"; *Science* 159 (3810), 1968, págs. 56-63. Lo que el sociólogo Robert Merton ha denominado "el efecto Mateo": "Al que más tiene, más se le dará, y al que menos tiene se le quitará para dárselo al que más tiene". Se inaugura así la era de la desigualdad y se olvidan las principales lecciones que sacó la humanidad de ese periodo negro de 3 décadas (1914-1945).

24 Méda, D., "Tres escenarios para el futuro del trabajo", *Revista: Pasos a la izquierda*, Nº 11, 2018, pág. 2.

25 Vid. Asamblea General de la ONU, "Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible", 2015.

26 Goerlich Peset, J. M., "Revolución tecnológica y futuro...", *opág. cit.*, págs. 4 y 5; en el mismo sentido, Vega Ruiz, M. L., "Revolución digital, trabajo y derechos: el gran reto para el futuro del trabajo", *IUSLabor* 2, 2019, pág. 156.

27 Aguilar del Castillo, M. C., "La protección de datos entre el contenido constitucional y su contenido legal", *Labour y Law Issues*, vol. 2, núm. 1, 2016, pág. 42.

literarias. Cuando celebramos treinta años del lanzamiento de la World Wide Web (WWW), en un momento en el que conceptos como “inteligencia artificial” o “machine learning” tienen cada vez más peso en los debates de la sociedad, y cuando la humanidad está a las puertas de un nuevo salto evolutivo basado en las posibilidades de manipulación de sus genes y en las de la simbiosis hombre-máquina, parece inevitable repensar cuál es la relación entre el ser humano y la técnica.

Tratándose de amparar derechos fundamentales, lo expuesto justificaría sobradamente la obligación legislativa de establecer regulaciones normativas y técnicas que blinden la protección que, en un momento como el que vivimos, necesitan nuestros trabajadores en calidad de tales, creando para ello una legislación tecnológica “*ad hoc*”. Ahora bien, con este planteamiento de base, queremos hacer algunas consideraciones que nos parecen determinantes para preparar el camino y delimitar el encofrado jurídico dentro del que construir un catálogo de nuevos derechos fundamentales y garantías jurídicas (“ciberderechos”), que den forma a una ciudadanía digital, fundada sobre una “ciberdemocracia” que concilie tecnología con libertad. Precisamente, al hilo de ello, pondremos de manifiesto determinadas cuestiones estructurales que tendrían que abordarse para llevar a buen puerto tal iniciativa.

2.1. Compromiso y voluntad política para transformar y ampliar la protección de los Derechos Fundamentales laborales

El derecho no es algo inmutable, sino que evoluciona a lo largo del tiempo, es decir, que evoluciona junto con la historia de quienes lo crean debido a que, paralelamente a esa evolución, se van transformando las relaciones sociales que el derecho regula. Ello suscita problemas que hasta ese momento no se habían presentado y a los cuales el derecho debe dar respuestas, generando la urgencia de adaptar los derechos humanos a las nuevas realidades sociales, económicas, jurídicas y tecnológicas de los pueblos.

Pero además, el Derecho es un factor de cambio social²⁸, la función legislativa para ordenar el ámbito laboral es determinante. Las leyes han de respetar los derechos fundamentales, pero éstos son también lo que las leyes dicen que son, debiéndose distinguir a tales efectos entre definición y delimitación de derechos. La definición normativa del derecho es tarea que realiza prioritariamente la Constitución, mientras que la delimitación del derecho, en cuanto determinación del ámbito concreto en que aquél ha de desenvolverse, está llamada a efectuarse por el legislador²⁹.

Sin embargo, aunque quisiéramos pensar que sólo el vertiginoso y profundo cambio que ha producido la tecnología en nuestras vidas explicaría la falta de reacción legislativa en materia de DDFF laborales, nos engañaríamos.

28 Valverde Asencio, A. J., “Nueva concepción de un derecho del trabajo en proceso de constante cambio normativo”, *Crónica Jurídica Hispalense: revista de la Facultad de Derecho*, Núm. 12, 2014, págs. 341-377; Diéguez Méndez, Y., “El Derecho y su correlación con los cambios de la sociedad”, *Derecho y Cambio Social*, Año 8, Nº 23, 2011, pág. 19.

29 Jiménez Campo, J., “El legislador de los Derechos Fundamentales”, en VVAA.: *Estudios de Derecho Público en Homenaje a Ignacio de Otto*, Universidad de Oviedo, 1993, págs. 481 y 491 y sgs.

De un lado, y en el ámbito interno, porque la práctica constitucional casi generalizada manifiesta la descompensada estructura de los sistemas de derechos constitucionales, en el que los derechos de la persona, como ser individual y no político, poseen un peso proporcional más que reducido; ello revela la absoluta falta de sensibilidad colectiva, de profundas raíces históricas, hacia lo que el ciudadano de a pie es y representa³⁰.

De otro lado, y en el ámbito internacional, porque los derechos humanos se mueven entre la fragilidad de las normas internacionales, las recomendaciones de los comités encargados de su aplicación y la pasividad de los gobiernos ante el incumplimiento de los pactos y tratados internacionales. Un ejemplo palpable de lo que decimos lo vemos en el "Borrador Revisado del Tratado vinculante sobre empresas y derechos humanos"³¹ para empresas transnacionales, y que, publicado por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, nace con el objetivo de fortalecer, promover y proteger la implementación de los derechos humanos, asegurar a las víctimas el acceso efectivo a la justicia y al remedio, y avanzar en la cooperación internacional. Para ello, deberá fundamentarse en el reconocimiento de los estándares establecidos por el Derecho Internacional sobre Derechos Humanos, por la OMS y por la OIT, y deberá cubrir los derechos de los trabajadores, en particular los establecidos en la Declaración de la OIT sobre los Principios Fundamentales y Derechos en el trabajo.

Pues bien, las presiones de los lobbies empresariales y los cambios en la correlación de fuerzas a escala mundial han provocado que la UE haya boicoteado la primera sesión del grupo de trabajo en 2015 mientras que ahora, muestra una tibia apertura por el rumbo que está tomando el Tratado. La paradoja está servida, cuando, desde la propia Comisión Europea, se han emitido numerosas resoluciones en los últimos tiempos acerca de la necesidad de establecer un control referido al impacto de la actividad empresarial sobre los derechos humanos, muchas de las cuales señalan la urgencia de fijar un marco vinculante como el que ahora rechazan.

Es cierto que aprobar normas de calidad que superen el control de constitucionalidad, y que, además, estén a la altura de lo que la realidad social que ordenan demanda de ellas, no es en absoluto una tarea fácil. Más bien lo contrario. Por una parte, dada la complejidad que están alcanzando en la actualidad los ordenamientos jurídicos en general (internos y externos), como consecuencia de la ingente cantidad y cuestionable calidad de normas jurídicas que los integran; y, de otra, porque la nueva era en la que hemos entrado, caracterizada por la velocidad frenética, el cambio, la disrup-

30 Santamaría Pastor, J. A., "Sobre Derecho a la Intimidad, secretos y otras cuestiones innombrables", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año S. Núm. 15. septiembre-diciembre, 1985, pág. 179.

31 Grupo de Trabajo Intergubernamental de Composición Abierta sobre las Empresas Transnacionales y Otras Empresas Comerciales en material de Derechos Humanos (OEIGWG). (2019). "Proyecto revisado de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos". (vid: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/OEIGWG_RevisedDraft_LBI.pdf). OEIGWG. (2018). "Borrador Cero del Instrumento Jurídicamente vinculante para regular, en el marco del derecho internacional de los Derechos Humanos, las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas". (<https://www.StopCorporateimpunity.org/wp-content/uploads/2018/08/Borrador-Cero-SP-tradu%C3%A7%C3%A3o-oficosa-Campa%C3%B1a.pdf>).

ción constante, y una alta capacidad transformadora de lo social, es el marco menos propicio para desarrollar una actividad legislativa sólida y con cierto viso de permanencia. Dan pábulo, pues, a la consolidación de “un mundo de leyes desbocadas”³².

Ahora bien, ni siquiera esto justificaría que la indolencia mostrada a la hora de redimensionar los DDFL laborales se deba a una cuestión de mera técnica jurídica, y si de ausencia clara de voluntad política para emprender y sostener este tipo de reformas. Y, como eje del problema, se alza un *statu quo* consolidado y demasiadas veces connivente entre Estados y grandes empresas; algunas de ellas tan poderosas que, *de facto*, funcionan como estados³³. Es la arquitectura jurídica de la ofensiva mercantilizadora, cada vez más depurada. David contra Goliat, o la “artillería neocapitalista” contra la preservación de la dignidad del trabajador³⁴. Dignidad que, no lo olvidemos, nace de la implicación personal de éste en la relación de trabajo y que la coloca en el centro mismo del Derecho del Trabajo³⁵, impregnando buena parte de los derechos fundamentales con los que está directamente vinculada. Desde este momento, la dignidad ya no es sólo una declaración ética, sino que se acepta como un valor jurídico, es decir, una norma jurídico-positiva³⁶ con vocación de convertirse en una “moralidad legalizada”³⁷.

Nada nuevo. Una pugna histórica que creíamos superada y que, sin embargo, se exagera cada vez más contribuyendo al proceso de desregulación de los derechos fundamentales. Pues bien, solo un modelo en el que, previamente, se hubiera corregido esta asimetría normativa sería idóneo para un diseño proético regulador del entorno tecnológico laboral, permitiéndonos cuantificar su impacto ético de cara a evitar la discriminación y las desigualdades.

32 Vid. García de Enterría, E., *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Madrid, Civitas, 1999.

33 El debate está encima de la mesa ¿Tienen demasiado poder los gigantes tecnológicos estadounidenses? ¿Han levantado sus imperios vulnerando la libre competencia? ¿Hay que elevar el escrutinio sobre sus prácticas de negocio? ¿Se debería limitar su poder? ¿Hay que regular de manera más estricta la protección de la privacidad? El poder de Google y Facebook es incomparable al de otras gigantes tecnológicas —como Amazon, Apple y Microsoft— en lo que respecta a la vida digital de las personas, dado que controlan los canales principales de los que depende la mayoría del mundo para interactuar con Internet. Parece claramente evidente que por encima de los Estados se aprecia la existencia de un poder económico impresionante en muy pocas manos. De hecho, si Facebook fuera un Estado (ha alcanzado ya los 250 millones de usuarios) ocuparía el cuarto lugar del ranking mundial, sólo superado por los cerca de 1300 millones de habitantes de China, los 1.000 millones de India y los más de 280 millones de Estados Unidos. Cfr. *eEconomista.es*. (<https://ecodiario.economista.es/internet/amp/1411141/Si-Facebook-fuera-pais-ocuparia-el-cuarto-lugar-en-el-ranking-de-los-mas-poblados>).

34 Monereo Pérez, J. L., *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales*, Ediciones Laborum, Murcia, 2020, pág. 35 y sgs.

35 Ojeda Avilés, A. e Igartua Miró, M. T., “La dignidad del trabajador en la doctrina del Tribunal Constitucional. Algunos apuntes”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 73, (2008), pág. 155 y sgs. Monereo Pérez, J. L., *La dignidad del trabajador*, op. cit., pág. 35 y sgs.

36 Peces-Barba Martínez, G., *La Dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, Madrid, ed. Dykinson, 2003 [i.e. 2004], pág. 67 y sgs.

37 Benda, E., “Dignidad Humana y Derechos de la Personalidad”. En Benda, E. et al., *Manual de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2ª ed. Colección: Comentarios y Estudios Jurídicos, 2001, pág. 120.

2.2. Hacer del humanismo tecnológico el fundamento axiológico de estos derechos y una prioridad legislativa

Somos conscientes de que el abordaje normativo de un entorno tecnológico del trabajo, es una necesidad en la que no podrá avanzarse si, paralelamente, no se encarar otros problemas estructurales tales como la creación o destrucción de empleo y la necesidad de readaptación y recualificación profesional. El derecho al trabajo no está exento de encarar situaciones complejas y reales que se producen en todas partes del mundo, tales como: el trabajo forzado, el trabajo infantil y la esclavitud moderna.

De hecho, en el amplio espectro que comprende el mundo laboral, es imposible ignorar que el número de personas que está en búsqueda de empleo y no obtiene respuesta cada vez es mayor. De acuerdo con datos de la OIT, alrededor de 730 millones de trabajadores en el mundo viven en situación de extrema necesidad; es decir, sus ingresos son insuficientes para sacarlos del umbral de la pobreza. Asimismo, el deterioro de las instituciones del mundo laboral ha convertido la precariedad en un fenómeno cuyos efectos van más allá del propio trabajo³⁸ y, por tanto, las soluciones normativas y políticas públicas han de responder a criterios holísticos y a potentes sinergias entre ámbitos concurrentes.

Sintéticamente, podría decirse que la lucha por el empleo como vector determinante de integración social, la inversión en las instituciones del trabajo, la garantía laboral universal, la soberanía sobre el tiempo de trabajo, y la revitalización de la representación colectiva, tiene que ser algo irrenunciable y prioritario si queremos avanzar³⁹.

No obstante, queremos y debemos insistir en lo inquietante que resulta que el debate tienda a centrarse casi exclusivamente en estas cuestiones, olvidando que el apartado relativo a la gestión del ser humano, de la persona, requiere que se le preste una atención igualmente urgente y prioritaria. Llegados a este punto sin retorno que ha supuesto el cambio de era, debemos preguntarnos qué queremos: si una tecnología centrada en parámetros éticos y en la dignidad humana, o una tecnología basada en el nihilismo, en la ausencia de líneas rojas, centrada en maximizar económicamente las capacidades digitales, y que despoja al trabajador de su condición de “poseedor de dignidad”⁴⁰ para “usarlo”, en términos kantianos, como un simple medio y no como un fin *per se*. Esta es la cuestión.

Sabemos que nos enfrentamos a un dilema que no es nuevo. Nos acompaña desde que la humanidad abordó la reflexión acerca del uso de la técnica como algo sobrenatural, que permitía operar sobre el mundo y transformarlo para su provecho material. Pero quizá por ello, es irrenunciable retomarlo ahora y redimensionarlo. Pensemos que, bajo la excepcionalidad de la COVID-19, se ha impuesto, *erga omnes* y sin oposición, una gobernanza algorítmica que ha sustituido nuestra identidad

38 De Castro, C., “Presentación. La precariedad laboral y más allá”, *Cuadernos de Relaciones Laborales* 37(1), 2019, pág. 2.

39 Informe elaborado por la Comisión Mundial sobre el futuro del trabajo, creada en 2017. Cfr. OIT. “Trabajar para un futuro más prometedor”; 2019, pág. 28 y sgs.

40 Monereo Pérez, J. L., *La dignidad del trabajador...*, opág. cit., pág. 35 y sgs.

física por otra digital que, además, se vive como una experiencia sin ciudadanía ni derechos online que la protejan. Hablamos de una identidad que nos diluye como personas.

Consideramos que el desarrollo del ser humano es una de las prioridades que debe adoptarse como *conditio sine qua non* para el cambio social, el surgimiento de nuevos valores, y el advenimiento de nuevas formas de organización social. Es por esa razón que resulta necesario reflexionar acerca de la relación entre los desarrollos técnicos y el impulso del entorno humano como uno de los hechos determinantes de la realidad actual, tomando en consideración que el mundo ha cambiado de forma sustancial a partir de ese impulso. Así, se constata que la denominada “tecnociencia” está presente como uno de los hechos configuradores de la realidad actual, de las nuevas necesidades humanas para aprovechar dichos medios, y de los nuevos derechos que son inherentes al hecho mismo del contexto de una sociedad tecnológica⁴¹. Partiendo de que uno de los efectos más dañinos de la retórica posthumanista es su obsesión por evidenciar la incompatibilidad del desarrollo tecnológico con la asunción de lo humano, desde aquí abogamos por un camino que haga necesariamente suyas las pautas del “humanismo tecnológico”⁴².

En suma, hay que humanizar el trabajo, legislando, modificando patrones sociales, educativos y propiciando la creación de políticas públicas y empresas cuya proyección jurídica se base, en esencia, en el mantenimiento de la identidad humana y de su dignidad pues, el valor axiomático de la dignidad humana, determina que los derechos y libertades fundamentales hayan de ser satisfechos también en el ámbito de la relación de trabajo⁴³. Precisamente el riesgo de deshumanización que conlleva la consumación digital, es uno de los retos principales que la democracia liberal tiene por delante, pues, de momento, no parece que los estamentos políticos hayan sabido dar una respuesta satisfactoria a este malestar social generalizado⁴⁴.

2.3. Aquilatar normativamente los Derechos Fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes de control del empresario

En el trabajo, antes del derecho, está el poder; de hecho, las relaciones laborales están centradas en los procesos de influencia y control sobre el trabajo”⁴⁵. Sin embargo, cualquiera de las formas tradicionales de poder empresarial, se encuentran limitadas por los DDFD del trabajador, que habrán de

41 Altamirano Dimas, G., *Los derechos humanos de cuarta generación. Un acercamiento*, ed. Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública, 2017, pág. 4.

42 De este criterio, Davara Rodríguez, M. A., “El humanismo tecnológico”, *Datos personales.org. Revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid*, núm. 1, (2003), págs. 1-4.

43 García Ninet, I. y De Vicente Pachés, F., “El derecho valor a la dignidad humana y el derecho a la protección de datos personales en la Constitución Europea”. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 57, 2005, págs. 137-192.

44 De Castro, C., “Presentación. La precariedad laboral...”, *opág. cit.*, pág. 8.

45 Kirkbride, PÁG., “El poder”, en *Relaciones Laborales, la psicología de la influencia y el control en el trabajo*, Madrid, Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, 1994, pág. 121.

ser obligatoriamente respetados, no bastando la sola afirmación del interés empresarial para restringir tales derechos del trabajador. La posición preeminente de los DDFF, por ser expresión jurídica de un sistema de valores que informa todo el ordenamiento jurídico, hace que operen como límites activos al poder de dirección del empresario frente a sus empleados.

Dentro de los límites al poder de dirección, resulta imprescindible el análisis de las nuevas tecnologías en la medida en la que, la aparición de estas nuevas formas para el control de la actividad, puede chocar frontalmente con DDFF de los trabajadores como el de la intimidad, la propia imagen, o, el derecho a la desconexión digital. Es cierto que al menos, en el ámbito de la UE, se está procediendo a la ordenación de este ámbito, aunque de una manera deslavazada y sin establecer un marco normativo que aporte soluciones concretas para cualquier vulneración. Por ejemplo, el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, (RGPD).

Asimismo, citar la Resolución del Parlamento Europeo⁴⁶ en la que se incluye una propuesta legislativa para la tramitación de un Reglamento sobre los principios éticos para el desarrollo, despliegue y uso de dichas tecnologías, que ha seguido avanzando (más acelerado quizá por el uso de la tecnología durante la pandemia) con la propuesta de Reglamento sobre IA que la Comisión Europea presentó el pasado 21 de abril. También la Resolución del Parlamento Europeo de 21 de enero de 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el derecho a la desconexión⁴⁷, o el reciente Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “Los retos del teletrabajo: organización de la jornada de trabajo, equilibrio entre vida privada y vida laboral y derecho a desconectar”⁴⁸.

Actualmente, el control empresarial sobre trabajador, debe superar el juicio de proporcionalidad como criterio que intenta hallar el punto óptimo en la colisión de los derechos de ambas partes, asentándose sólidamente en el contexto de las relaciones jurídico-privadas, y más concretamente en las laborales. Estamos frente al instrumento técnico-jurídico más frecuentemente utilizado por los jueces para controlar la constitucionalidad de las regulaciones legislativas con materia iusfundamental y es la última ratio que procede cuando no hay alternativa razonable a la vista. Implica cotejar cuál es el alcance de la supervisión realizada por el empleador y el grado de intrusión en el derecho fundamental del empleado.

Por tanto, la proporcionalidad es el eje de todo análisis de legalidad en cuanto a colisión de derechos dentro del contrato, ampliamente consensuado por nuestra más alta jurisprudencia⁴⁹. Pese a todo, su reconocimiento normativo en el ámbito comunitario no va más allá del RGPD [art. 5.1.d)].

Dado que el constitucionalismo es el “*terminus ad quem*” del proceso de juridificación del poder político⁵⁰, un instrumento importante podría llegar a ser, si se consigue finalmente recuperarla, la

46 (2020/2012/INL).

47 (2019/2181/INL).

48 Dictamen exploratorio solicitado por la Presidencia portuguesa. (2021/C 220/01).

49 Bârbulescu II. Sentencia TEDH de 5 de septiembre de 2017.

50 Tal y como Jürgen Habermas lo definió con precisión.

Constitución europea, con sus proclamaciones de derechos y sus instrumentos de garantía. Pero estamos ante un “impasse” que no sabemos todavía en qué sentido se va a poder desbloquear y si, al hacerlo, podremos mantener todas aquellas regulaciones que hemos visto que reforzaban la función de los DDFF en el seno de la Unión. Este proceso de constitucionalización, tiene que encontrar su coherencia y su referente de legitimidad a partir de la concreción de los valores que deben identificar a la nueva Europa. Dentro de esos valores están los DDFF, no sólo porque la Constitución así lo disponga, sino porque ello constituye un punto clave en todo el constitucionalismo democrático. Y en este proceso, acabar de construir la tutela de los DDFF, constituye la clave de bóveda de la legitimidad del orden jurídico y del buen gobierno, tanto de los Estados miembros como de la propia Unión. La interrelación entre los DDFF del Derecho Comunitario, los del Convenio Europeo de Derechos Humanos y los de las constituciones de los Estados miembros, en ese sistema integrado de derechos, resulta decisiva a este respecto⁵¹.

2.4. Perder el miedo a crear estructuras jurídicas nuevas adaptadas a la realidad tecnológica

En esta nueva etapa de la humanidad, el uso de la tecnociencia ha provocado que el reconocimiento y protección de libertades y derechos constituya un completo desafío para del sistema jurídico. Especialmente, en el ámbito del contrato de trabajo como zona particularmente sensible⁵² en orden a las amenazas que para los trabajadores pueden derivar de la vulneración de sus DDFF, y dadas las características propias de la relación laboral que hacen que existan dificultades y excepciones a la hora de trasplantar el régimen jurídico propio de la protección de los DDFF al ámbito de la empresa. A ello se debe el que, la demanda doctrinal referida a la necesidad de una legislación expresa sobre la implantación y desarrollo de las nuevas tecnologías en el contrato de trabajo, no sea algo nuevo⁵³.

De hecho, conforme avanza el desarrollo tecnológico se hace más evidente la necesidad de proteger una pluralidad de bienes jurídicos diversos que experimenta el hombre contemporáneo frente a la amenaza de la nueva tecnología informática⁵⁴. E, igualmente, de diseñar una regulación expresa del ámbito laboral que, en primer lugar, ordene la vulneración de derechos fundamentales específicos e inespecíficos. Una vulneración que, en muchos casos, llega antes, durante, e incluso después de haber finalizado el contrato, pudiendo afectar a derechos tales como la propia imagen, el secreto de las comunicaciones, la libertad ideológica, religiosa o de conciencia, la libertad de información y

51 Freixes Sanjuán, T., “Derechos fundamentales en la Unión Europea. Evolución y prospectiva la construcción de un espacio jurídico europeo de los derechos fundamentales”, *Revista de derecho constitucional europeo*, Nº 4, 2005, pág. 85.

52 Cuadros Garrido, M. E., *Trabajadores Tecnológicos y Empresas Digitales*, ed. Aranzadi, Pamplona, 2018, pág. 135.

53 Pérez de los Cobos Orihuel, F. y García Rubio, M. A., “El control empresarial sobre las comunicaciones electrónicas del trabajador: criterios convergentes de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 196, (2017), pág. 2; Fernández Orrico, F. J., “Protección de la intimidad del trabajador frente a dispositivos digitales: análisis de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 222, (2019), parte Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, pág. 1.

54 Pascual Huerta, PÁG., “La génesis del derecho fundamental a la protección de datos personales”, Universidad Complutense, Madrid, 2017, pág. 298.

de expresión, la libertad sindical, o el derecho de huelga⁵⁵. Y, en segundo lugar, limite los usos poco éticos o dignos de los derechos fundamentales y principios de derecho, en especial los vinculados con la intimidad, la privacidad, la no discriminación, extendida a la igualdad de trato cuando el empleador es un poder público, así como fortaleciendo el control y las garantías del individuo⁵⁶.

Por su lado, la jurisprudencia sobre derechos fundamentales y nuevas tecnologías parte preferentemente de las estructuras tradicionales para incorporar progresivamente los nuevos retos que van apareciendo⁵⁷. En ocasiones, la tensión entre la institución tradicional y las situaciones hasta ahora no previstas, provoca una necesidad de crear nuevas figuras jurídicas. En este sentido, el ejemplo más claro es el reconocimiento del derecho a la protección de datos personales, separándolo del derecho a la intimidad con el cual convivió, al menos en España, hasta la STC 292/2000⁵⁸. Y al igual que la intimidad entonces, es ahora el derecho a la protección de datos el que aparece omnipresente y sobredimensionado. Un agujero negro que lo absorbe todo y no deja escapar nada de su entorno⁵⁹ pues, en su avance frenético, nos empuja a orillar eventuales violaciones de otros derechos fundamentales del trabajador que, aunque no están estrictamente relacionadas con las bases de datos, también se ven afectados⁶⁰.

En efecto, si la protección de la información personal ante los peligros derivados de su tratamiento automatizado es un bien jurídico valioso *per se*, también posee una dimensión instrumental en la medida en que sirve para garantizar otros derechos. Esta doble cualidad no es ajena a los derechos fundamentales y, lejos de devaluarlos, incrementa su relevancia.

Es evidente, que la problemática generada por las nuevas tecnologías sobre los derechos fundamentales crece tanto que difícilmente será posible no incluir mecanismos nuevos para hacerle frente. Con lo cual, no se debería temer su progresivo reconocimiento cada vez que haya que proteger aspectos que no puedan ser situados en un derecho tradicional, sin forzar excesivamente sus características.

2.5. Potenciar el papel del sindicalismo y la negociación colectiva

Parece claro que los procesos de automatización no pueden desarrollarse sobre la base de un impulso empresarial exclusivo y excluyente. Conviene traer a la memoria, como la negociación colec-

55 Blázquez Agudo, E. M., El límite a los derechos fundamentales a la libertad de empresa", en *Aplicación práctica de la protección de datos en las relaciones laborales*. Editorial Wolters Kluwer, 2018, págs. 37-38; Goñi Sein, J. L., "Los derechos fundamentales inespecíficos...", *opág. cit.*, pág. 21 y sgs.

56 Cotino Hueso, L., "Big data e inteligencia artificial. Una aproximación a su tratamiento jurídico desde los derechos fundamentales", *Dilemata*, núm. 24, 2017, pág. 136.

57 Cfr. STS, Sala Tercera, Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, de 4 de abril de 2006.

58 Roig i Batalla, A., "Derecho público y tecnologías de la información y la comunicación (TIC)", *Revista catalana de dret públic*, núm. 35, 2007, pág. 355.

59 Sánchez Trigueros, C. y Cuadros Garrido, M. E., "Autodeterminación informativa: un derecho en alza", *RGDS*, núm. 8, 2019, pág. 89.

60 Por todos, SSTC 231/1988, 2 diciembre (BOE 32 diciembre) (FJ 3); 214/1991, 11 noviembre (BOE 17 diciembre) (FJ 1); 83/2002, 22 abril (BOE 22 mayo), (FJ 4).

tiva formó parte del pacto social posterior a 1945, cuando la alianza entre el trabajo y el capital hizo posible el mayor progreso económico de Europa en siglos. De modo que, el futuro del trabajo pasa por el diálogo y el acuerdo, y pasa por abrir espacios de negociación para generar propuestas de consenso. Para los trabajadores y los sindicatos, las armas para enfrentar el desafío que plantea la digitalización son el diálogo social, la negociación colectiva, tanto de ámbito nacional como de ámbito europeo e internacional, y los derechos de información, consulta y participación de los trabajadores. El objetivo es que la transformación digital se gestione de manera justa.

Con todo, la disrupción sistémica y global que representan las nuevas tecnologías, que amenaza con desregular completamente el mercado de trabajo tal como lo conocemos hoy en día, supone un plus de complejidad que retrae seriamente a las partes negociadoras. Dar respuestas satisfactorias a la problemática que supone el ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador en un entorno digitalizado, tiene su calado, dado que no queda limitado únicamente al ámbito de los derechos digitales⁶¹.

Pensemos en la multiplicidad de contenidos que tendrán que abordarse en un convenio: junto a materias centrales (acentuación de la distribución irregular, el derecho a la desconexión, la pérdida progresiva del centro de trabajo como referencia prioritaria del lugar de trabajo, la movilidad funcional y la clasificación profesional —redefinición de los grupos profesionales en base a nuevas funciones y tareas, mayor polivalencia y movilidad—, o la estructura retributiva —mayor trascendencia de la variabilidad en función de proyectos—), y que lo seguirán siendo así en su adaptación a los nuevos entornos tecnológicos y organizativos, debemos indicar otras materias que, o bien tendrán una relevancia incluso mayor que hasta el momento han tenido en la NC, o que deberán empezar a tenerla a pesar de su generalizada ausencia hasta ahora de la misma⁶².

Ello, sin contar con las propias dificultades de consenso sobre otros aspectos nucleares de la relación laboral (salario, jornada, prevención de riesgos, etc.) que también pueden perturbar el acuerdo en este “nuevo” ámbito.

Abundando en lo anterior, hay que considerar además la tendencia que desde hace décadas existe, con más o menos desarrollo según los países, a la descentralización de la negociación colectiva, esto es, a la creciente importancia del nivel más descentralizado (empresa, centro de trabajo), con unidades de negociación más fragmentadas y en las que el potencial negociador del empresario es muy superior⁶³. Este desequilibrio negociador no solo se manifiesta aquí, sino también en las nuevas formas descentralizadas de trabajo que han aparecido con la tecnología, tales como las plataformas virtuales y la economía colaborativa, que vienen para quedarse. Por lo tanto, la NC, tal y como se vertebra actualmente, es complicada de aplicar en los nuevos modelos de empresa. Conocer las unidades de negociación es muy complejo en un mercado virtual donde es difícil computar cuanta

61 Sierra Herraiz, E., “El papel de la negociación colectiva en el tratamiento de los datos personales de los trabajadores”, *Temas Laborales*, n.º 152, 2020, pág. 136.

62 Del Rey Guanter, S., “Negociación colectiva, Flexiseguridad y Nuevas Tecnologías: la necesaria adaptación a un cambio inexorable”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, Núm. Extra 135, 2018. (Ejemplar dedicado a: El modelo de flexiseguridad en el ordenamiento laboral español), págs. 275-294.

63 *Ibidem*.

gente está realmente activa. Además, pueden trabajar a la vez para diferentes plataformas virtuales, lo que supone una superposición de sectores y, por tanto, de convenios de aplicación.

Asimismo, en este contexto de separación y diversificación de los trabajadores, las organizaciones sindicales, en cuya acción ha venido descansando en gran medida el derecho del trabajo, encuentran nuevas y serias dificultades para su funcionamiento; ello es debido, en esencia, a que su ecosistema tradicional ya no existe. Tanto la densidad sindical como su capacidad de presión han disminuido drásticamente, corroborando lo que la doctrina sostiene desde hace décadas en cuanto a que, el sindicato, debe necesariamente adecuarse en formas y contenidos a una realidad en cambio constante⁶⁴ si quiere sobrevivir.

Este marasmo en la actividad sindical, así como sus efectos, es casi común en la mayoría de los países europeos: baja afiliación, baja cultura sindical, capacidad de influencia en retroceso respecto del poder político y empresarial, y desequilibrio en la correlación de fuerzas entre capital y trabajo que en los países avanzados se articula en torno a la negociación colectiva⁶⁵.

La situación está produciendo un alejamiento de los centros de poder como consecuencia de la creciente individualización de las relaciones laborales; iniciada en los primeros años de los ochenta, se fraguó al calor de las desregulaciones y de lo que se ha llamado “hegemonía del mercado”, frente a las viejas instituciones laborales. Una especie de mercantilización de las relaciones laborales que supone una huida del derecho del trabajo, con todo lo que eso conlleva. Acreditado que en los países donde los sindicatos son más débiles, la precarización laboral y la desigualdad es mayor⁶⁶, reforzar la acción sindical es irrenunciable, especialmente, si pretendemos una transición justa a la digitalización⁶⁷, que favorezca una transformación inclusiva en términos de empleo y condiciones de trabajo, y contribuya a prevenir y mitigar los riesgos de segmentación y exclusión social⁶⁸.

Visto así, da la impresión que la tecnología tiene mayor relevancia destructora de las dinámicas colectivas que la que puede tener al servicio de ellas; sobre todo cuando se comprueba que la eventual crisis del ordenamiento laboral afecta a las finalidades que este sistema protector ha perseguido históricamente⁶⁹.

64 Tomada, C. A. y Rigat-Pflaum, M., “Negociación Colectiva ante el Siglo XXI. Aportes para la acción sindical”, Fundación Friedrich Ebert, 1998, pág. 8.

65 Vid. Informe: “Un futuro sombrío: estudio de la afiliación sindical en Europa desde 2000”, Fundación 1º de Mayo, 2019, págs. 10 y sgs.

66 Vid. Informe: “Crecimiento económico y desigualdad. el papel de los salarios y la negociación colectiva en Europa”, Fundación 1º de Mayo, Colección Informes, Nº 137, Madrid, 2018, pág. 1 y sgs.

67 Así se pone de manifiesto en el informe de la OIT “Trabajar para un futuro más prometedor”: una primavera de esperanza para los trabajadores, en el que se reconoce que los sindicatos tienen un papel clave que desempeñar y que son colaboradores esenciales para la creación de un nuevo contrato social.

68 Sobre los retos que plantean los derechos digitales para la acción sindical, véase Rodríguez Fernández, M. L., “Sindicalismo y negociación colectiva 4.0”, *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 144, (2018), págs. 31 y sgs.

69 Goerlich Peset, J. M., “Revolución tecnológica y futuro del empleo...”, *opág. cit.*

Potenciar las garantías de las partes negociadoras en el contexto tecnológico exige una necesaria readaptación normativa, que tendrá que extenderse necesariamente a modificar el rígido sistema de relaciones colectivas de trabajo con el que contamos actualmente⁷⁰, encarando retos de representación y reorganización de sus estructuras orgánicas, y familiarizándose con nuevos mecanismos de acción colectiva más dinámicos y flexibles.

Y, de la misma manera que el trabajo clásico convive con otras formas de prestación laboral por cuenta ajena más modernas —con menor dependencia horaria o salarial, a distancia, para diferentes empresas o en distintos países a la vez a través del nuevo capitalismo de plataforma—, la negociación colectiva —y, principalmente, los sindicatos y las asociaciones empresariales en cuanto protagonistas de la misma— deberá encontrar el justo equilibrio entre los retos del futuro digital y la esencia de la protección laboral.

2.6. Necesidad de construir un espacio jurídico global de los Derechos Fundamentales laborales

Por último, en el escenario propuesto, es preciso contar con otra variable en tanto que, las medidas que se adopten para ordenar el entorno tecnológico del trabajo, han de desbordar el estrecho margen de los Estados nacionales y aun de las experiencias de integración regional: el mundo digital ha permitido construir una verdadera globalización y, por tanto, las respuestas respecto a él han de moverse igualmente en ese marco⁷¹. Precisamente la vocación universal de estos derechos hace que tiendan a no depender de ordenamientos jurídicos nacionales concretos, al corresponder a todo ser humano con abstracción de su pertenencia a una comunidad política dada. No es posible ni razonable, globalizar la economía, el comercio, o la empresa, sin globalizar también los derechos, la norma jurídica. Por lo menos, determinadas normas jurídicas y determinados derechos, deben tener el mismo espacio vital, la misma aptitud universal, que el desarrollo de determinados ámbitos. Si hay algún derecho que puede tener esa pretensión de universalidad, es aquel que sea esencial a la persona y a toda persona independientemente de su condición de nacional⁷².

Es el tiempo de las leyes del Over The Top (OTT), cuando las barreras para crear nuevos servicios se desmoronan⁷³, permitiéndonos entrar en un nuevo ecosistema digital. Y todo ello no ha hecho más que empezar ante la eclosión de las nuevas redes sociales, del Internet de las Cosas, del Cloud o del Big Data, que pueden incrementar los riesgos de un mundo sin un orden internacional asentado,

⁷⁰ Casas Baamonde, M. E., "Reforma de la negociación colectiva en España y sistema de relaciones laborales", *Cuadernos de Relaciones Laborales*, Vol. 32, núm. 2, 2014, págs. 303 y 304.

⁷¹ Así lo señala Goerlich Peset, J. M., "Revolución tecnológica y futuro...", *opág. cit.*, pág. 6.

⁷² Ermida Uriarte, O., "Los derechos laborales como derechos humanos", Conferencia en el Postgrado "Trabajo y Derechos Fundamentales", Universidad de Castilla-La Mancha, Campus de Toledo. 2010, pág. 2.

⁷³ Los servicios "Over The Top" que surgen como negocios adyacentes al mercado de la conectividad, se definen como aquellos que se brindan a través de internet sin que se dé intervención alguna por parte de los operadores de red, tal y como se venía dando hasta el momento.

como se ha visto con los intentos de mejorar la gobernanza de Internet⁷⁴. Sin olvidar que servicios en apariencia gratuitos se financian a base de la explotación de datos de los usuarios, que los ceden inconscientemente asumiendo el papel del Fausto de la era digital⁷⁵.

Quién puede dudar a estas alturas que vivimos dentro del “panóptico” digital. Si el panóptico queda limitado por las leyes newtonianas (observado y observador deben coincidir en tiempo y espacio), el “*panspectrum*”⁷⁶, que parece la versión 5G del panóptico, está por encima de ellas, pues el vigilante puede vigilar, aunque el vigilado esté a miles de kilómetros y/o días de distancia.

En el marco de la labor cuasilegislativa que está teniendo la jurisprudencia en materia de DDFP del trabajo, y que viene dada por la necesidad de los jueces de buscar coherencia y certeza en un sistema jurídico que carece de ella⁷⁷, no queremos terminar sin señalar como las sentencias Schrems I⁷⁸ y Schrems II dictadas por el TJUE⁷⁹, han supuesto un paso firme en la defensa del derecho a la privacidad en el contexto de la vigilancia masiva transnacional. Tanto por lo que simbolizan (Sr. Schrems contra el monstruo Facebook), como por su determinante contribución a la comprensión de la estructura y los efectos jurídicos de los DDFP recogidos en la CEDF y, más concretamente, para la interpretación del derecho al respeto de la vida privada (art. 7), la protección de los datos de carácter personal (art. 8) y la tutela judicial efectiva (art. 47).

En este sentido, aportan un parámetro de medida esencial para analizar el respeto de las libertades individuales por parte de los sistemas de vigilancia masiva (tanto de terceros Estados como de los propios Estados miembros) y se han convertido en un “leading case” de referencia obligada para la resolución de casos similares. Todo ello se enmarca en el difícil terreno que tenemos todavía que recorrer para conseguir que los derechos fundamentales constituyan verdaderamente uno de los ejes centrales del proceso de integración.

74 La gobernanza de Internet es un conjunto de principios, normas, reglas, procesos de toma de decisión y actividades que, implementados y aplicados de forma coordinada por gobiernos, sector privado, sociedad civil y comunidad técnica, definen la evolución y el uso de la Red. La UNESCO, reconoce el potencial de internet para fomentar un desarrollo humano sostenible, construir unas sociedades del conocimiento inclusivas y mejorar la libre circulación de la información y las ideas en el mundo.

75 Lada Díaz, L., “Retos y oportunidades. La globalización de las TIC”, *Revista TELOS*, nº 100, febrero-mayo, 2105. (Ejemplar dedicado a: La era digital: Balance y tendencias), págs. 22-24.

76 Término acuñado por Sandra Braman, profesora titular del Departamento de Comunicación de la Universidad de Texas.

77 Vidal Marín, T., “Técnica legislativa, inserción de la norma en el ordenamiento jurídico y Tribunal Constitucional”, UNED. Teoría y Realidad Constitucional, núm. 31, 2013, pág. 328.

78 Sentencia del TJUE (Gran Sala) de 6 de octubre de 2015, en el asunto C-362/14 Schrems.

79 Sentencia del TJUE, de 16 de julio de 2020, en el caso *Data Protection Commissioner v Facebook Ireland Ltd and Maximilian Schrems (C-311/18)*, también conocido simplemente como *Schrems II*. El TJUE declaró la invalidez de la decisión de adecuación relativa al *Privacy Shield* (Escudo de Privacidad) mientras que legitimó las transferencias al amparo de las cláusulas contractuales tipo (*Standard Contractual Clauses*) aprobadas oportunamente por la Comisión Europea. Las consideraciones del fallo son relevantes en varios aspectos en tanto impactan en las transferencias de datos desde los Estados miembros de la UE a países fuera del bloque comunitario, incluyendo aquellos en América y, especialmente, a los que no han obtenido una decisión de adecuación.

3. CONCLUSIONES FINALES

- La preocupación por los derechos fundamentales (DDFF) del trabajador, desde la perspectiva axiológica y conectada a su dignidad de persona no es algo actual. Hablamos de casi cien años en los que aparecen los primeros catálogos de derechos humanos laborales, inherentes al sujeto por el sólo hecho de ser persona y trabajar. Incluso aun antes de que existieran las Naciones Unidas o se redactara la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), la OIT ya elaboraba y aplicaba una extensa variedad de normas provenientes de Declaraciones relacionadas con derechos en el trabajo (o derechos laborales).
- No obstante, la regulación de estos derechos desde el punto de vista de su eficacia, ha sido escasa, perdiéndonos demasiadas veces en debates conceptuales en torno a si hablamos de derechos humanos como sinónimo de DDFF, o no. Pero como defendiera Bobbio, la cuestión de los derechos humanos en nuestro tiempo no es la de su fundamentación, sino la de su protección, y hoy, las normas sobre Derechos Humanos relacionadas con el trabajo exigen ser redimensionadas para ser útiles a su objetivo de protección. Cuando revisamos la aplicación de estos derechos en el mercado laboral comprobamos que, no solo no hemos logrado llegar a la efectividad de un marco normativo real en las condiciones de trabajo, sino que están más amenazados que nunca.
- Pensemos, que asistimos a un cambio turbulento de época que genera desafíos sin precedentes para el mundo del trabajo y pone en jaque al pensamiento iuslaboralista. Ya no es posible hablar de futuro sin hablar de digitalización. Ahora, vivimos bajo una auténtica “consumación digital”, que ha dejado atrás la transición y ha hecho de la revolución tecnológica el nuevo *statu quo*. Dado que, a partir de ahora, una parte sustancial de nuestra identidad, es también digital, se allana el camino a las empresas y les atribuye capacidades extraordinarias de vigilancia y seguimiento de nuestra identidad, fortaleciendo su estructura panóptica y multiplicando, exponencialmente, las posibilidades de limitar e incluso anular nuestros derechos fundamentales como trabajadores. Por lo tanto, el desafío ahora es saber cómo gestionar este escenario y conforme a qué reglas.
- Aunque la primera irrupción real de la tecnología en la normativa del derecho laboral está vinculada con la intimidad y la protección de datos de los trabajadores, la onda expansiva llega más lejos, abarcando la puesta en peligro de otros derechos fundamentales. Precisamente, el “renacimiento” de los derechos fundamentales surge como respuesta al fenómeno de la denominada “contaminación de las libertades”, que impele, al pensamiento jurídico y a los Estados, interna y globalmente, a diseñar nuevos instrumentos de análisis y marcos conceptuales y normativos para adaptarse con rapidez a las exigencias de esta sociedad convulsa.
- Con este escenario de fondo, somos conscientes de que el trazado normativo de un entorno tecnológico del trabajo, es una necesidad en la que no podrá avanzarse si, paralelamente,

no se encaran otros problemas estructurales. Humanizar el trabajo, lograr el compromiso y voluntad política para transformar y ampliar la protección de los DDFD laborales, aquilatar normativamente los DDFD de los trabajadores como límites a los poderes de control del empresario, perder el miedo a crear estructuras jurídicas nuevas adaptadas a la realidad tecnológica, potenciar el papel del sindicalismo y la negociación colectiva, o la necesidad de construir un espacio jurídico global de los DDFD laborales, forman parte de las soluciones normativas y políticas públicas que deben abordarse, sin perder de vista que, en términos de eficacia, habrán de responder a criterios holísticos y a potentes sinergias entre ámbitos concurrentes.

4. BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar Cavallo, G., "Derechos fundamentales-derechos humanos. ¿Una distinción válida en el siglo XXI?" *Boletín mexicano de derecho comparado*, vol. 43, núm. 127, 2010.
- Aguilar del Castillo, M. C., "La protección de datos entre el contenido constitucional y su contenido legal", *Labour y Law Issues*, vol. 2, núm. 1, 2016.
- Alexandra V. Cely B., "Metodología de los escenarios para estudios prospectivos", en *Ingeniería e Investigación*, núm. 44, 1999.
- Alja Fernández, A. R., "La transversalidad de los Derechos Humanos en las políticas públicas y su eficacia en períodos de crisis", en VVAA, *El derecho internacional de los derechos humanos en períodos de crisis: estudios desde la perspectiva de su aplicabilidad*, Bonet I Pérez, J. y Saura Estapà. J. (Coords.), 2013.
- Altamirano Dimas, G., *Los derechos humanos de cuarta generación. Un acercamiento*, ed. Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública, 2017.
- Benda, E., "Dignidad Humana y Derechos de la Personalidad", en Benda, E. et altri, *Manual de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2ª ed. Colección: Comentarios y Estudios Jurídicos, 2001.
- Blázquez Agudo, E. M., "El límite a los derechos fundamentales a la libertad de empresa", en *Aplicación práctica de la protección de datos en las relaciones laborales*. Editorial Wolters Kluwer, 2018.
- Bobbio, N., *El problema de la guerra y la vía de la paz*. Barcelona: Gedisa, 1992.
- Bustamante Dona, J., "Hacia la cuarta generación de Derechos Humanos: repensando la condición humana en la sociedad tecnológica". *Revista Iberoamericana de ciencia, tecnología, sociedad e innovación*, núm. 1, 2001.
- Casas Baamonde, M. E., "Reforma de la negociación colectiva en España y sistema de relaciones laborales", *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 32, núm. 2, 2014.
- Cotino Hueso, L., "Big data e inteligencia artificial. Una aproximación a su tratamiento jurídico desde los derechos fundamentales", *Dilemata*, núm. 24, 2017.

- Cuadros Garrido, M. E., *Trabajadores Tecnológicos y Empresas Digitales*, ed. Aranzadi, Pamplona, 2018.
- Cruz Villalón, J., "Las facultades de control del empleador ante los cambios organizativos y tecnológicos". *Temas Laborales*, núm. 150, 2019.
- Davara Rodríguez, M. A., "El humanismo tecnológico", *La revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid*, núm. 1, 2003.
- De Castro, C., "Presentación. La precariedad laboral y más allá", *Cuadernos de Relaciones Laborales*, núm. 37(1), 2019.
- Del Rey Guanter, S., "Negociación colectiva, Flexiseguridad y Nuevas Tecnologías: la necesaria adaptación a un cambio inexorable", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. extra 135, 2018. (Ejemplar dedicado a: El modelo de flexiseguridad en el ordenamiento laboral español).
- Diéguez Méndez, Y., "El Derecho y su correlación con los cambios de la sociedad", *Derecho y Cambio Social*, año 8, núm. 23, 2011.
- Ermida Uriarte, O., "Los derechos laborales como derechos humanos", Conferencia en el Postgrado "Trabajo y Derechos Fundamentales", Universidad de Castilla-La Mancha, Campus de Toledo, 2010.
- Fernández Orrico, F. J., "Protección de la intimidad del trabajador frente a dispositivos digitales: análisis de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre". *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 222, 2019, Editorial Aranzadi, Cizur Menor.
- Fernández Ramírez, M., *El derecho del trabajador a la autodeterminación informativa en el marco de la actual empresa "neopanóptica"*, Aranzadi, 2021.
- Freixes Sanjuán, T., "Derechos fundamentales en la unión europea. evolución y prospectiva: La construcción de un espacio jurídico europeo de los derechos fundamentales", *Revista de derecho constitucional europeo*, núm. 4, 2005.
- Gámez Jiménez, J. M., "Una reflexión teórica sobre el derecho del trabajo", *Revista de información laboral*, núm. 5, 2017.
- García de Enterría, E., *Justicia y Seguridad Jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Madrid, Ed. Civitas, 1990, reimpresión 2000.
- García Ninet, I. y De Vicente Pachés, F., "El derecho valor a la dignidad humana y el derecho a la protección de datos personales en la Constitución Europea", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 57, 2005.
- García Salas, A. I., *Necesidades empresariales y derechos fundamentales de los trabajadores*, Madrid, Lex Nova, 2016.
- Goerlich Peset, J. M., "Revolución tecnológica y futuro del empleo. Reflexiones de un jurista del trabajo", *Comisión Episcopal de Pastoral Social*. La técnica al servicio del desarrollo humano integral. XXIV Curso de formación en Doctrina Social de la Iglesia Mesa redonda Madrid, 12 septiembre, 2017. (<http://www.instituto-social-leonxiii.org>).
- Goerlich Peset, J. M., "Innovación, digitalización y relaciones colectivas de trabajo", *Revista de Treball, Economia i Societat*, núm. 92, 2019.
- Göni Sein, J. L., *El respeto a la esfera privada del trabajador: un estudio sobre los límites del poder de control empresarial*, ed. Civitas, 1988.
- Göni Sein, J. L., "Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral individual: ¿Necesidad de una reformulación?", en *Los Derechos Fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social*, Ed. Cinca, 2014.
- Höffe, O., *Ciudadano Económico, Ciudadano del Estado, Ciudadano del Mundo. Ética política en la era de la globalización*, Buenos Aires, Katz, 2007.

- Jiménez Campo, J., "El legislador de los Derechos Fundamentales", en *VVAA.: Estudios de Derecho Público en Homenaje a Ignacio de Otto*, Universidad de Oviedo, 1993.
- Kirkbride, PÁG., "El poder", en *Relaciones Laborales, la psicología de la influencia y el control en el trabajo*, Madrid, Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, 1994.
- Lada Díaz, L., "Retos y oportunidades. La globalización de las TIC", *Revista TELOS*, núm. 100, febrero-mayo, 2015. (Ejemplar dedicado a: La era digital: Balance y tendencias).
- Lousada Arochena, J. F., "La jurisprudencia constitucional sobre la prueba de la discriminación y de la lesión de derechos fundamentales", *Revista de Derecho Social*, núm. 30, 2005.
- Méda, D., "Tres escenarios para el futuro del trabajo", *Revista: Pasos a la izquierda*, núm. 11, 2018.
- Merton, R. K., "The Matthew Effect in Science"; *Science* 159 (3810), 1968.
- Monereo Pérez, J. L., "Por un nuevo pacto social garantista de los derechos fundamentales para afrontar la crisis y la recuperación", *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, núm. 1, 2020, DOI: <https://doi.org/10.24310/rejls.vi1.10403>.
- Monereo Pérez, J. L., *La protección de los Derechos Fundamentales. El modelo europeo*, ed. Bomarzo, 2009.
- Monereo Pérez, J. L., "Transformaciones del trabajo y futuro del derecho de trabajo en la "era de la flexibilidad", *Revista Derecho del Trabajo*, núm. 10, La Ley, Montevideo, 2016.
- Monereo Pérez, J. L., *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales*, Ediciones Laborum, Murcia, 2020.
- Ojeda Avilés, A. e Igartua Miró, M. T., "La dignidad del trabajador en la doctrina del Tribunal Constitucional. Algunos apuntes", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 73, 2008.
- Pascual Huerta, PÁG., *La génesis del derecho fundamental a la protección de datos personales*, Universidad Complutense, Madrid, 2017.
- Peces-Barba Martínez, G., *Curso de Derechos Fundamentales*, Universidad Carlos III de Madrid Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999.
- Peces-Barba Martínez, G., *La Dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, Madrid, ed. Dykinson, 2003 [i.e. 2004].
- Pérez de los Cobos Orihuel, F. y García Rubio, M. A., "El control empresarial sobre las comunicaciones electrónicas del trabajador: criterios convergentes de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 196, 2017.
- Pérez Luño, A. E., "Los derechos humanos en la sociedad tecnológica", en Losano, M. *et alrri, Libertad informática y leyes de protección de datos*, Centro Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.
- Pérez Luño, A. E., "Diez tesis sobre la titularidad de los derechos humanos", en *Una discusión sobre derechos colectivos*, (F. J. Ansuátegui Roig coord.), Dykinson, 2001.
- Pérez Luño, A. E., "El derecho ante las nuevas tecnologías", *Revista el Notario del siglo XXI*, núm. 41, 2012.
- Polanyi, K., *La gran transformación: crítica del liberalismo económico* (Ensayo), 1944, ed. Fondo de Cultura Económica; 3ª edición, 2018.

- Preciado Doménech, C. H., *Teoría general de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo*, ed. Aranzadi, 2018.
- Pucheta, M., "Derechos humanos y derecho del trabajo: un vínculo que requiere mayor desarrollo en el ámbito regional", *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión, RSTPR* vol. 3, núm. 6, 2015, disponible en: http://scielo.iics.una.py/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2304-788720150006_0012.
- Robles Morchón, G., *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, Ed. Civitas, S.A., Madrid, 1997.
- Rodotà, S., *El derecho a tener derechos*, Madrid, Ed. Trotta, 2014.
- Rodríguez Fernández, M. L., "Sindicalismo y negociación colectiva 4.0", *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 144, 2018.
- Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., "Derechos fundamentales y Derecho del Trabajo en el contexto de la economía digital", *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 10, 2020.
- Rodrik, D., *La paradoja de la globalización. La democracia y el futuro de la economía mundial*, Barcelona, Antonio Bosch editor, 2012.
- Roig i Batalla, A., "Derecho público y tecnologías de la información y la comunicación (TIC)", *Revista catalana de dret públic*, núm. 35, 2007.
- Sagardoy y Bengoechea, J. A., *Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo*, Cizur Menor (Navarra), Civitas, 2005.
- Sánchez Trigueros, C. y Cuadros Garrido, M. E., "Autodeterminación informativa: un derecho en alza", *RGDS*, núm. 8, 2019.
- Santamaría Pastor, J. A., "Sobre Derecho a la Intimidad, secretos y otras cuestiones innombrables", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año S. núm. 15. septiembre-diciembre, 1985.
- Segoviano Astaburuaga, M. L., "El difícil equilibrio entre el poder de dirección del empresario y los Derechos Fundamentales de los trabajadores", *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 2, 2004.
- Sierra Herraiz, E., "El papel de la negociación colectiva en el tratamiento de los datos personales de los trabajadores", *Temas Laborales*, núm. 152, 2020.
- Tomada, C. A. y Rigat-Pflaum, M., *Negociación Colectiva ante el Siglo XXI. Aportes para la acción sindical*, Fundación Friedrich Ebert, 1998.
- Valverde Asencio, A. J., "Nueva concepción de un derecho del trabajo en proceso de constante cambio normativo", *Crónica Jurídica Hispalense: revista de la Facultad de Derecho*, núm. 12, 2014.
- Vega Ruiz, M. L., "Revolución digital, trabajo y derechos: el gran reto para el futuro del trabajo", *IUSLabor*, núm. 2, 2019.
- Vidal Jiménez, R., "El nuevo -panóptico- multidireccional: normalización consumista y espectáculo". *Culturales* vol. 2, núm. 1 Mexicali ene/jun, 2014.
- Vidal Marín, T., "Técnica legislativa, inserción de la norma en el ordenamiento jurídico y Tribunal Constitucional", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 31, 2013.
- Weil, D., *The Fissured Workplace: Why Work Became So Bad for So Many and What Can Be Done to Improve It*, ed. Harvard University, 2014.

EL INGRESO MÍNIMO VITAL Y LOS VAIVENES DEL LEGISLADOR*

THE MINIMUM VITAL INCOME AND THE UPS AND DOWNS OF THE LEGISLATOR

María del Carmen Macías García

Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Málaga

mcarmenmg@uma.es ORCID [0000-0002-6883-8446](https://orcid.org/0000-0002-6883-8446)

Recepción de trabajo: 23-05-2022 - Aceptación: 19-06-2022 - Publicado: 21-07-2022

Páginas: 205-223

- 1. LA CONCEPCIÓN DEL INGRESO MÍNIMO VITAL EN LA CE´78. ■ 2. EL REAL DECRETO-LEY 20/2020, DE 29 DE MAYO, POR EL QUE SE ESTABLECE EL INGRESO MÍNIMO VITAL (RDL 20/2020). 2.1. Evolución del RDL 20/2020. Variaciones y transformaciones. ■ 3. LA ¿ÚLTIMA? REDACCIÓN DEL INGRESO MÍNIMO VITAL. NOVEDADES. ■ 4. A MODO DE CONCLUSION. ■ 5. BIBLIOGRAFÍA.

* *En las cosas necesarias, la unidad; en las dudosas, la libertad; y en todas, la caridad. San Agustín, Obispo de Hipona. Comentarios a la Primera Carta de San Juan.*

RESUMEN

El ingreso mínimo vital viene a completar uno de los mandatos constitucionales olvidado hasta ahora por el legislador que es la garantía de unos ingresos mínimos para paliar la vulnerabilidad económica y lucha contra la pobreza. Se pretende una redistribución de la riqueza, así como la inserción laboral de los posibles beneficiarios.

La norma es aprobada en el año 2020 en plena crisis sanitaria y económica derivada la pandemia provocada por la Covid-19. La aprobación de este decreto suscitaba muchas críticas por parte de la doctrina y de los posibles beneficiarios, muestra de ello es que ha sido objeto de hasta siete modificaciones en poco más de un año, lo que refleja la urgencia en su regulación y redacción como las dificultades en su gestión.

La nueva ley que lo regula se publicó el pasado 21 diciembre 2021 y viene a sustituir tácitamente al Real Decreto-ley incluyendo novedades que facilitan y agilizan su gestión.

PALABRAS CLAVE: ingreso mínimo vital, Real Decreto 20/2020, pobreza, vulnerabilidad económica.

ABSTRACT

The minimum vital income comes to complete one of the constitutional mandates forgotten until now by the legislator, which is the guarantee of a minimum income to alleviate economic vulnerability and fight against poverty. A redistribution of wealth is intended, as well as the labor insertion of the possible beneficiaries.

The norm is approved in 2020, in the midst of a health and economic crisis derived from the pandemic caused by Covid-19. The approval of this decree provoked much criticism from the doctrine and from the possible beneficiaries, an example of this is that it has been the subject of up to seven modifications in just over a year, which reflects the urgency in its regulation and drafting as the difficulties in its management.

The new law that regulates it was published on December 21, 2021 and tacitly replaces the Royal Decree-law, including new features that facilitate and speed up its management.

KEYWORDS: minimum vital income, Royal Law 20/2020, poverty, economic vulnerability.

1. LA CONCEPCIÓN DEL INGRESO MÍNIMO VITAL EN LA CE'78

La Constitución Española no contiene un reconocimiento expreso del derecho a un ingreso mínimo vital con carácter general, aunque sí expone en su artículo 35.1 el derecho a un remuneración suficiente para todos los trabajadores derechos que están íntimamente relacionados.

Sin embargo, a pesar de esta falta de reconocimiento expreso, una lectura detenida de nuestra Carta Magna nos llevaría concluir que postula el derecho a un mínimo vital¹, partiendo de la consagración de otros derechos reconocidos en ella, de tal suerte que, el derecho a un mínimo vital podría adscribirse al reconocimiento constitucional del derecho a la vida en el artículo 15.

Diversos autores² han intentado deducir el derecho a un mínimo vital de diversos preceptos constitucionales. El derecho al mínimo vital podría construirse a partir del derecho a la vida (artículo 15 CE), del principio del Estado social (artículo 1.1 CE), conectado a la dignidad de la persona (artículo 10.1 CE) y también de algunos principios rectores, como el derecho a la protección de la salud (artículo 43 CE).

No podemos hacer caso omiso a que los ciudadanos tienen derecho a la obtención de prestaciones públicas que faciliten condiciones de subsistencia mínimas, lo que constituiría un derecho social de prestación que, ante la ausencia de rentas, proteja frente al riesgo general de pobreza³. Para paliar esta carencia de ingresos contamos en España con las prestaciones no contributivas o asistenciales de nuestro Sistema de Seguridad Social. Tradicionalmente, se suele dar el nombre de prestaciones no contributivas o asistenciales general a aquellas que tienen como finalidad atender situaciones de necesidad de las personas que carecen de ingresos, poniendo de manifiesto el carácter subsidiario de estas. Otro componente característico es que no dependen de una contribución económica previa por parte del beneficiario proyectando su carácter no contributivo.

Son los dos grandes rasgos básicos que las distinguen de las prestaciones contributivas, las más características y de mayor peso en nuestro sistema de Seguridad Social.

La doctrina constitucional concibe la Seguridad Social como una «función del Estado»⁴.

1 Carmona Cuenca, E., "El derecho a un mínimo vital con especial referencia a la constitución española de 1978", *Revista del Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile*, núm. 172, 2012, pág. 61.

2 Monereo Pérez, J.L., "El derecho social al ingreso mínimo vital", *Temas Laborales*, núm. 158, 2021, pág. 78. Y Prieto Sanchís, L. "Tribunal constitucional y positivismo jurídico", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 23, pág. 193.

3 Álvarez Cortés, H., "El ingreso mínimo vital en la encrucijada", *Revista internacional y comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 9, núm. 2, 2021, pág. 248.

4 STC 37/1994. Pleno. Sentencia 37/1994, de 10 de febrero de 1994. 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). En relación con el art. 129.1 de la Ley General de la Seguridad Social en su redacción dada al mismo por el Real Decreto-ley 5/1992, de 21 de julio, y por la Ley 28/1992, de 24 de noviembre, la primera, y respecto del art. 6.1, párrafos primero y último, del Real Decreto-ley 5/1992, de 21 de julio; de la Ley 28/1992, de 24 de noviembre, las restantes cuestiones. BOE núm. 65, de 17 de marzo de 1994.

EL INGRESO MÍNIMO VITAL Y LOS VAIVENES DEL LEGISLADOR

De un lado, el Tribunal Constitucional pone de manifiesto la estrecha vinculación de este precepto con el artículo 1 del mismo texto constitucional en el que se reconoce el carácter social de nuestro Estado que propugna la justicia como valor superior de nuestro ordenamiento; así como su conexión con el artículo 9.2 en el que se recoge el mandato de promoción de la igualdad y de remoción de los obstáculos que la dificultan.

De otro lado, esta caracterización como función del Estado supone que la Seguridad Social ocupa "... una posición decisiva en el remedio de situaciones de necesidad...", con la particularidad de que la identificación de tales situaciones y el modo en el que se articula su protección se ha de hacer "... teniendo en cuenta el contexto general en que se produzcan, y en conexión con las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento y las necesidades de los diversos grupos sociales"⁵.

En este sentido nuestra Constitución parece marcar dos caminos al respecto. En primer lugar, la obligación de mantenimiento de un régimen público de seguridad social impuesto por el artículo 41 CE, que incluye la cobertura de las situaciones de necesidad en términos generales, las denominadas contingencias comunes y no solo las profesionales. En segundo lugar, otorga a las comunidades autónomas la protección no contributiva o asistencial de la Seguridad Social.

Para ello, en el año 1990 se aprueba la ley⁶ que ampliaría finalmente, cumpliendo así el mandato constitucional⁷, la acción protectora de nuestro sistema con las prestaciones no contributivas.

Las prestaciones no contributivas creadas por la ley nombrada *ut supra* presenta muchos puntos de contacto con la asistencia social, no obstante, forman parte de la acción protectora del sistema de seguridad social y tienen el carácter de auténticas prestaciones de Seguridad Social.

Así, las pensiones no contributivas son concebidas por el legislador como auténticos derechos subjetivos perfectos⁸ a favor de los beneficiarios, de modo que, reunidos los requisitos exigidos para ello, la concesión resulta obligada, no discrecional.

Las prestaciones no contributivas de Seguridad Social, antes de la aprobación de la denominada Ingreso mínimo vital, atendían esencialmente a tres situaciones o contingencias: invalidez, jubilación y cargas familiares. Sin perjuicio de otros subsidios para proteger algunas situaciones más específicas, *verbigracia*, nacimiento biológico y desempleo, articulados en nuestra Ley General de Seguridad Social⁹.

5 STC 65/1987. Pleno. Recurso de inconstitucionalidad número 222/1984. Sentencia número 65/1987, de 21 de mayo. BOE núm. 137, de 9 de junio de 1987.

6 Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas. BOE núm. 306, de 22 de diciembre de 1990.

7 Hasta ese momento se podían encontrar algunos antecedentes tales como de las prestaciones asistenciales reguladas por la Ley 45/1960, de 21 de julio y el RD 357/1991, de 15 de marzo. También guardaban alguna conexión con las prestaciones tradicionales de protección a la familia o por hijo a cargo. Otros precedentes, podían encontrarse en las normas de integración social de los discapacitados RD leg. 1/2013, de 29 de diciembre y el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social).

8 J. L. Monereo Pérez, J. L., "Por un nuevo pacto social garantista de los derechos fundamentales para afrontar la crisis y la recuperación", *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, 2020, núm. 1, pág. 40.

9 Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. BOE núm. 261, de 31/10/2015.

EL INGRESO MÍNIMO VITAL Y LOS VAIVENES DEL LEGISLADOR

Del mismo modo guardan relación con las prestaciones no contributivas otras prestaciones a cargo del sistema de Seguridad Social, como la renta activa de inserción¹⁰.

Alguna cercanía con las prestaciones no contributivas tienen otras prestaciones sociales a cargo del sistema de seguridad social. Fue el caso en su momento de la renta activa de inserción, que completa la protección de las situaciones de desempleo. También instancias públicas y privadas de nuestro país conceden ayudas para la protección de situaciones de necesidad no cubiertas por nuestra Seguridad Social. Las más significativas, en ese sentido, son las proporcionadas por las distintas comunidades autónomas, con el nombre de salario social, renta mínima o análogo¹¹.

Las ayudas de la Asistencia Social, encaminadas a paliar la pobreza en multitud de ocasiones están condicionadas a disponibilidad presupuestaria, criterios de discrecionalidad o de planes de beneficencia o socorro.

Bajo este mantra de protección social se incardinan diversas prestaciones, que como ya señalaba el profesor Alonso Olea;

“... la expresión protección social se usa hoy para describir el ámbito en expansión de lo que se venía llamando Seguridad Social. Al unir a ésta las prestaciones denominadas no contributivas o de nivel asistencial al tiempo se amplía el ámbito de las personas protegidas y los supuestos de hecho en virtud de los cuales las prestaciones se otorgan. Aparte de lo cual, al conjunto de los riesgos digamos tradicionalmente cubiertos —incapacidades transitorias y permanentes para el trabajo, asistencia sanitaria, paro forzoso, muerte y supervivencia— se añaden otros tales como la garantía de rentas mínimas, las ayudas de vivienda, la atención especial de los trabajadores migrantes y a los minusválidos... todo esto es lo que queda hoy envuelto con extensión mayor o menor en la protección social.”¹²

A pesar de todas las prestaciones expuestas anteriormente, alguna de ellas de carácter residual o exigua, un número importante de personas con vulnerabilidad económica quedaban al margen de la cobertura no contributiva dispensada, puesto que las prestaciones no contributivas con mayor peso en nuestro sistema han sido tradicionalmente la de jubilación e invalidez.

Así en el año 2020, en plena crisis sanitaria y económica, provocada por la pandemia mundial derivada de la Covid-19, y treinta años después de la entrada en vigor de la ley de prestaciones no

¹⁰ <https://www.sepe.es/HomeSepe/Personas/distributiva-prestaciones/he-dejado-de-cobrar-el-paro/no-tengo-prestacion.html> la renta activa de inserción pertenece a la regulación dedicada a la protección por desempleo.

¹¹ La Renta Mínima de Inserción Social en Andalucía, aprobada mediante Decreto-Ley 3/2017, de 19 de diciembre, regula la prestación económica orientada a la erradicación de la marginación y la desigualdad y a la lucha contra la exclusión social que deberá incorporar un itinerario a través de un Plan de inclusión sociolaboral, en los términos establecidos en los artículos 42.1 y 42.2.g) de la Ley 9/2016, de 27 de diciembre, de Servicios Sociales de Andalucía.

¹² Olea Alonso, M., “La descentralización de las políticas de la protección social en la Constitución Española y en los Estatutos de Autonomía”, *Foro de Seguridad Social*, núm. 8 y 9, 2003, pág. 4.

contributivas, y cumpliendo el mandato constitucional¹³, se aprueba la ley del ingreso mínimo vital¹⁴ (en adelante, IMV) de la que hablaremos a continuación.

2. EL REAL DECRETO-LEY 20/2020, DE 29 DE MAYO, POR EL QUE SE ESTABLECE EL INGRESO MÍNIMO VITAL (RDL 20/2020)

Como se ha tenido ocasión de señalar hasta el año 2020 nuestro sistema de Seguridad Social no disponía de una prestación cuyo objetivo fuese el riesgo general de pobreza.

Esta prestación nace, tal y como recoge su preámbulo¹⁵, con el objetivo principal de garantizar, a través de la satisfacción de unas condiciones materiales mínimas, la participación plena de toda la ciudadanía en la vida social y económica, rompiendo el vínculo entre ausencia estructural de recursos y falta de acceso a oportunidades en los ámbitos laboral, educativo, o social de los individuos.

La prestación no es por tanto un fin en sí misma, sino una herramienta para facilitar la transición de los individuos desde la exclusión social que les impone la ausencia de recursos hacia una situación en la que se puedan desarrollar con plenitud en la sociedad.

Aunque la situación de privación económica que sufren las personas a las que va dirigida esta medida esté en el origen de su situación de vulnerabilidad, la forma concreta que tomará su inclusión social variará en función de las características de cada individuo: para algunos, será el acceso a oportunidades educativas, para otros, la incorporación al mercado de trabajo o, la solución a una condición sanitaria determinada.

Este objetivo de inclusión condiciona de manera central el diseño de la prestación, que, incorporando las mejores prácticas internacionales, introduce un sistema de incentivos buscando evitar la generación de lo que los expertos en política social han llamado «trampas de pobreza», esto es, que la mera existencia de prestación inhiba el objetivo de inclusión social y económica de los receptores.

Para aplicar este sistema de incentivos, resulta fundamental la cooperación con las comunidades autónomas y entidades locales en el despliegue de unos itinerarios de inclusión flexibles y adapta-

¹³ Puede deducirse la trascendencia que para la sociedad española tiene la aprobación del ingreso mínimo vital. Porque, más allá de la dimensión coyuntural que una medida como esta tiene en el actual contexto de crisis provocado por la pandemia, la nueva prestación se integra con vocación estructural dentro de nuestro sistema de Seguridad Social reforzando decisivamente su contenido como garantía institucional «... cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales» (STC 32/1981). Pleno. Recurso de inconstitucionalidad número 11/1984. Sentencia número 27/1987, de 27 de febrero. BOE núm. 71, de 24 de marzo de 1987. Exposición motivos.

¹⁴ Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital. BOE núm. 154, de 01/06/2020.

¹⁵ III.

EL INGRESO MÍNIMO VITAL Y LOS VAIVENES DEL LEGISLADOR

dos a cada situación para los beneficiarios del ingreso mínimo vital, dado que, en el ejercicio de sus competencias, pueden acceder de manera más directa a las realidades concretas de los perceptores a través de los servicios sociales, pieza clave en la articulación del sistema. El sector privado también será copartícipe del diseño de estos itinerarios de inclusión, estableciéndose un Sello de Inclusión Social que acredite a todas aquellas empresas que ofrezcan oportunidades de empleo y formación a los perceptores del ingreso mínimo vital.

Así entendido, el ingreso mínimo vital no es una política dirigida a grupos o individuos concretos, sino que, atendiendo a aquellos que en un momento determinado sufren situaciones de exclusión y vulnerabilidad, protege de forma estructural a la sociedad en su conjunto.

De acuerdo con el artículo 1 del RDL 20/2020, este tiene por objeto “la creación y regulación del ingreso mínimo vital como prestación dirigida a prevenir el riesgo de pobreza y exclusión social de las personas que viven solas o integradas en una unidad de convivencia, cuando se encuentren en una situación de vulnerabilidad por carecer de recursos económicos suficiente para la cobertura de las necesidades básicas”.

Tal y como se declara en la Exposición de Motivos del mismo texto legal, el principal objetivo del IMV será la reducción de la pobreza, especialmente la pobreza extrema, y la distribución de la riqueza.

Con ella se pretende fundamentalmente¹⁶ ofrecer protección frente al riesgo general de pobreza, sin estar vinculada necesariamente la situación de carencia de ingresos a ninguna contingencia típica de la Seguridad Social (vejez, discapacidad, desempleo o cargas familiares), como sucedía hasta ahora con las prestaciones no contributivas existentes en España.

Esta prestación establece un “suelo de protección igualitario” en todo el territorio nacional, que podrá ser complementado por las Comunidades Autónomas. Al asegurar un determinado nivel de renta con independencia del lugar de residencia, esta prestación promoverá también la igualdad efectiva de todos los españoles.

Como objetivos singulares o específicos, reflejadas en la documentación ministerial que acompañaba al RDL 20/2020, se establecieron los siguientes¹⁷:

- Erradicar la pobreza extrema y muy alta. Mediante la redistribución¹⁸ de la renta que propiciará el IMV, se pretende combatir y anular las situaciones de pobreza extrema, en la que se

16 García Romero, B., “Régimen jurídico de las distintas prestaciones implícitas en el ingreso mínimo vital: prestación principal, prestaciones accesorias y prestaciones complementarias”, *La protección de la seguridad a las personas en situación de vulnerabilidad económica y fomento de su inclusión social. V Congreso Internacional y XVIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social. Laborum, 2021*, pág. 829.

17 De Val Tena, A.L., “El ingreso mínimo vital y su caracterización jurídica”, *Seguridad Social para todas las personas. La protección de la seguridad a las personas en situación de vulnerabilidad económica y fomento de su inclusión social. V Congreso Internacional y XVIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social. Laborum, 2021*, pág. 812.

18 Pérez Del Prado, D., “Un primer análisis ante el nacimiento de una nueva prestación: el Ingreso Mínimo Vital”, en VV.AA.: *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la pandemia*, Rodríguez-Piñero Y Bravo-Ferrer, M. Y Casas Baamonde, M. E. (Dirs), Madrid, Francis Lefebvre, 2020, pág. 368.

encuentran las personas cuya renta es inferior a 2.950 euros anuales, así como de pobreza muy alta, posición de las personas cuya renta se sitúa entre 2.950 y 4.350 euros.

En total, esta prestación económica aspira a sacar de la situación de pobreza severa a 1,6 millones de personas, de las que dos terceras partes sufren las consecuencias de la pobreza extrema, mientras una tercera parte padece pobreza muy alta.

- Potenciar la inclusión social. Al mismo tiempo que se reduce la pobreza mediante el reconocimiento del derecho a la prestación económica, se fomenta el apoyo social y laboral mediante estrategias de inclusión de las personas beneficiarias del IMV y el desplazamiento de los obstáculos que impiden la integración social.

Al respecto, como medidas específicas, los beneficiarios del IMV «serán objetivo prioritario y tenidos en cuenta en el diseño de los incentivos a la contratación que apruebe el Gobierno» (art. 28.2 RDL 20/2020); asimismo, se instaura el «Sello de Inclusión Social» para distinguir a aquellas empresas y entidades que contribuyan al tránsito de los beneficiarios del IMV desde una situación de riesgo de pobreza y exclusión a la participación activa en la sociedad, en particular a los empleadores de estas personas (disp. adic. primera RDL 20/2020).

- Fomentar la participación en el mercado laboral. Todas las personas beneficiarias, si no están trabajando y son mayores de edad o menores emancipados, deben figurar inscritas como demandantes de empleo [arts. 7.1.d) y 33.1.f) RDL 20/2020].

Además, con el fin de que la percepción del IMV no desincentive la participación en el mercado laboral, su cobro será compatible con las rentas del trabajo o la actividad económica por cuenta propia de la persona beneficiaria individual o, en su caso, de uno o varios miembros de la unidad de convivencia, en los términos y con los límites que reglamentariamente se establezcan; más aún, la superación en un ejercicio de los límites de rentas establecidos por esta causa no supondrá la pérdida del derecho a la percepción del IMV en el ejercicio siguiente (art. 8.4 RDL 20/2020).

La inclusión social por medio del trabajo profesional queda de este modo favorecida, en tanto el fomento del trabajo es el cauce más adecuado para la integración social, de ahí que resulte novedosa, así hay que destacarlo, la compatibilidad entre el trabajo y la prestación. En última instancia, se brinda la oportunidad de incorporarse a la economía formal a personas y colectivos que tradicionalmente han venido trabajando fuera de este ámbito, abrigando la esperanza de que el disfrute de los beneficios sociales y económicos que ello supone actúe, en muchos casos, como barrera para la vuelta de estas personas a la economía informal, con las ventajas individuales y colectivas que ello comporta para la sociedad.

EL INGRESO MÍNIMO VITAL Y LOS VAIVENES DEL LEGISLADOR

La deseable consecución de estas metas¹⁹ lleva a la creación de una Comisión de seguimiento que, entre sus funciones, deberá:

- evaluar el impacto del IMV como instrumento para prevenir el riesgo de pobreza y exclusión social de las personas en situación de vulnerabilidad económica, con especial atención a la pobreza infantil;
- evaluar y analizar las políticas y medidas de inclusión, así como su impacto en los colectivos vulnerables, e intercambio de mejores prácticas y experiencias, con el fin de maximizar las sinergias de las políticas públicas y de mejorar su eficacia;
- evaluar y seguir las estrategias de inclusión que promueva el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, del «Sello de Inclusión Social» y de la evolución en la participación en el mercado laboral de los perceptores del IMV, cuando la persona beneficiaria lo compatibilice con las rentas del trabajo o de la actividad económica por cuenta propia²⁰.

La prestación económica Ingreso Mínimo Vital presenta según el artículo tres del real decreto siguientes características²¹:

- a. Carácter subsidiario y complementario o diferencial: El IMV garantiza un nivel mínimo de renta mediante la cobertura de la diferencia existente entre la suma de la totalidad de los ingresos de que disponga el beneficiario (individual o unidad de convivencia) y la cuantía de la renta garantizada en cada caso.

Deben solicitarse previamente otras prestaciones o pensiones a las que pudiera tener derecho con las que se declara incompatible, salvo las rentas mínimas y ayudas análogas de las CCAA (art. 7.1.c).

En este sentido, el IMV se presenta como el último nivel de protección que tiene la función de acoger en su seno a todas las personas que escapan a la protección del sistema contributivo y de la protección por desempleo²².

- b. Diferenciado: Su protección es distinta según vaya dirigida a una persona sola o a una unidad de convivencia, en este caso, atendiendo a su estructura y características específicas.
- c. Indefinido: la prestación es una “red de seguridad” que se mantiene mientras persista la situación de vulnerabilidad económica y no cambien las circunstancias de su concesión.

19 De Val Tena, A. L., “El ingreso mínimo vital y su caracterización...op. cit. pág. 813.

20 Art. 30.3 RD-ley 20/2020.

21 García Romero, B., “Régimen jurídico de las distintas prestaciones implícitas en el ingreso mínimo vital: prestación principal... op. cit., pág. 831.

22 González Ortega, S., Barcelón Cobedo, S., *El Ingreso Mínimo Vital, (Comentarios al Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 54.

EL INGRESO MÍNIMO VITAL Y LOS VAIVENES DEL LEGISLADOR

- d. Inclusivo: Se dirige a facilitar el tránsito desde la situación de exclusión hacia la plena participación social, estableciendo incentivos al empleo y a la inclusión, articulados a través de diferentes fórmulas de cooperación entre las Administraciones.
- e. Intransferible: Como el resto de las prestaciones de Seguridad Social, pudiendo ser objeto de retención de acuerdo con el art. 44 LGSS, y estando en materia de embargo a lo dispuesto en el art. 607.1 LEC.

La financiación es íntegramente estatal, a cargo de los presupuestos generales del Estado: se realiza mediante la correspondiente transferencia a los presupuestos de la Seguridad Social como indica el Capítulo VI del RDL 20/2020.

La gestión es pública y residenciada en el Instituto Nacional de la Seguridad Social, como el resto de las prestaciones económicas de la Seguridad Social, sin perjuicio de la colaboración en la gestión por parte de las Comunidades Autónomas.

La tramitación del procedimiento se realizará por medios telemáticos. Asimismo, de forma excepcional, para agilizar el procedimiento, se prevé la colaboración del Tercer Sector de Acción Social en la gestión del IMV durante los cinco años siguientes a la entrada en vigor del RDL 20/2020 (DT 8ª, incorporada por RDL 3/2021, art. 3).

2.1. Evolución del RDL 20/2020. Variaciones y transformaciones

El IMV se establece por RDL 20/2020, de 29 mayo, norma singularmente extensa, que se estructura actualmente en nueve capítulos, cuarenta y dos artículos, cinco disposiciones adicionales, ocho disposiciones transitorias, una disposición derogatoria, once disposiciones finales y dos Anexos.

Pese a la regulación detallada de algunas cuestiones, el legislador hace un uso abusivo de la delegación de la potestad reglamentaria, remitiendo la regulación de importantes aspectos a su posterior desarrollo reglamentario²³.

En su corta existencia, esta norma ha sufrido varias modificaciones con las que se ha pretendido fundamentalmente mejorar su regulación para permitir ampliar su ámbito de cobertura e incluir situaciones no contempladas en la regulación originaria.

Los principales revisiones han sido realizadas por las siguientes disposiciones:

- RDL 28/2020, de 22 de septiembre²⁴, por el que se regula el trabajo a distancia (DA 11ª);
- RDL 30/2020, de 29 septiembre²⁵, de medidas sociales en defensa del empleo (DF 5ª);

23 García Romero, B., "Régimen jurídico de las distintas prestaciones implícitas en el ingreso mínimo vital: prestación principal...", *op. cit.*, pág. 834.

24 Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia. BOE núm. 253, de 23/09/2020.

25 Real Decreto-ley 30/2020, de 29 de septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo. BOE núm. 259, de 30 de septiembre de 2020.

EL INGRESO MÍNIMO VITAL Y LOS VAIVENES DEL LEGISLADOR

- RDL 35/2020, de 22 diciembre²⁶ (DF 5ª);
- Res. de 16/12/2020, de la Intervención General de la Administración del Estado²⁷ (BOE de 19 diciembre);
- RDL 3/2021, 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico²⁸ (art. 3);
- Ley 10/2021, de 9 de julio, sobre trabajo a distancia²⁹, que convalida el RDL 28/2020 (DA 11ª y DT 5ª).

Los cambios que se incorporan en los primeros seis meses de vigencia de la norma tenían principalmente como objetivo agilizar el cobro del IMV y han sido realizados, sobre todo, por el RDL 28/2020 y RDL 30/2020, y por RDL 35/2020, ya citados. Para ello:

1. Se otorga un mayor plazo para resolver, se pasa de seis meses y no tres, para que se entienda denegado por silencio; también se establecen menos exigencias previas:
 - a. Se elimina el requisito de estar inscrito como demandante de empleo para solicitar el IMV ya que con la nueva redacción se podrá realizar a posteriori. Así mismo están exentos de hacerlos algunos colectivos como los estudiantes menores de 28 años, cuidadores profesionales de dependientes, mayores de 65 años, discapacitados en grado superior al 65 %, que tengan reconocida la situación de dependencia o una pensión de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez o una pensión no contributiva de invalidez;
 - b. Se elimina, también, la exigencia de certificado de empadronamiento la Seguridad Social podrá obtener la información del INE.
2. La Seguridad Social comprobará en un máximo de 30 días si se cumplen los requisitos económicos. Solo si se cumplen seguirá con el expediente, debiendo resolver en el plazo de seis meses; si no se cumplen, informará a la persona solicitante que no es posible tramitar la ayuda. Frente a ello, puede interponer reclamación administrativa, que obligará a hacer nuevas comprobaciones.
3. Concesión automática: las personas que ya están recibiendo alguna ayuda asistencial o renta mínima autonómica pasarán automáticamente a cobrar el nuevo IMV.

²⁶ Real Decreto-ley 35/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes de apoyo al sector turístico, la hostelería y el comercio y en materia tributaria. BOE núm. 334, de 23/12/2020.

²⁷ Resolución de 16 de diciembre de 2020, de la Intervención General de la Administración del Estado, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 9 de diciembre de 2020, por el que se amplía el plazo de aplicación del régimen transitorio de aplicación del control financiero permanente, como única modalidad de control, para el reconocimiento del derecho y de la obligación de los expedientes de la prestación no contributiva del ingreso mínimo vital. BOE núm. 330, de 19 de diciembre de 2020.

²⁸ Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico. BOE núm. 29, de 3 de febrero de 2021.

²⁹ Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia. BOE núm. 164, de 10 de julio de 2021.

EL INGRESO MÍNIMO VITAL Y LOS VAIVENES DEL LEGISLADOR

4. Agilización de la tramitación del IMV: el RDL 35/2020 da nueva redacción al art. 29 RDL 20/2020, estableciendo un mecanismo de colaboración entre el INSS y las CCAA. Para ello, se prevé la emisión de un certificado por la comunidad autónoma, que será suficiente para que la entidad gestora considere solicitadas las prestaciones por las 16 En la regulación inicial, el RDL 20/2020, contaba con 37 artículos, pero el RDL 3/2021 ha añadido los artículos 6 bis, 6 ter, 6 quater, y 33 bis, así como una disposición derogatoria 8ª.

El derecho a la prestación del IMV nacerá a partir del primer día del mes siguiente al de la fecha de presentación de ese certificado, y si en virtud del certificado emitido por la correspondiente comunidad autónoma se reconociese una prestación que posteriormente fuera declarada indebida y no fuese posible recuperar el importe abonado, los perjuicios ocasionados serán a cargo de la comunidad autónoma certificadora.

Otras modificaciones importantes son fruto del RDL 28/2020, RDL 30/2020 y, más recientemente, del RDL 3/2021, de 2 de febrero. Estas adecuaciones surgen de la necesidad de garantizar cobertura al mayor número de personas posibles, así como ofrecer coberturas a situaciones no contempladas inicialmente, destacando las siguientes;

1. Cambios en las condiciones de acceso de las personas solas (se elimina el límite superior de edad de 65 años) y se endurecen las condiciones de acceso de menores de 30 años (tendrán que acreditar tres años de vida independiente de sus progenitores o tutores y un año en alta en la Seguridad Social dentro de esos tres años, mientras que los mayores de 30 años solo tienen que acreditar un año de vida independiente).
2. Cambios en la “unidad de convivencia”: personas solas en situación de exclusión social que convivan con otras personas solas o unidades de convivencia y que no tienen vínculos de parentesco (se elimina el número de titulares del ingreso mínimo vital en una misma vivienda); posibilidad de residir en un domicilio con personas con las que tuvieran vínculos propios de la unidad de convivencia, pero que esta convivencia se deba a una situación especial —condición de mujer víctimas de violencia de género, inicio de los trámites de separación, divorcio o nulidad matrimonial, acompañada o no de menores, desahucio o condición de inhabilitación del domicilio por accidente o fuerza mayor—.

También se considera domicilio la habitación de un hotel o similar; se permite que la unidad de convivencia se configure por el titular, por las personas unidas entre sí por vínculo matrimonial, como pareja de hecho, y, en su caso, con sus descendientes menores de edad hasta el primer grado de consanguinidad, afinidad, adopción o en virtud de régimen de acogimiento familiar permanente o guarda con fines de adopción. En algunos supuestos se puede extender hasta el segundo grado.

3. Se incluyen supuestos especiales de empadronamiento: residencia en establecimientos colectivos, sinhogarismo y empadronamiento en infraviviendas. Se modifica la regulación de las

EL INGRESO MÍNIMO VITAL Y LOS VAIVENES DEL LEGISLADOR

personas usuarias de prestaciones de servicio residencial para ampliar la capacidad de ser beneficiarias de la prestación a las personas que residan temporalmente tanto en establecimientos públicos como privados.

4. Se da un concepto propio de “pareja de hecho” y se aclara el concepto de hogar monoparental.
5. Se amplían los supuestos de percepción de complemento de monoparentalidad: la convivencia con progenitores, guardadores o acogedores y abuelos, si uno de ellos tiene un grado 3 de dependencia, o una pensión de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez; también mujer víctima de violencia de género y uno o más descendientes sobre los que tenga la guarda y custodia, o uno o más menores en régimen de acogimiento familiar permanente o guarda con fines de adopción.
6. Se modifica el régimen de compatibilidad entre el IMV y la asignación por hijo a cargo sin discapacidad.
7. Régimen de infracciones y sanciones, estas se gradúan en grado mínimo, medio y máximo; deja de considerarse infracción grave la no comunicación de las salidas al extranjero entre quince y noventa días, y cuando se sancione con la extinción del derecho, existe el deber de ingresar tres meses de la prestación.
8. Ampliación del plazo transitorio para el control financiero del IMV. Mediante resolución de la Intervención General de la Administración del Estado³⁰ se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 9 de diciembre de 2020, por el que se amplía hasta el 30 de junio de 2021 el plazo de aplicación del régimen transitorio de aplicación del control financiero permanente, establecido en la DT 4ª del RDL 20/2020, como única modalidad de control, para el reconocimiento del derecho y de la obligación de los expedientes de la prestación no contributiva del ingreso mínimo vital.

Tras los ajustes realizados en estos meses, convendría incluir la regulación consolidada del Ingreso Mínimo Vital³¹, dada su vocación de permanencia, en el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

La tarea no es nada complicada ni exige de una reordenación integral del articulado, ya que su ubicación sería en el último de los Títulos (el VI), junto a las demás prestaciones no contributivas, en un capítulo propio en el que se recogiera el contenido del RDL 20/2020, con sus sucesivas modi-

³⁰ Resolución de 16 de diciembre de 2020, de la Intervención General de la Administración del Estado, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 9 de diciembre de 2020, por el que se amplía el plazo de aplicación del régimen transitorio de aplicación del control financiero permanente, como única modalidad de control, para el reconocimiento del derecho y de la obligación de los expedientes de la prestación no contributiva del ingreso mínimo vital. BOE núm. 330, de 19 de diciembre de 2020.

³¹ García Romero, B., “Régimen jurídico de las distintas prestaciones implícitas en el ingreso mínimo vital: prestación principal...”, *op. cit.*, pág. 836.

ficaciones o el que pudiera resultar de su posible tramitación como proyecto de ley ordinario. Esta operación es importante para dotarla de mayor visibilidad y estabilidad institucional³².

3. LA ¿ÚLTIMA? REDACCIÓN DEL INGRESO MÍNIMO VITAL. NOVEDADES

La nueva regulación³³ del IMV viene a sustituir tácitamente al Real Decreto-ley vigente y, aunque en su mayor parte coincide con la versión vigente del mismo, sin embargo, introduce algunas novedades que pasamos a enumerar:

- respecto a los beneficiarios y titulares del IMV existente ciertas modificaciones, siendo la de más calado que se amplía a personas entre 18 y 22 años de centros de protección de menores la tutela de Entidades Públicas de protección de menores dentro de los tres años anteriores a la mayoría de edad, o sean huérfanos absolutos, siempre que vivan solos sin integrarse en una unidad de convivencia bajo determinadas condiciones (arts. 4 y 5).
- también hay cambios en los requisitos y forma de acreditarlos. La identidad tanto de las personas solicitantes como de las que forman la unidad de convivencia se acreditará mediante el documento nacional de identidad en el caso de los españoles y mediante el documento nacional de identidad de su país de origen o procedencia, o de la tarjeta de identificación de extranjero, o el pasaporte, en el caso de ciudadanos extranjeros.

Asimismo, se debe aportar el número personal de identificación (NIE) si no constara en los documentos presentados para acreditar la identidad o la residencia legal en España. (art. 21). Con respecto a, la vulnerabilidad económica: Cuando no se reúna el requisito de vulnerabilidad económica en el ejercicio anterior, se podrá solicitar desde el 1 de abril hasta el 31 de diciembre del año en curso el reconocimiento del derecho a la prestación de ingreso mínimo vital en aquellos supuestos en los que la situación de vulnerabilidad económica haya sobrevenido durante el año en curso (arts. 10 y 11).

- existen novedades en la cuantía (art. 13), destacando especialmente que se crea un complemento de ayuda para la infancia, que conlleva una cantidad mensual por cada menor de edad miembro de la unidad de convivencia en función de la edad.
 - Menores de tres años: 100 euros.
 - Mayores de tres años y menores de seis años: 70 euros.
 - Mayores de seis años y menores de 18 años: 50 euros

32 Monereo Pérez, J.L., "Por un nuevo pacto social garantista de los derechos fundamentales para afrontar la crisis y la recuperación", *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, núm. 1, 2020, pág. 44, DOI: <https://doi.org/10.24310/rejls.v1i1.10403>.

33 Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital. BOE núm. 304, de 21/12/2021.

EL INGRESO MÍNIMO VITAL Y LOS VAIVENES DEL LEGISLADOR

Para percibirlo, se establecen los umbrales de renta y patrimonio neto del 300 % de los límites del anexo I y del 150% de los límites del anexo II, respectivamente, cumpliendo con el test de activos del anexo III.

- también hay novedades en el cómputo de los ingresos y del patrimonio. Las ganancias patrimoniales generadas en el ejercicio se computarán por la cuantía que se integra en la base imponible del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o del impuesto foral correspondiente según la normativa vigente en cada período, sin tener en cuenta las reducciones que, en su caso, pudieran ser de aplicación conforme a la normativa de aquellos, y minorada de cualquiera de las ayudas públicas contempladas en el apartado f (art. 20).
- el órgano encargado de determinar las estrategias de inclusión es la Secretaría General de Objetivos y Políticas de Inclusión y Previsión Social del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones. No obstante, se amplían las entidades que van a cooperar y colaborar con la Administración. Además de las ya contempladas en el Real Decreto Ley (comunidades autónomas y entidades locales), se podrán firmar convenios de colaboración con las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, empresas colaboradoras, incluidas las empresas distinguidas con el Sello de Inclusión Social, así como entidades del Tercer Sector de Acción Social.

Estos convenios pueden regir la cooperación en el procedimiento administrativo, en el desarrollo de estrategias de inclusión o en cualquier otro ámbito de relevancia para los fines del ingreso mínimo vital (art. 23 y capítulo V).

- para que puedan colaborar las Entidades del Tercer Sector en la gestión de la prestación del IMV se deben acreditar determinadas circunstancias (DT.7).
- se permite, además, que las Comunidades Autónomas puedan remitir solicitudes del IMV al INSS, a aquellas personas interesadas que le otorguen su consentimiento, como cauce para la iniciación del procedimiento de solicitud.
- se habilita a la persona titular de la Dirección General del INSS. Por resolución de la persona titular del INSS que habrá de publicarse en el Boletín Oficial del Estado, se aprobarán modelos normalizados que deben cumplimentar los Servicios Sociales y Entidades del Tercer Sector de Acción Social para certificar los requisitos que la ley les habilita respecto de los solicitantes de la prestación (DA.6).
- se exime del pago a los beneficiarios de la prestación del IMV de los precios públicos por servicios académicos universitarios para la realización de estudios conducentes a la obtención de títulos de carácter oficial (DA.7), sin límite de edad.
- se exime del pago de precios públicos por la expedición del Documento Nacional de Identidad a los menores de 14 años integrados en una unidad de convivencia que solicite la prestación del Ingreso Mínimo Vital (DA.8).

EL INGRESO MÍNIMO VITAL Y LOS VAIVENES DEL LEGISLADOR

- la exención del pago de precios públicos por servicios académicos universitarios a beneficiarios de la prestación del IMV entre los meses de julio y diciembre de 2020 que realicen estudios conducentes a la obtención de títulos de carácter oficial durante el curso 2020-2021 (DT.4).
- se establece un procedimiento especial de reintegro de renta mínima autonómica indebidamente percibida con motivo del reconocimiento de la prestación económica del Ingreso mínimo vital (DA.9).
- se regula el reconocimiento del complemento de ayuda para la infancia a los beneficiarios de la asignación económica por hijo o menor a cargo sin discapacidad o con discapacidad inferior al 33 % (DA.10).
- se regulan las prestaciones económicas transitorias del IMV hasta 31-12-2022. El Instituto Nacional de la Seguridad Social reconocerá durante 2020 la prestación transitoria de ingreso mínimo vital a los actuales beneficiarios de la asignación económica por hijo o menor a cargo del sistema de la Seguridad Social que, a fecha de 1 de junio de 2020 reunían los requisitos que se exponen en los apartados siguientes, siempre que el importe de la prestación transitoria de ingreso mínimo vital sea igual o superior al importe de la asignación económica que vinieran percibiendo (DT.1).
- se regulan también la situación de solicitudes del IMV antes y después del 1-1-2021. Si la solicitud se presentó antes del 1 de enero de 2021, los efectos económicos se retrotraerán al día 1 de junio de 2020 siempre que, en esta fecha, se acrediten todos los requisitos para su acceso. En caso de no cumplir los requisitos en la referida fecha los efectos económicos se fijarán el día primero del mes siguiente a aquel en que se cumplan los requisitos (DT.2).
- hasta el 31 de diciembre y con carácter excepcional, el control sobre el reconocimiento del derecho y de la obligación de los expedientes de la prestación no contributiva de ingreso mínimo vital será exclusivamente la de control financiero permanente. Desde el 1 de enero de 2021, el reconocimiento del derecho y de la obligación de la prestación no contributiva de ingreso mínimo vital estará sometido a la función interventora en todas sus modalidades (DT.3).
- también se regula la situación de la asignación por hijo o menor a cargo sin discapacidad o con discapacidad inferior al 33% presentadas antes de la entrada en vigor del Real Decreto Ley 20/2020. A partir del 1 de junio de 2020, los beneficiarios de la asignación económica por cada hijo o menor a cargo sin discapacidad o con discapacidad inferior al 33 por ciento continuarán percibiendo dicha prestación hasta que dejen de concurrir los requisitos y proceda su extinción.

Las solicitudes presentadas con anterioridad al 1 de junio de 2020 se registrarán por la norma vigente al tiempo de su presentación, excepto en relación con la actualización de los límites de ingresos anuales, para la cual se aplicarán las normas relativas a la prestación económica por nacimiento o adopción de hijo en supuestos de familias numerosas, monoparentales y de madres o padres con discapacidad. (DT.6)

EL INGRESO MÍNIMO VITAL Y LOS VAIVENES DEL LEGISLADOR

- se regula un régimen transitorio a los procedimientos iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley 19/2021 (DT.8)
- se habilita para el desarrollo reglamentario (DF.11)

En cuanto a modificaciones de otras normas, destacamos como novedades:

- modificación del art. 130 LGSS sobre Tramitación electrónica de procedimientos en materia de Seguridad Social (DF.4)
- modificación del art. 2.o LRJS (para dar cabida a que el orden jurisdiccional social pueda ser el competente para conocer sobre las cuestiones litigiosas referidas a aquellas prestaciones de protección social que establezcan las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias, dirigidas a garantizar recursos económicos suficientes para la cobertura de las necesidades básicas y a prevenir el riesgo de exclusión social de las personas beneficiarias. (DF.9).

4. A MODO DE REFLEXIÓN

La nueva formulación otorgada a la prestación no contributiva del IMV parece, *a priori*, que tendrá un impacto positivo en ella puesto que flexibiliza y agiliza los trámites y requisitos de acceso como se ha tenido ocasión de analizar en páginas anteriores.

También se amplían los potenciales beneficiarios de la prestación del IMV, como por ejemplo el mayor rango de edad a personas en centros de protección de menores, se producen también mejoras en colectivos vulnerables, mujeres víctima de violencia de género, trata o explotación sexual.

A destacar la eliminación, a mi entender de determinados requisitos que se podrían denominar “diabólicos”. Especialmente la eliminación del requisito establecido en el art. 7.e; “*Haber solicitado las pensiones y prestaciones públicas vigentes que se determinen reglamentariamente a las que pudieran tener derecho*”. Condición realmente dificultosa de cumplir puesto que obligaba al potencial beneficiario a haber solicitado cualquier prestación a la que pudiese haber optado, con la complejidad que ello suponía.

Se habilita y capacita a determinadas entidades en la gestión del IMV, es pronto para evaluar esta medida puesto que apenas han transcurrido seis meses desde la entrada en vigor del RD. Lo deseable será que el posible beneficiario de la prestación no se confunda en un laberinto de entidades autorizadas a su solicitud, tampoco se establece una dotación presupuestaria económica para ello. Por tanto, esperemos que no quede en una plasmación de buenos deseos por parte del legislador.

Se regula el periodo transitorio del IMV y se establece la fórmula para aquellos que, cuando finalice el plazo, no cumplan los requisitos de acceso al IMV, cuestión esta pendiente desde la aprobación en el año 2020. Recordemos que uno de los objetivos del IMV es que la prestación por hijo a cargo sin discapacidad o con discapacidad inferior al 33% que quede integrada en él.

5. BIBLIOGRAFÍA

Álvarez Cortés, H., "El ingreso mínimo vital en la encrucijada", *Revista internacional y comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 9, núm. 2, 2021.

Carmona Cuenca, E., "El derecho a un mínimo vital con especial referencia a la constitución española de 1978", *Revista del Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile*, núm. 172, 2012.

De Val Tena, A.L., "El ingreso mínimo vital y su caracterización jurídica", *Seguridad Social para todas las personas. La protección de la seguridad a las personas en situación de vulnerabilidad económica y fomento de su inclusión social. V Congreso Internacional y XVIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*. Laborum, 2021.

García Romero, B., "Régimen jurídico de las distintas prestaciones implícitas en el ingreso mínimo vital: prestación principal, prestaciones accesorias y prestaciones complementarias", *La protección de la seguridad a las personas en situación de vulnerabilidad económica y fomento de su inclusión social. V Congreso Internacional y XVIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*. Laborum, 2021.

González Ortega, S., Barcelón Cobedo, S., *El Ingreso Mínimo Vital, (Comentarios al Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

Monereo Pérez, J.L., "Por un nuevo pacto social garantista de los derechos fundamentales para afrontar la crisis y la recuperación", *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, núm. 1, 2020, DOI: <https://doi.org/10.24310/rejls.vi1.10403>.

Monereo Pérez, J.L., "El derecho social al ingreso mínimo vital", *Temas Laborales*, núm. 158, 2021, pág. 78. Y Prieto Sanchís, L. "Tribunal constitucional y positivismo jurídico", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 23, 2021.

Olea Alonso, M., "La descentralización de las políticas de la protección social en la Constitución Española y en los Estatutos de Autonomía", *Foro de Seguridad Social*, núm. 8 y 9, 2003.

Pérez Del Prado, D., "Un primer análisis ante el nacimiento de una nueva prestación: el Ingreso Mínimo Vital", en VV.AA.: *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la pandemia*, Rodríguez-Piñero Y Bravo-Ferrer, M. Y Casas Baamonde, M. E. (Dirs), Madrid, Francis Lefebvre, 2020.

Legislación

Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital. BOE núm. 304, de 21/12/2021.

Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia. BOE núm. 164, de 10 de julio de 2021.

Ley 9/2016, de 27 de diciembre, de Servicios Sociales de Andalucía. BOJA núm. 248, de 29 de diciembre de 2016.

Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas. BOE núm. 306, de 22 de diciembre de 1990.

EL INGRESO MÍNIMO VITAL Y LOS VAIVENES DEL LEGISLADOR

Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico. BOE núm. 29, de 3 de febrero de 2021.

Real Decreto-ley 35/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes de apoyo al sector turístico, la hostelería y el comercio y en materia tributaria. BOE núm. 334, de 23/12/2020.

Real Decreto-ley 30/2020, de 29 de septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo. BOE núm. 259, de 30 de septiembre de 2020.

Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia. BOE núm. 253, de 23/09/2020.

Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital. BOE núm. 154, de 01/06/2020.

Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. BOE núm. 261, de 31/10/2015

Decreto-ley 3/2017, de 19 de diciembre, por el que se regula la Renta Mínima de Inserción Social en Andalucía. BOJA núm. 245, de 26 de diciembre de 2017.

Resolución de 16 de diciembre de 2020, de la Intervención General de la Administración del Estado, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 9 de diciembre de 2020, por el que se amplía el plazo de aplicación del régimen transitorio de aplicación del control financiero permanente, como única modalidad de control, para el reconocimiento del derecho y de la obligación de los expedientes de la prestación no contributiva del ingreso mínimo vital. BOE núm. 330, de 19 de diciembre de 2020.

Resolución de 16 de diciembre de 2020, de la Intervención General de la Administración del Estado, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 9 de diciembre de 2020, por el que se amplía el plazo de aplicación del régimen transitorio de aplicación del control financiero permanente, como única modalidad de control, para el reconocimiento del derecho y de la obligación de los expedientes de la prestación no contributiva del ingreso mínimo vital. BOE núm. 330, de 19 de diciembre de 2020.

Jurisprudencia

STC 32/1981. Pleno. Recurso de inconstitucionalidad número 11/1984. Sentencia número 27/1987, de 27 de febrero. BOE núm. 71, de 24 de marzo de 1987.

STC 37/1994. Pleno. Sentencia 37/1994, de 10 de febrero de 1994 BOE núm. 65, de 17 de marzo de 1994.

STC 65/1987. Pleno. Recurso de inconstitucionalidad número 222/1984. Sentencia número 65/1987, de 21 de mayo. BOE núm. 137, de 9 de junio de 1987.

DISCAPACIDAD, GÉNERO E INCLUSIÓN LABORAL. Incentivos sociolaborales para el autoempleo y el emprendimiento en Andalucía

DISABILITY, GENDER AND LABOR INCLUSION. Social and labor incentives for self-employment and entrepreneurship in Andalucía

Raquel Castro Medina

Trabajadora social

raquelcastromedina30@gmail.com ORCID [0000-0003-0604-6045](https://orcid.org/0000-0003-0604-6045)

Recepción de trabajo: 02-06-2022 - Aceptación: 19-07-2022 - Publicado: 21-07-2022

Páginas: 224-243

- 1. REFLEXIONES PREVIAS: ¿REALMENTE ESTAMOS VIVIENDO UN CAMBIO DE PARADIGMA?
- 2. SITUACIÓN SOCIOLABORAL DE LAS MUJERES CON DISCAPACIDAD. 2.1. Barreras en el acceso al empleo. 2.2 Factores que evidencian la doble discriminación.
- 3. A PROPÓSITO DEL EMPRENDIMIENTO Y EL AUTOEMPLEO COMO MEDIO DE INCLUSIÓN LABORAL. 3.1. Una primera aproximación terminológica. 3.1.1. Emprendimiento. 3.1.2. Autoempleo. 3.2. Realidad del emprendimiento y el autoempleo como medidas de integración laboral de las mujeres con discapacidad. 3.3. Algunas medidas concretas para el fomento del autoempleo y el emprendimiento en Andalucía.
- 4. CONCLUSIONES: ¿CUÁLES SON LAS EXPECTATIVAS DE LA SOCIEDAD ANTE LA MUJER CON DISCAPACIDAD?
- 5. BIBLIOGRAFÍA

RESUMEN

Es menester partir de una autoreflexión previa que nos permita romper con el imaginario generalizador, prejuicioso y asociativo que equipara discapacidad con imposibilidad de participar en el mercado de trabajo. Puesto que, los prejuicios enraizados en la idea de discapacidad en sí misma se sustentan por medio de tales creencias instaurando solidas barreras mentales fruto, principalmente, del desconocimiento. Lo cual, sin duda alguna, va a incidir negativamente en las vidas de las personas con discapacidad, dadas las claras implicaciones sociales, educativas, políticas y legales, entre otras, que de las mismas se derivan.

Con todo, aunque se ha avanzado en los últimos años en el diseño de políticas de inserción de las personas con discapacidad, aún queda mucho camino por recorrer para alcanzar importantes objetivos entorno a una mayor inclusión laboral y social del colectivo. Por su parte, en lo que respecta a las mujeres con discapacidad, los roles tradicionales de género y otros añadidos dificultan la iniciativa emprendedora que se ha posicionado como una de las posibles soluciones a los elevados índices de desempleo tanto en España como en Andalucía. Este trabajo pretende recoger y analizar el contexto socio-laboral de estas mujeres y las iniciativas propuestas por el legislador y las administraciones públicas.

PALABRAS CLAVE: discapacidad, mujeres, inclusión laboral, autoempleo, emprendimiento.

ABSTRACT

It is necessary to start from a previous self-reflection that allows us to break with the generalizing, prejudiced and associative imaginary that equates disability with the impossibility of participating in the labor market. Since, the prejudices rooted in the idea of disability itself are sustained by means of such beliefs, establishing solid mental barriers, the result, mainly, of ignorance. Which, without a doubt, will have a negative impact on the lives of people with disabilities, given the clear social, educational, political and legal implications, among others, that derive from them.

All in all, although progress has been made in recent years in the design of inclusion policies for people with disabilities, there is still a long way to go to achieve important objectives around greater labor and social inclusion of the group. For their part, with regard to women with disabilities, traditional gender roles and other additions hinder entrepreneurial initiative, which has positioned itself as one of the possible solutions to the high unemployment rates both in Spain and Andalusia. This work aims to collect and analyze the socio-labour context of these women and the initiatives proposed by the legislator and public administrations.

KEYWORDS: new era, fundamental labor rights, technology, challenges, regulatory changes.

1. REFLEXIONES PREVIAS: ¿REALMENTE ESTAMOS VIVIENDO UN CAMBIO DE PARADIGMA?

El devenir científico y social de los últimos tiempos ha desembocado en la incuestionable diversificación de las disciplinas que lo componen. Como respuesta, para atender a las exigencias derivadas de esta realidad o más bien a consecuencia de ella, estamos viviendo un paulatino incremento de los recursos materiales, institucionales o personales entre otros al servicio del progreso. Sería de esperar entonces que, en este contexto tan aparentemente favorable, la investigación en el ámbito de la discapacidad hubiese disfrutado igualmente del apogeo vivido en otras áreas. Nada más lejos de la realidad.

Tiempo atrás, la intervención y enfoque conceptual protagonista en este campo quedaba supeitado al criterio médico o patológico. Desde esta simpleza, el objetivo fundamental perseguido permanecía encorsetado en explicar, valorar, rehabilitar y prevenir las carencias y desviaciones del individuo para cerciorarse su adaptación al medio social, cultural o laboral según nuestros cánones.

Fiel reflejo de esta tendencia “pasada” fue la postura mantenida por la Organización Mundial de la Salud (OMS) en la Clasificación Internacional de Insuficiencia, Discapacidad y la Minusvalía (CIDDM) del año 1980, en la que se define *discapacidad* como: “*la objetivación de la deficiencia en el sujeto y con una repercusión directa en su capacidad de realizar actividades en los términos considerados normales para cualquier sujeto de sus características*”.

No obstante, bien es cierto que, con el transcurso de los años y la notoriedad del rechazo generalizado a las visiones más animistas de la discapacidad, la apertura a términos “en positivo” sobre esta realidad fue ganando terreno. Así pues, el tímido avance logrado se materializó en la rectificación, o más bien adaptación, de la definición anterior una vez publicada la Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud (CIF) en 2001. A lo largo de este texto, la consideración propuesta como más “positiva” viene a enunciar lo siguiente: “*El funcionamiento y la discapacidad de una persona se conciben como una interacción dinámica entre los estados de salud (enfermedades, trastornos, lesiones, traumas, etc.) y los factores contextuales (que) incluyen tanto factores personales como factores ambientales) [...]. Los factores ambientales interactúan con todos los componentes del funcionamiento y la discapacidad.*”

De otro lado, en paralelo acompañando al criterio médico, una rápida revisión de la literatura disponible sobre la materia nos muestra fielmente la crudeza sobre la cual versan las distintas construcciones sociológicas, psicológicas y antropológicas dirigidas tradicionalmente a asociar discapacidad con dependencia sin mirar más allá. Desde esta posición histórica fuertemente arraigada, especialmente en las sociedades industrializadas, es todo un reto abrir paso a una nueva óptica más esperanzadora cuyo eje central quede al servicio de la integración social plena del colectivo.

Por añadidura, en general, aquellas personas que no han vivido de cerca ninguna experiencia con la discapacidad suelen percibirla como una tragedia, una pérdida o una deficiencia. Por ello, al partir de estas apreciaciones, acostumbramos generar sentimientos de miedo, lástima o admira-

ción según interpretemos, desde nuestra propia construcción especulativa, las interacciones que, en particular, la persona con discapacidad que tengamos de referencia realice con el entorno que nos rodea. De forma similar, aun si nos alejamos del caso concreto, la influencia legitimadora de las representaciones sociales fuerza una proyección de las personas y de las situaciones dentro de un imaginario colectivo, más o menos inflexible, que comúnmente nos es útil como primer mecanismo facilitador en nuestras relaciones. Lamentablemente, el resultado de todo este proceso de categorización social acostumbra ser una trágica desvalorización estigmatizante, muy especialmente en lo que concierne a la identidad de las persona con discapacidad que, desde este enfoque, trae consigo una connotación negativa en el constructo del anteriormente nombrado imaginario colectivo.

Pues bien, aunque en apariencia insuficiente, someternos a este replanteamiento puede suponer un punto de inflexión significativo en nuestra forma de entender la discapacidad. En esta línea, la investigación diseñada desde perspectivas sociopolíticas insta un importante debate sobre el que comienza a forjarse el conocido como “modelo social de discapacidad”. La transcendencia del mencionado modelo pasa por lograr trasladar el foco de atención a la propia sociedad, construida y organizada para personas no discapacitadas, frente a las limitaciones individuales propuestas por doctrinas anteriores. Con ello se pone de manifiesto que, como apuntábamos, es la forma que tenemos las personas de interpretar las diferencias corporales y/o funcionales de los demás lo que realmente condiciona las interacciones sociales.

Junto con el desarrollo y construcción del modelo debemos destacar la influencia de dos corrientes de pensamiento y de acción social de gran envergadura. En primer lugar, el empuje de las críticas posmodernistas nos obliga a poner en duda las ideas prefijadas sobre el valor universal de las teorías. La influencia posmodernista viene a destacar la complejidad y diversidad de la experiencia humana, la cual es inmensamente mayor de lo que cualquier explicación única es capaz de abarcar. También las formulaciones que en torno a la discapacidad se establezcan deben sucumbir al proceso de reconceptualización hasta alcanzar una interpretación individual y respetuosa con la particularidad de cada contexto concreto. Y, en segundo lugar, obviar la tradicional situación de desventaja de las mujeres y la doble discriminación surgida de ambas condiciones sería y es un error.

De hecho, la perspectiva de género, entendida en sentido amplio y desde la transversalidad que le es propia, tiene la capacidad de dar explicación a los elevados índices de precariedad que enfrentan las mujeres con discapacidad. Las estructuras sociales, la hegemonía del discurso médico y la colonialidad del género alimentan los cimientos que sostienen un modelo de dominación entorno a la diversidad funcional, la raza, la clase social o la sexualidad. Al mismo tiempo, el ideal predominante y las prácticas cotidianas contribuyen a dar perpetuidad a las opresiones padecidas por el colectivo.

En definitiva, la discapacidad es un fenómeno multidimensional y multicausal inmerso en las diversas dimensiones del entorno social, económico, cultural, político, normativo, etc. y, como tal, da pie a un discurso menos reduccionista, más amplio e, incluso, de mayor implicación colectiva que individual. Sin embargo, a pesar de lo enunciado y las estructuras de poder resultantes de las interacciones con la multitud de ámbitos que nos rodean, la corriente feminista no está tan presente en los estudios o investigaciones que tienen por objeto la realidad de las mujeres con discapacidad.

2. SITUACIÓN SOCIOLABORAL DE LAS MUJERES CON DISCAPACIDAD

En el actual contexto socioeconómico protagonizado por una crisis económica, social y sanitaria sin precedentes, optar a un puesto de trabajo digno es uno de los objetivos más anhelados para la gran mayoría de la población española en edad de trabajar. Y, es que, desarrollar una actividad laboral satisfactoria, estable en el tiempo y debidamente remunerada suele alimentar el sentimiento de utilidad y de pertenencia entorno a un reconocimiento social tan deseado como necesario. Por ende, desde una dimensión ética, el empleo, se convierte en un instrumento de vital importancia tanto a nivel personal como a nivel comunitario. Siendo, en contra partida, las situaciones de desempleo o inhabilitación para el trabajo potenciales desencadenantes de dificultades, no solo materiales, sino de índole personal proclives a fomentar el aislamiento o la exclusión.

Reconocida la decisiva relevancia que ostenta el hecho de acceder al mercado laboral para el individuo, es conveniente precisar que la posibilidad u opciones para las dificultades en el acceso y continuidad en el mercado laboral parten de situaciones del todo desigualdades especialmente para las personas con discapacidad. Contra ello, numerosas iniciativas institucionales, legales y de acción social luchan día a día con el fin de reducir los índices de desempleo y precariedad laboral sufridos por el colectivo.

Concretamente, en nuestro país, según el CERMI –Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad– los factores de mayor contención para el acceso e inserción del colectivo en la actividad laboral plena son los siguientes:

- Nivel educativo o cualificación personal insuficiente o escasamente acorde a las demandas y necesidades de nuestro sistema productivo.
- Déficit de motivación e información de la propia persona y/o de su entorno que repercute en dificultades para perfeccionar su cualificación o desarrollar otras aptitudes más beneficiosas a la hora de buscar empleo.
- Actitud negativa inicial perjudicosa de los empleadores o responsables de recursos humanos basada en estereotipos y temores infundados sobre la capacidad de la persona.
- Barreras para acceder a fuentes de financiación si optan por inaugurar su propio negocio que entorpecen su deseo emprendedor si existiese.
- Dificultades de accesibilidad en el transporte o en el centro de trabajo que pueden impedir o agravar las posibilidades de integración socio-laboral.

Esta enumeración, para el caso concreto de nuestro estudio, resulta insuficiente e incompleta puesto que estaría obviando la especial situación de las mujeres con discapacidad respecto a sus compañeros hombres. Para evitar caer en ese error debemos sumar a la lista ciertos aspectos o situaciones que nacen de la doble discriminación. No obstante, no debemos olvidar que partimos de

un enfoque multidimensional y multicausal centrado de las particularidades propias de cada caso concreto. Por ello, atenderemos a circunstancias concretas que, en materia de empleo, pueden evidenciar impedimentos o trabas a superar para lograr acercarnos a la igualdad efectiva.

2.1 Barreras en el acceso al empleo

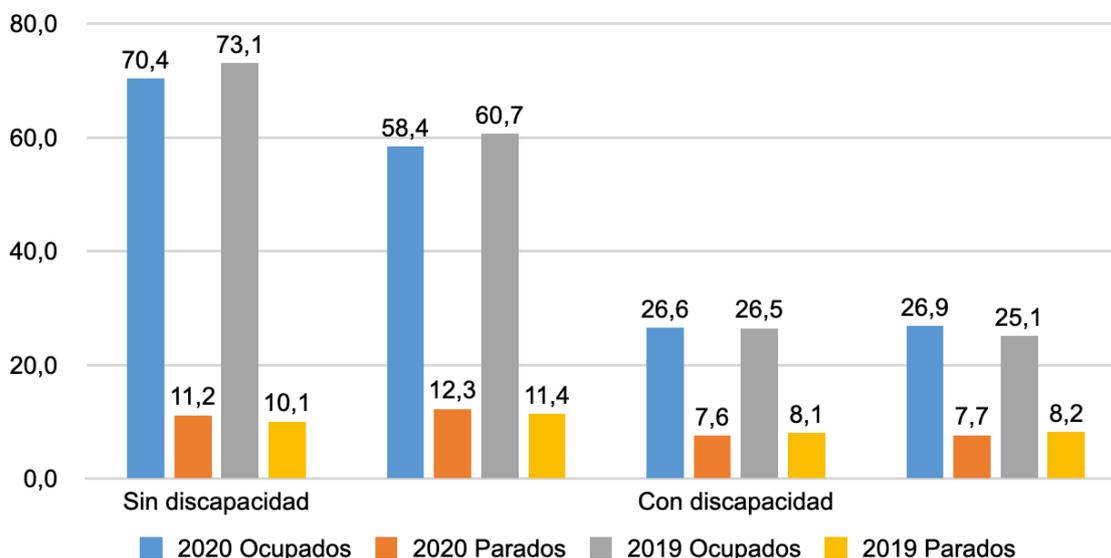
En general, el entramado de confabulaciones prejuiciosas y estereotipadas expuestas en el apartado anterior también se ve reflejado dentro el ámbito laboral. Es más, es habitual observar que una empresa, ante dos trabajadores aparentemente iguales salvo en el hecho de que uno de ellos tiene discapacidad, presumirá una divergencia en la productividad del discapacitado aun reconociendo a ambos el mismo esfuerzo promedio. En otras palabras, incluso si el empresario considerase factible que el trabajador con discapacidad cumpliera con las cifras de productividad, el temor inducido por un escenario hipotético caracterizado por periodos de bajo rendimiento o absentismo a causa de su condición, le haría preferir contratar a otro trabajador cuya productividad tenga menor varianza que la esperada. Además, en el caso de la mujer con discapacidad, debemos contemplar también las ausencias esperadas por maternidad, cuidado de menores y otras responsabilidades impuestas por los roles tradicionales de género que crean desconfianza añadida respecto a los niveles de productividad.

Sea como fuese, la realidad es que el fin de toda empresa es maximizar las ganancias, por ello es de esperar que, bajo esta premisa, el empleador tienda a contratar al trabajador con la productividad más alta por el mismo salario. De ahí que, si se basasen en falsos estereotipos al fijarse en las características asociadas a un determinado colectivo como forma de examinar los atributos de los trabajadores individuales que lo conforman en un mundo de información limitada, estarían enfrentando una desventaja competitiva similar a la de los empleadores que proceden con gusto de forma discriminatoria puesto que no estarán contratando a los trabajadores más productivos.

A causa de esta predisposición, si analizamos las variables empleo y discapacidad detenidamente encontraremos numerosas diferencias entre la población perteneciente a este colectivo y la población en general. Diferencias que se van a ver acentuadas significativamente cuando centramos nuestro objeto de investigación en la mujer con discapacidad. Los datos evidencian que, aun con el matiz propio de las desastrosas repercusiones provocadas por el impacto de la crisis sanitaria y socioeconómica del COVID-19, el decremento de la contratación femenina con discapacidad duplica la caída masculina si atendemos a cifras absolutas. Es más, en 2020 quedaron registrados 3.548 contratos a hombres con discapacidad y 17.221 a mujeres, esto es; tan sólo uno de cada tres contratos se celebró con mujeres.

En la siguiente figura, se puede observar de una forma más ilustrativa esta brecha, atendiendo a los porcentajes de actividad de conformidad con la pertenencia a un grupo u otro y, dentro de los mismos, según sexo.

Figura 1: Relación con la actividad y sexo en España (porcentajes)



Nota: Son las personas con un grado de discapacidad superior o igual al 33% y asimilados según el RD Legislativo 1/2013.

Fuente: Elaboración propia datos INE "Mercado laboral: el empleo de las personas con discapacidad, enlace web: <https://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?tpx=49175>

Igualmente, en Andalucía, los últimos datos disponibles evidencian también una marcada merma en la contratación de personas con discapacidad. El pasado año 2020, se registraron 18.161 contratos menos que en 2019. Lo cual muestra como nuestra Comunidad Autónoma experimentó un descenso aproximado el 26.35%, posicionándose 2.4 puntos porcentuales por encima de la caída registrada en la contratación total cifrada en un 23.95% menos¹.

Por lo tanto, no sorprende una tasa de paro para el colectivo en ese mismo año del 22.2%, aproximadamente 6.8 puntos superior a la de la población sin discapacidad². Siendo, a su vez, el desempleo de larga duración mayoritariamente femenino cuando un 56% de las desempleadas con discapacidad acumula más de un año de paro, porcentaje superior al masculino, del 50.5%.

En consecuencia, es de esperar que las mujeres con discapacidad hagan un mayor uso de las pensiones no contributivas en detención de las contributivas debido al desequilibrio en el acceso al mercado de trabajo. A tal efecto, es fundamental no perder de vista que el éxito de la participación de las personas con discapacidad en empleo o en un programa de fortalecimiento económico sí es posible y dependerá en mayor medida de la calidad de los apoyos que reciba. Consecuentemente,

1 Observatorio Argos, "Mercado de Trabajo de personas con discapacidad en Andalucía. 2020" https://www.juntadeandalucia.es/servicioandaluzdeempleo/web/argos/web/es/ARGOS/Publicaciones/pdf/20211203_Discapacidad2020.pdf

2 Instituto Nacional de Estadística, "El empleo de las Personas con Discapacidad (EPD) Año 2020 [Comunicado de prensa] https://www.ine.es/prensa/epd_2020.pdf

es crucial que el personal esté libre de prejuicios sobre la capacidad o aptitud de una persona para participar en la actividad empresarial y que busque los medios, las facilidades o los ajustes necesarios dentro de los recursos que tenga a su alcance. De no ser así, la discapacidad puede llegar a desembocar en la exclusión social y está en la marginación, la falta de estudios, el desempleo y un largo etcétera que finalmente aumentarían el riesgo de pobreza en este colectivo.

2.2 Factores que evidencian la doble discriminación

De forma transversal, variables como el tipo de discapacidad, el género o la inversión en el capital humano a menudo inciden, ya sea positiva o negativamente, en la probabilidad de sumarse a la población activa. Por ejemplo, las discapacidades de tipo sensorial son las que presentan mayor tasa de participación mientras que, en el otro extremo, encontramos aquellas de carácter psicosocial. Asimismo, el grado de discapacidad también juega un papel similar en este plano, pero de forma inversa, es decir, a mayor grado, menor tasa de actividad³.

Igualmente, el momento en el que aparece la discapacidad puede suponer variaciones en cuanto al acceso a la educación formal o al grado de exposición a la vulnerabilidad y/o aislamiento social. Esto puede llegar a magnificar las posibilidades de estigmatización de la persona así como minar el grado de confianza y seguridad necesario para planificar una actividad que le sirva como sustento. Si analizamos conjuntamente las últimas cifras de contratación de personas con discapacidad y el nivel de estudios cursado para Andalucía verificaremos que menos de la mitad de los contratos a personas con discapacidad se celebraron con trabajadores que poseían estudios secundarios (25.299 contratos) y 37,03% a trabajadores con estudios primarios⁴.

A la luz de estos datos, el nivel formativo emerge como un factor claramente determinante para la contratación en tanto que, a mayor nivel de estudios alcanzado mayor tasa de actividad laboral. De hecho, a medida que se amplía la formación de las personas con discapacidad, se reduce la brecha con la población en general en lo referente a los principales indicadores de empleo como son las tasas de actividad, paro y ocupación. La reducción de esta disparidad demanda un esfuerzo por concienciar e inculcar la importancia de cursar estudios poniendo sobre la mesa las ventajas que proporciona de cara a la búsqueda de empleo. Más aún cuando, a nivel nacional, el abandono escolar entre las personas con discapacidad supone un 43,2% frente al 25,2% calculado para la población sin discapacidad⁵. En este contexto, las mujeres con discapacidad encabezan los rankings formativos al situarse por encima de los ratios logrados por los hombres del colectivo tanto a nivel autonómico como nacional. Además, las cifras muestran una mayor aspiración formativa entre las

3 Fundación ONCE, "La Situación laboral de las personas con discapacidad" *Observatorio sobre Discapacidad y Mercado de Trabajo en España*. Fundación ONCE, 2016. Enlace web: <https://www.odismet.es/blog/las-mujeres-con-discapacidad-elevan-el-nivel-formativo-del-colectivo>.

4 Observatorio Argos, "Mercado de Trabajo de personas con discapacidad en Andalucía. 2020" https://www.juntadeandalucia.es/servicioandaluzdeempleo/web/argos/web/es/ARGOS/Publicaciones/pdf/20211203_Discapacidad2020.pdf.

5 Fundación ONCE, "Las mujeres con discapacidad elevan el nivel formativo del colectivo" *Observatorio sobre Discapacidad y Mercado de Trabajo en España*. Fundación ONCE. <https://www.odismet.es/blog/las-mujeres-con-discapacidad-elevan-el-nivel-formativo-del-colectivo>.

ellas, contribuyendo así a potenciar la media en términos académicos del conjunto de personas con discapacidad. A pesar de ello, en Andalucía, la presencia de la mujer en las cifras de paro es superior a la de los hombres en todos los niveles formativos a excepción de aquellas que no poseen estudios. Es destacable por tanto que, en 2020, el 58,06% de las personas registradas con discapacidad paradas con un nivel de estudios postsecundarios sean mujeres⁶.

Finalmente, resulta más que necesario poner sobre la mesa la importante influencia de los procesos de socialización y la interiorización de valores como propios o predominantes de cada género. En este sentido, la sexualización juega un papel fundamental en el mantenimiento de los roles tradicionales orientando a la mujer hacia la ética de los cuidados y la renuncia. Sin embargo, al margen de este proceso altamente vinculado a la cultura predominantemente patriarcal, las mujeres hemos comenzado a conquistar espacios sociales más allá de la intimidad del hogar, constituyéndonos como auténticas actoras sociales en la lucha por nuestros derechos. Así pues, el acceso al empleo de calidad supone un paso agigantado que vino a asentar la presencia de las mujeres en la vida pública.

Sin embargo, sabemos que aún queda un largo camino por recorrer en el que la convivencia de los diferentes papeles desempeñados por las mujeres en tanto que trabajadoras fuera del hogar y madres. La “doble jornada” o la “jornada interminable” protagoniza el día a día de muchas mujeres que no obtienen más que una absurda justificación en la supuesta elección libre y personal.

Sin duda, la presencia de toda esta maraña hilada desde que el tiempo es tiempo también envuelve la realidad de las mujeres con discapacidad. Es más, las dificultades asociadas al grado y/o tipo de minusvalía contribuyen a socavar la capacidad de estas mujeres para trabajar y cuidar de personas a su cargo. Lo cual, nos lleva a pensar que, habitualmente, tiendan a priorizar su rol de cuidadoras en mayor medida que la población femenina en general. No obstante, este hecho será objeto de otro estudio destinado a analizar las repercusiones que pudiesen originarse en la trayectoria laboral de estas mujeres.

3. A PROPÓSITO DEL AUTOEMPLO Y EL EMPRENDIMIENTO COMO MEDIO DE INCLUSIÓN LABORAL

Forjar una sociedad que permita la inclusión de todos sus integrantes no debe ser visto como un acto de caridad ni únicamente como un derecho, sino que también es una oportunidad para promover la innovación y la creatividad en el mercado de trabajo. Desde esta óptica, crear y ofertar servicios accesibles se convierte tanto en atractivo social como empresarial debido al crecimiento

6 Observatorio Argos, “Mercado de Trabajo de personas con discapacidad en Andalucía. 2020” https://www.juntadeandalucia.es/servicioandaluzdeempleo/web/argos/web/es/ARGOS/Publicaciones/pdf/20211203_Discapacidad2020.pdf.

del número de consumidores⁷. Todo ello, sin perder de vista que la incorporación del colectivo con discapacidad a un puesto de trabajo, tal y como se ha dejado constancia en apartados precedentes, supone para la persona una forma de socialización otorgándole mayor independencia y autonomía.

3.1. Una primera aproximación terminológica

3.1.1 Emprendimiento

El origen de la palabra “*emprendimiento*” en castellano deriva del latín “*in prendere*” que significa coger o tomar. El término se asocia con “el perfeccionamiento de un proyecto que pretende concretar un fin económico, político o social, entre otros, y tiene innegables características, esencialmente entre ellas, una asignación de incertidumbre y de innovación”⁸. Por su parte, “emprender es una forma de enfrentarse al mundo, es una manera de entender la vida con la que no todo el mundo se siente a gusto. ¿Y cuál es esa forma de vida? Es aquella en la que la persona disfruta con la incertidumbre y la inseguridad de qué pasará mañana. El verdadero emprendedor es aquel a quien lo incierto procura un especial placer” (Trias de Bes, 2007)⁹.

Justamente esa peculiaridad de actuar bajo riesgo o incertidumbre resulta ser el principal rasgo distintivo que caracteriza hoy a un emprendedor. No obstante, si bien tal destreza se asocia fundamentalmente a quien inicia una empresa comercial, también es usual relacionarlo con cualquier persona que tenga como propósito llevar a término un proyecto, aunque no persiga fines económicos. De hecho, no es otra cosa que la actitud lo que distingue a una persona emprendedora de cualquier otro sujeto. El emprendedor tiene la habilidad y la destreza de crear, de impulsar acciones concretas para llevar a cabo sus ideas y genera así bienes o un servicio con los recursos y las oportunidades que encuentre a su alrededor. Y, es que, ser emprendedor también significa tener la capacidad de crear algo nuevo o diseñar nuevos enfoques algo ya existente generando beneficios para sí mismo y para la comunidad¹⁰. Todo ello, como decimos, bajo un clima de riesgos e incertidumbres.

A su vez, la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización¹¹, se aventuró a esbozar una definición de emprendedor que, en la propia exposición de motivos

7 Hernández Días, J. y Millán Tapia, J.M., “Las personas con discapacidad en España: inserción laboral y crisis económica” *Revista Española de Discapacidad (REDIS)*, vol. 3, núm. 1, 2015, págs. 29-56.

8 Tulio Carmen, C. y Guerrero, L.M., “El emprendimiento y sus tensiones desde la política pública” *Calí: Fundación Universitaria Católica Lumen Gentium*, 2012.

9 De Bes F.T., “El libro negro del emprendedor” *Guía il·lustrada on es mostra els principals problemes que tenen els emprenedors a la hora de passar de la idea al desenvolupament de la mateixa*, 2005.

10 Formichella, M., “El concepto de emprendimiento y su relación con la educación, el empleo y el desarrollo local”, *Buenos Aires, Argentina*, 2004.

11 BOE núm. 233, de 28 de septiembre de 2013.

se calificó como “amplia”. Así pues, el art. 3 de la ley con cierta falta de rigor técnico-jurídico¹² dispone que: “se consideran emprendedores aquellas personas, independientemente de su condición de persona física o jurídica, que desarrollen una actividad económica empresarial o profesional, en los términos establecidos en esta Ley”.

Finalmente, para que un individuo se plantee si quiera la idea de poner en marcha un proyecto deberá sentirse cualificado, con las habilidades o aptitudes para ello y en posesión de los conocimientos necesarios. En este sentido, aquellos emprendedores a los que se le puede atribuir una formidable creencia en sí mismos, en sus capacidades y conocimientos para crear y liderar una nueva empresa, suelen tener una propensión mayor a generar expectativas favorables u optimistas respecto de los resultados a alcanzar.

3.1.2 Autoempleo

En la actualidad, el autoempleo es objeto de especial atención dada su relevancia dentro de los procesos de creación de empleo y su vinculación con las crecientes en popularidad nuevas formas de organizar los procesos de trabajo. A decir verdad, son numerosas las iniciativas impulsadas con el objetivo de fomentar esta figura en aras de la lucha contra el desempleo y la inclusión en el mercado laboral de los colectivos más vulnerables. De hecho, se trata de una actividad que se inicia de forma independiente, sin relación alguna con ningún empleador, y cuyo fin es proporcionar a quienes la realiza una retribución mensual más cercana a un salario que a una rentabilidad real propia de una empresa¹³. Esta concepción es un claro reflejo de la redacción recogida en el Diccionario del Español Jurídico (DEJ, RAE) que, desde un punto de vista semántico, define al trabajador por cuenta propia, como aquel “trabajador que realiza de forma habitual, personal y directa una actividad económica a título lucrativo sin sujeción por ella a contrato de trabajo y aunque utilice el servicio remunerado de otras personas” partiendo de lo establecido en el art. 2 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos.

Así pues, lo que realmente delimita el concepto de autoempleo o trabajo por cuenta propia es que el interés primario por el cual se impulsa la creación de ese negocio es, en definitiva, lograr la ocupación misma de las personas comprometidas con la actividad. Y es, precisamente, este hecho lo que le proporciona cierta diferenciación con otras situaciones, en apariencia semejantes, como puede ser la intencionalidad de una persona de emprender y crear o poner en marcha un proyecto. No obstante, el autoempleo puede desembocar en el nacimiento de una empresa si se requiere de otras personas ajenas para llevarlo a término con éxito debido a, por ejemplo, una ampliación de las actividades. De esta forma, quien inició una actividad por su cuenta como autoempleo puede transformarse en empresario, generando nuevos puestos de trabajo.

¹² Vid. para más información Roldan Martínez, A., “Una visión crítica de las políticas de emprendimiento joven desde la perspectiva de la discapacidad” *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 5, núm. 2, 2017.

¹³ Alles, M.A., *Autoempleo*, Ediciones Granica SA, 2005, pág. 11.

A raíz de lo expuesto, adquiere cierto protagonismo los matices aportados por la actual versión de la Clasificación Internacional de la Situación en el Empleo (CISE) que incorpora las siguiente apreciación sobre los trabajadores por cuenta propia afirmando que: “son aquellos trabajadores que, trabajando por su cuenta o con uno o más socios, tienen el tipo de empleo definido como «empleo independiente» y no han contratado a ningún «empleado» de manera continua para que trabaje para ellos durante el período de referencia. Cabe notar que durante el período de referencia los miembros de este grupo pueden haber contratado «empleados», siempre y cuando lo hagan de manera no continua. (Los socios no son necesariamente miembros de la misma familia u hogar.)¹⁴”.

De igual forma, debemos destacar que la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo¹⁵ —en lo sucesivo LETA— establece en su art. 1 una delimitación positiva de lo que deba entenderse por trabajador por cuenta propia. Para ello, se sirve de una cláusula genérica acompañada de una referencia expresa a ciertos colectivos comprendidos dentro del ámbito de aplicación de esta norma. Estos son: a) Los socios industriales de sociedades regulares colectivas y de sociedades comanditarias. b) Los comuneros de las comunidades de bienes y los socios de sociedades civiles irregulares, salvo que su actividad se limite a la mera administración de los bienes puestos en común. c) Quienes ejerzan las funciones de dirección y gerencia que conlleva el desempeño del cargo de consejero o administrador, o presten otros servicios para una sociedad mercantil capitalista, a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, cuando posean el control efectivo, directo o indirecto de aquélla, en los términos previstos en la disposición adicional vigésima séptima del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. d) Los trabajadores autónomos económicamente dependientes a los que se refiere el Capítulo III del Título II de la presente Ley. Y e) Cualquier otra persona que cumpla con los requisitos establecidos en el art. 1.1 de la presente Ley.

En último lugar, el art. 2 de la LETA fija también la delimitación negativa, enumerando un conjunto de supuestos que se consideran excluidos del ámbito de aplicación de esta norma y, por ende, de la consideración de trabajo por cuenta propia. A saber: a) Las relaciones de trabajo por cuenta ajena a que se refiere el art. 1.1 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. b) La actividad que se limita pura y simplemente al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad, de conformidad con lo establecido en el art. 1.3.c) del Estatuto de los Trabajadores. Y, c) Las relaciones laborales de carácter especial a las que se refiere el art. 2 del Estatuto de los Trabajadores.

¹⁴ Organización Internacional del Trabajo, *Resolución sobre la Clasificación Internacional de la Situación en el Empleo (CISE) adoptada por la decimoquinta Conferencia Internacional de Estadísticas del Trabajo*, OIT, 1993. Enlace web: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---stat/documents/normativeinstrument/wcms_087564.pdf.

¹⁵ BOE núm. 166, de 12 de julio de 2007.

3.2. Realidad del emprendimiento y el autoempleo como medidas de integración laboral de las mujeres con discapacidad

En sí, las barreras al emprendimiento femenino, se encuentran íntimamente relacionadas con las experiencias personales y profesionales que las mujeres viven condicionadas por estereotipos de género. Es frecuente escuchar opiniones que asumen la inobservancia de cualidades propias de un “buen emprendedor” en las mujeres. Actitudes como la capacidad de asumir riesgos que mencionamos anteriormente o la valentía en la iniciativa suelen estar asociadas a comportamientos masculinizados. En general, esas consideraciones suelen calar en la iniciativa emprendedora de las mujeres afectando incluso a su propia autopercepción.

En esta línea, las principales barreras al emprendimiento femenino identificadas por un estudio elaborado de la mano de Andalucía Emprende en 2020¹⁶ son las siguientes:

- El Techo verde o la mayor dificultad para acceder a la financiación de las mujeres que limita la consolidación de los proyectos empresariales desde sus inicios.
- Baja participación en redes sociales y empresariales.
- Falta de referentes femeninos.
- Dificultades para conciliar la vida profesional y familiar.
- Brecha de género en el uso de las TIC.
- Escaso reconocimiento de la contribución de las mujeres.
- Falta de apoyo institucional especializado.

Por añadidura, tal y como hemos tenido oportunidad de estudiar uno de los colectivos más afectados por las dificultades del mercado de trabajo son las personas con discapacidad que, históricamente, han presentado tasas de participación y ocupación menores que el resto de la población en edad de trabajar. De ahí que, debido a ese escenario acentuado por el actual panorama de crisis en el que nos vemos inmersos, la transición hacia un empleo de calidad capaz de fomentar su desarrollo profesional y personal, se ha convertido en una meta mucho más complicada de alcanzar.

Sin embargo, con el tiempo, cada vez son más notables los indicios que apuntan hacia los emprendedores con discapacidad en nuestro país como actores principales del nuevo motor para empleo y la inclusión social dentro de este colectivo. Como sabemos, al emprendimiento se le ha asignado la difícil tarea de constituir una alternativa profesional distinta a las tradicionales áreas ocupacionales, permitiéndoles así participar en el desempeño de una actividad productiva bajo la perspectiva del

16 Herrera, E., Cierra, A., Vera, S., Bernardo, A., Barreras y oportunidades para las emprendedoras y autónomas de Andalucía" Junta de Andalucía, Conserjería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo, 2020. Enlace web: <https://www.andaluciaemprende.es/wp-content/uploads/2021/03/Mapa-barreras-oportunidades-empendedoras-autonomas.pdf>

empleo autónomo¹⁷. En la práctica cotidiana, esta fama es fruto de la capacidad manifestada por esta figura para favorecer el tránsito de la vida “pasiva” a “activa” con las incontables ventajas que ello supone para las personas con discapacidad y, también, para la ciudadanía en general.

A su vez, resulta de interés tener presente que el trabajo por cuenta propia es igualmente una reconocida medida generadora de empleo para este colectivo que históricamente ha tenido un gran apoyo legislativo¹⁸. En un primer momento, ya la Orden de 21 de febrero de 1986, por la que se constituían una serie de programas destinados a la creación de empleo¹⁹, otorgaba especial atención a la integración socio-laboral de las personas con discapacidad “bien mediante subvenciones a los centros especiales de empleo para que en ellos presten servicios los (discapacitados) o mediante subvenciones que les permitan a los mismos realizar un trabajo por cuenta propia en aquellas profesiones para las que estén capacitados”.

Así pues, en términos similares, durante los últimos años, el trabajo por cuenta propia también ha ido adquiriendo cada vez mayor relevancia como medio para corregir las deficiencias laborales, máxime dadas las desmesuradas tasas de desempleo que sufre el colectivo. No obstante, aún queda un largo camino por recorrer para que esta alternativa generadora de empleo sea una opción realista para las personas con discapacidad. En España tan solo hay 55.400 personas con discapacidad trabajando bajo esta modalidad, lo que equivale a una tasa del 12% de los cuales muchos más de la mitad, el 69,1%, son autónomos sin asalariados. Si comparamos estos datos con los propios para la población sin discapacidad podremos observar que existe una diferencia de 4,7 puntos porcentuales entre ambos grupos. Llegados a este punto, también es interesante observar que, indistintamente tanto en un colectivo como en el otro, la predisposición de los hombres hacia el empleo por cuenta propia tiene una incidencia más alta. Igualmente, otro punto en común lo encontramos en indicadores como la edad; a mayor edad y experiencia mayor representación en los registros de trabajo autónomo, o el nivel formativo; de forma que los estudios secundarios favorecen en mayor medida la inclinación por el trabajo por cuenta propia. De forma similar, la discapacidad física y los grados de dependencia menos graves, también parece motivar la situación de autoempleo de manera similar a la ausencia de percepción de prestaciones y/o pensiones²⁰.

Sobre este particular, algunos autores señalan entre las posibles barreras que ponen freno al progreso del autoempleo o el empleo por cuenta propia entre las personas con discapacidad las siguientes:

- o bien la persona con discapacidad “ha descartado esta opción, al pensar que no va a disponer de los recursos necesarios y los apoyos suficientes como para convertirse en emprendedor(a)”;

17 Moreno Rodríguez, R. y Tejada Cruz, A., *Avances académicos sobre empleo, autoempleo y emprendimiento de las personas con discapacidad*, Asociación accesibilidad para todos “La ciudad accesible”, Madrid, 2020.

18 Laloma García, M., *Empleo protegido en España. Análisis de la normativa legal y logros alcanzados*, Cinca, Madrid, 2007, pág. 44.

19 BOE núm. 50, de 27 de febrero de 1986.

20 Moreno Rodríguez, R. y Tejada Cruz, A., *Avances académicos sobre empleo, autoempleo y emprendimiento de las personas...*, op. cit.

- o bien “la sociedad no ha contado con las posibilidades y el talento existentes entre las personas con discapacidad, cada vez más presentes en las aulas universitarias y, por tanto, cada vez son más numerosas las personas con discapacidad con estudios universitarios, sin llegar de esta manera a arbitrar las medidas suficientes que permitan que el colectivo de personas con discapacidad participe de la opción del emprendimiento como opción laboral”²¹.

En cualquier caso, la realidad es que de entre las causas que incitan a las personas con discapacidad a optar por el trabajo autónomo la menos frecuente es la propia voluntariedad. Dicho de otra manera, un porcentaje ínfimo deciden emprender este camino sin otro motivo que el deseo por desarrollar y aprovechar la oportunidad que le ofrece esta modalidad para crear un negocio interesante e innovador y menos aún bajo la premisa de obtener unas condiciones más ventajosas que las ofertadas por cualquier otro puesto asalariado. A sensu contrario, las razones más frecuentes son aquellas que quedan relacionadas con la imposibilidad de acceder a un puesto de trabajo en la empresa ordinaria que les permita subsistir²². Con todo, el trabajo por cuenta propia en nuestro país siempre se ha visto respaldado por programas de generación de empleo de gran embargadora, orientados tanto únicamente a las personas con discapacidad como destinados a un grupo más amplio de colectivos vulnerables²³.

3.3. Algunas medidas concretas para el fomento del autoempleo y el emprendimiento en Andalucía

Con el objetivo de favorecer y reforzar el autoempleo como puerta de acceso al mercado laboral de las personas con discapacidad se han instaurado ciertas acciones de discriminación positiva para incrementar la presencia de empresarios dentro de este colectivo. Así pues, el sujeto beneficiario de tales acciones será la persona emprendedora con discapacidad que contará, en Andalucía, con la asistencia de los Centros de Apoyo al Desarrollo Empresarial. Estos centros, dependientes del Servicio Andaluz de Empleo y de la Conserjería de Economía, Innovación, Ciencias y Empleo, brindan servicios de información, asesoramiento sobre la viabilidad del proyecto y su tutorización, alojamiento empresarial gratuito y el contacto con otras empresas u organismos que puedan ser útiles como vías de cooperación.

21 Tejada Cruz, A. y Moreno Rodríguez, R., “Aspectos de relieve en el emprendimiento de las personas con discapacidad: situación actual, factores de interés y resultados de la Cátedra de Investigación Fundación Konecta”, en AA.VV., *Avances académicos sobre empleo, autoempleo y emprendimiento de las personas con discapacidad*, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2020, pág. 33.

22 Al respecto, *vid.* el trabajo de Tejada Cruz, A. y Moreno Rodríguez, R., “Aspectos de relieve en el emprendimiento de las personas con discapacidad...”, *op. cit.*, pág. 28, donde se afirma lo siguiente: “Atendiendo específicamente a las actividades productivas, son aquellas que se dirigen a la prestación de servicios o generación de bienes o productos, directamente relacionados con el desempeño de un trabajo o la participación en un empleo. Y precisamente el trabajo (y el empleo) son bienes escasos en la actualidad en nuestro entorno, reduciendo las posibilidades de participar de forma autónoma en el mismo y que, al estar presente una condición de discapacidad, se torna en un bien aún más escaso, ya que la obtención de un puesto de trabajo acorde al nivel formativo de un profesional con discapacidad, como ya sabemos, es doblemente complicado en la empresa ordinaria como consecuencia de las falsas creencias y estereotipos instaurados en el tejido de las grandes empresas”.

23 Laloma García, M., *Empleo protegido en España. Análisis de la normativa legal y...*, *op. cit.*, pág. 45.

Sobre este particular, el Sistema Andaluz para Emprender, entendido como el conjunto de actuaciones destinadas a promover el derecho al emprendimiento, mediante el establecimiento de servicios de información, asesoramiento, asistencia técnica, formación, tutorización, preincubación e incubación para la creación de una empresa y el inicio de la actividad económica, cubrirá todas y cada una de las fases del desarrollo de una idea emprendedora, desde el acceso a la investigación y la innovación hasta el consolidación de la empresa pasando por los trámites oportunos para la creación, ejecución, desarrollo y, e irán destinados a aumentar la probabilidad de supervivencia de tales iniciativas. Empero, si bien todas estas medidas están dirigidas la ciudadanía en general, tienen gran dedicación en la asesoría y acompañamiento de las personas con discapacidad que deseen comenzar su emprendimiento, ofreciendo para ello un amplio abanico de medidas para que ellas mismas puedan llevar a término sus ideas y constituirse como empresarias bajo cualquier modalidad.

Esta iniciativa nace en el marco del Plan General de Emprendimiento de Andalucía 2021-2027²⁴ con el propósito de servir como instrumento práctico facilitador para el cumplimiento de las ambiciones proclamadas por la LAFE. La norma, como adelantábamos, tiene por objeto blindar el derecho al emprendimiento de cualquier persona en condiciones de igualdad de oportunidades. Para ello, y con fin de impulsar un cambio social y el reconocimiento de la importancia que tiene la actividad emprendedora en una sociedad moderna pone a disposición de la ciudadanía servicios de primera y segunda oportunidad o medidas para la remoción de obstáculos que permitan el emprendimiento de personas con algún tipo de discapacidad o riesgo de exclusión social, entre otros.

Además, se inaugura y desarrolla el Portal Andaluz del Emprendimiento, plataforma digital dirigida a facilitar a las personas emprendedoras la información, las herramientas y el conocimiento de los instrumentos necesarios para llevar a término su actividad emprendedora o empresarial. Junto al portal se publicitará el Mapa de Servicios y de Procedimientos para Emprender y el Programa Andaluz de Formación para Emprender, para así lograr construir un sistema integral de formación para el emprendimiento.

De hecho, otro de los elementos esenciales para la LAFE es la erradicación de obstáculos y la consecución de un planteamiento legislativo que amplíe la capacidad de inversión en nuestra Región. Al efecto, fue diseñada la Ley 3/2014, de 1 de octubre, de medidas normativas para reducir las trabas administrativas para las empresas²⁵ destinada a mejorar la regulación de las actividades económicas y simplificar los procedimientos de autorización que afecten a las mismas. Adicionalmente, a modo de refuerzo, la reciente aprobación por parte de la Junta del Decreto-Ley 3/2021, de 16 de febrero, por el que se adoptan medidas de agilización administrativa y racionalización de los recursos para el impulso a la recuperación y resiliencia en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía²⁶, atiende a los mecanismos de absorción de los fondos de los planes que el Gobierno de España para la programación, gestión y ejecución del Instrumento de Recuperación de la Unión Europea.

²⁴ BOJA núm. 111 de 11 de junio de 2021.

²⁵ BOJA núm. 4, de 12 de marzo de 2020.

²⁶ BOJA núm. 35 de 22 de febrero de 2021.

Ulteriormente, a través del Decreto-Ley 2/2020, de 9 de marzo, de mejora y simplificación de la regulación para el fomento de la actividad productiva de Andalucía, se venían adoptando algunas medidas de carácter extraordinario y urgente²⁷, se proponen actuaciones para hacer frente a la deceleración económica propia de la crisis actual y marcar las bases que permitan dotar de mayor competitividad y sostenibilidad al modelo productivo andaluz. El Decreto entra a modificar las normas que traban el acceso y/o el ejercicio de la actividad emprendedora, agilizando los trámites y atenuando los requisitos administrativos.

En esta línea, el Programa de promoción de empleo autónomo para personas con discapacidad (regulado por la Orden TAS/1622/2007, de 5 de junio²⁸), de ámbito nacional y gestionado por las Comunidades Autónomas, tiene como finalidad principal dotar de financiación a los proyectos propuestos por personas con discapacidad reconocida que deseen convertirse en trabajadores autónomos. Además de los servicios de asesoramiento para el autoempleo y el emprendimiento, y de las reducciones y bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social, podemos nombrar, entre muchas otras, las siguientes ayudas contempladas en la citada Orden:

- Subvención inicial por el establecimiento como trabajador autónomo: hasta un máximo de 10.000 euros.
- Subvención financiera con la finalidad de reducir los intereses de los préstamos que sean necesarios para la constitución de la persona con discapacidad como trabajador autónomo: reducción de hasta 4 puntos sobre el interés fijado por la entidad financiera que conceda el préstamo, y ayuda máxima de 10.000 euros.
- Subvención para asistencia técnica para contratar, durante la puesta en marcha de la empresa, los servicios externos necesarios para mejorar el desarrollo de la nueva actividad empresarial, así como para realizar los estudios de viabilidad, organización, comercialización, diagnosis u otros de naturaleza análoga: el 75% del coste de los servicios prestados con un tope de hasta 2.000 euros.
- Subvención para la formación con el objeto de financiar actuaciones formativas (relacionadas con la dirección, la gestión empresarial, las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, etc.) dirigidas a satisfacer las necesidades formativas del trabajador por cuenta propia con discapacidad: el 75% del coste de los cursos con un tope de hasta 3.000 euros.

27 BOE núm. 255 de 21 de octubre de 2014.

28 BOE núm. 136, de 7 de junio de 2007. Vid. SEPE, "Guía de integración laboral de las personas con discapacidad", 2020, pág. 6, disponible en: <https://www.sepe.es/HomeSepe/que-es-el-sepe/comunicacion-institucional/publicaciones/publicaciones-oficiales/listado-pub-empleo/integracion-laboral-discapacidad.html>. Sobre esta cuestión, vid. también Ferrando García, F.M., "Incentivos laborales al emprendimiento o autoempleo individual (I)", en AA.VV. (Farias Batlle, M. y Ferrando García, F.M. Dirs.), *Fomento de trabajo autónomo y la Economía Social. Especial referencia a las novedades introducidas por la Ley 31/2015, de 9 de septiembre*, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, págs. 185-188.

Por otro lado, junto con estas iniciativas autonómicas, a nivel estatal, podemos destacar también medidas de capitalización de la prestación por desempleo y exención de la misma en el Impuesto de la Renta de las Personas Físicas, las bonificaciones en las cuotas al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos y las ayudas directas destinadas al inicio y al ejercicio de la propia actividad empresarial. Ahora bien, no debemos olvidar la existencia de la iniciativa privada, que financia multitud de acciones incentivadoras de autoempleo para personas con discapacidad. En este sentido, se puede mencionar por ejemplo el trabajo de la Fundación Once que, junto Andalucía Emprende e Inserta realiza para promover el emprendimiento en andaluces con discapacidad²⁹.

4. CONCLUSIONES: ¿CUÁLES SON LAS EXPECTATIVAS DE LA SOCIEDAD ANTE LA MUJER CON DISCAPACITADA?

A lo largo de este trabajo hemos tenido la oportunidad de estudiar el estado actual de la cuestión sobre la realidad laboral de la población con discapacidad en general y, más concretamente, el de la mujer dentro de este colectivo. En un primer momento, para respondernos a esta pregunta, es conveniente reflexionar de dónde venimos, cual es la trayectoria proyectada desde que comenzase a aflorar el interés por la investigación en el ámbito de la discapacidad hasta el momento actual. ¿Realmente la filosofía actualmente mantenida se ha desintoxicado del modelo médico de antaño? ¿O simplemente continuamos arrastrando los mismos planteamientos pero con otros matices? Dar una contestación única, contundente y sin tapujos, a mi parecer, resultaría tremendamente complicado. No obstante, si me atrevería a resaltar el gran esfuerzo de las iniciativas asociativas y legislativas para intentar combatir la lacra estereotipada del imaginario social. Es más, en mi opinión aún queda grandes barreras que superar para alcanzar un ideal protagonizado por la igualdad efectiva.

En cualquier caso, respecto a las mujeres con discapacidad es preciso subrayar que siguen manteniendo mayores expectativas como personas dependientes. Y, tales expectativas se trasladan a los datos de contratación y desempleo buscando una explicación simplista en la doble discriminación siendo la causa principal de su desigualdad en primer lugar la discapacidad y, en segundo lugar el género. Las oportunidades puestas a su disposición para incorporarse al mercado laboral son escasas e ineficaces y los servicios dirigidos al colectivo en este ámbito muy limitados.

Además, en lo referente al emprendimiento y el autoempleo, si ya las cifras para la población con discapacidad en su conjunto son abrumadoras, las dificultades añadidas por los estereotipos y los roles tradicionales de género a las mujeres del colectivo menguan su propia autopercepción

²⁹ Andalucía Emprende, Fundación ONCE e Inserta se suman para promover el emprendimiento en andaluces con discapacidad, (19 de octubre de 2021), Europapress. Leer más en: <https://www.europapress.es/esandalucia/malaga/noticia-andalucia-emprende-fundacion-once-inserta-suman-promover-emprendimiento-andaluces-discapacidad-20211019140150.html>

como emprendedoras. No solo eso, sino que además factores externos e independientes a su propia condición o minusvalía se suman para entorpecer aún más sus iniciativas. La dificultad en el acceso a la financiación, los escasos contactos empresariales, redes de apoyo inestables o mal asesoradas, impedimentos asociados a la falta de conciliación entre otros dificultan que las ideas emprendedoras de este colectivo puedan seguir adelante. Como vemos, el olvido mutuo entre la perspectivas de género y de discapacidad en las iniciativas políticas y legislativa invisibiliza las necesidades concretas de esta población abandonándola a la merced de la desigualdad estructural y la exclusión social.

Por ende, el empoderamiento de las mujeres con discapacidad debe inaugurarse como una necesidad de urgente atención tanto para la sociedad como para los poderes públicos puesto que, hasta el día de hoy, ni unos ni otros hemos prestado atención verdaderamente a las necesidades e intereses concretos de este colectivo.

5. BIBLIOGRAFÍA

Alles, M.A., *Autoempleo*, Ediciones Granica SA, 2005.

Andalucía Emprende, Fundación ONCE e Inserta se suman para promover el emprendimiento en andaluces con discapacidad, (19 de octubre de 2021), Europapress. Leer más en: <https://www.europapress.es/esandalucia/malaga/noticia-andalucia-emprende-fundacion-once-inserta-suman-promover-emprendimiento-andaluces-discapacidad-20211019140150.html>

De Bes F.T., "El libro negro del emprendedor" *Guia il·lustrada on es mostra els principals problemes que tenen els emprenedors a la hora de passar de la idea al desenvolupament de la mateixa*, 2005.

Ferrando García, F.M., "Incentivos laborales al emprendimiento o autoempleo individual (I)", en AA.VV. (Farias Batlle, M. y Ferrando García, F.M. Dirs.), *Fomento de trabajo autónomo y la Economía Social. Especial referencia a las novedades introducidas por la Ley 31/2015, de 9 de septiembre*, Thomson Reuters Aranzadi, 2015.

Formichella, M., "El concepto de emprendimiento y su relación con la educación, el empleo y el desarrollo local", *Buenos Aires, Argentina*, 2004.

Fundación ONCE, "Las mujeres con discapacidad elevan el nivel formativo del colectivo" *Observatorio sobre Discapacidad y Mercado de Trabajo en España Fundación ONCE*. <https://www.odismet.es/blog/las-mujeres-con-discapacidad-elevan-el-nivel-formativo-del-colectivo>

Fundación ONCE, "La Situación laboral de las personas con discapacidad" *Observatorio sobre Discapacidad y Mercado de Trabajo en España. Fundación ONCE*, 2016. Enlace web: <https://www.odismet.es/blog/las-mujeres-con-discapacidad-elevan-el-nivel-formativo-del-colectivo>.

García, C. E., Sánchez, A. S.: "Clasificaciones de la OMS sobre discapacidad". *Boletín del RPD*, 2001, núm. 50.

Gómez Salado, M.Á., "El fomento del empleo por cuenta propia", en AA.VV. (Monereo Pérez, J.L., Moreno Vida, M.N., Márquez Prieto, A., Vila Tierno, F. y Maldonado Molina, J.A., Dirs.; López Insua, B.M. y Ruiz Santamaría, J.L., Coords.), *Protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Laborum, Murcia, 2020.

- Gutiérrez Encinas, V., Gómez Calzas M. I., Contreras Dos Santos, M.: "Dificultades de contratación en el mercado de trabajo para las personas con discapacidad: un análisis desde la perspectiva de género." *Intersticios. Revista sociológica de pensamiento crítico* vol. 11, núm. 2 2017.
- Hernández Días, J. y Millán Tapia, J.M., "Las personas con discapacidad en España: inserción laboral y crisis económica" *Revista Española de Discapacidad (REDIS)*, vol. 3, núm. 1, 2015.
- Herrera, E., Cierra, A., Vera, S., Bernardo, A.: Barreras y oportunidades para las emprendedoras y autónomas de Andalucía" Junta de Andalucía, Conserjería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo, 2020. Enlace web: <https://www.andaluciaemprende.es/wp-content/uploads/2021/03/Mapa-barreras-opportunidades-emprendedoras-autonomas.pdf>
- Instituto Nacional de Estadística, "El empleo de las Personas con Discapacidad (EPD) Año 2020 [Comunicado de prensa] https://www.ine.es/prensa/epd_2020.pdf
- Jiménez Buñuales, M., González Diego, P., Martín Moreno, J. M.: "La clasificación internacional del funcionamiento de la discapacidad y de la salud (CIF) 2001". *Revista española de salud pública*, núm. 76, 2002.
- Laloma García, M., *Empleo protegido en España. Análisis de la normativa legal y logros alcanzados*, Cinca, Madrid, 2007.
- López González, M., *Discapacidad y género: estudio etnográfico sobre mujeres discapacitadas*, 2014.
- Moreno Rodríguez, R. y Tejada Cruz, A., *Avances académicos sobre empleo, autoempleo y emprendimiento de las personas con discapacidad*, Asociación accesibilidad para todos "La ciudad accesible", Madrid, 2020.
- Observatorio Argos, "Mercado de Trabajo de personas con discapacidad en Andalucía. 2020. Enlace web: https://www.juntadeandalucia.es/servicioandaluzdeempleo/web/argos/web/es/ARGOS/Publicaciones/pdf/20211203_Discapacidad2020.pdf.
- Ocaña Malo, M.A., "Discriminación salarial y discapacidad: de los datos a la política de empleo" *Panorama Social*, núm. 26, 2017.
- Organización Internacional del Trabajo, *Resolución sobre la Clasificación Internacional de la Situación en el Empleo (CISE) adoptada por la decimoquinta Conferencia Internacional de Estadísticos del Trabajo*, OIT, 1993. Enlace web: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-/dgreports/-/stat/documents/normativeinstrument/wcms_087564.pdf
- Roldan Martínez, A., "Una visión crítica de las políticas de emprendimiento joven desde la perspectiva de la discapacidad" *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 5, núm. 2, 2017.
- Stewart Schwab, J., "Employment discrimination" *Encyclopedia of law and economics*. Edward Publishing Limited, 1999.
- Tejada Cruz, A. y Moreno Rodríguez, R., "Aspectos de relieve en el emprendimiento de las personas con discapacidad: situación actual, factores de interés y resultados de la Cátedra de Investigación Fundación Konecta", en AA.VV., *Avances académicos sobre empleo, autoempleo y emprendimiento de las personas con discapacidad*, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2020.
- Tulio Carmen, C. y Guerrero, L.M., "El emprendimiento y sus tensiones desde la política pública" *Calí: Fundación Universitaria Católica Lumen Gentium*, 2012.
- Vargas Dengo, M.C., "Miradas epistemológicas desde distintas perspectivas teóricas sobre discapacidad" *Revista electrónica EDUCARE*, vol.16, núm.3, 2012.

FLUJOS MIGRATORIOS EN AMÉRICA LATINA.

Dos casos paradigmáticos de precariedad laboral en el lugar de destino: ciudadanos paraguayos y bolivianos en Argentina

MIGRATORY FLOWS IN LATIN AMERICA. Two paradigmatic cases of job insecurity in the place of destination: Paraguayan and Bolivian citizens in Argentina

Patricia Gallo Cariddi

Profesora de Derecho Penal

Universidad de Buenos Aires, Argentina

patricia_gallo@yahoo.com ORCID ID [0000-0002-4772-7579](https://orcid.org/0000-0002-4772-7579)

Recepción de trabajo: 06-07-2022 - Aceptación: 16-07-2022 - Publicado: 21-07-2022

Páginas: 244-261

■ 1. INTRODUCCIÓN. ■ 2. FLUJOS MIGRATORIOS EN AMÉRICA LATINA. 2.1. Flujo migratorio desde Paraguay. 2.2 Flujo migratorio desde Bolivia. ■ 3. FLUJOS MIGRATORIOS LABORALES Y PANDEMIA. ■ 4. CONSIDERACIONES FINALES. 5. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

Los flujos migratorios son un rasgo estructural del orden mundial impuesto por la globalización. En América Latina estos movimientos no se producen solo y necesariamente hacia las regiones más desarrolladas —por ejemplo, USA—, sino que muchos migrantes cruzan las fronteras hacia países limítrofes, en el intento de mejorar sus condiciones de vida. Existen dos casos emblemáticos de este fenómeno: el flujo de ciudadanos paraguayos que se insertan en la industria de la construcción y el de los ciudadanos bolivianos, que lo hacen en la producción textil, ambos en Argentina. Se trata de los sectores con mayor informalidad y precariedad laboral que muchas veces generan situaciones abarcadas por el Derecho penal: tanto por riesgos graves laborales no permitidos, que ponen en peligro grave la vida y salud de los migrantes paraguayos, en el sector de la construcción; como de explotación laboral, en la industria textil, afectando la libertad y dignidad de los migrantes bolivianos.

PALABRAS CLAVE: migración irregular, explotación, riesgos laborales, precarización laboral, peligro grave.

ABSTRACT

Migration flows are a structural feature of the world order imposed by globalization. In Latin America, these movements do not occur only and necessarily towards the more developed regions —for example the USA—, but many migrants cross the borders to neighboring countries, in an attempt to improve their living conditions. There are two emblematic cases of this phenomenon: the flow of Paraguayan citizens who are inserted in the construction industry and that of Bolivian citizens, who do so in textile production, both in Argentina. These are the sectors with the greatest informality and job insecurity that often generate situations covered by criminal law: both due to serious non-permitted occupational risks, which seriously endanger the life and health of Paraguayan migrants, in the construction sector; as of labor exploitation, in the textile industry, affecting the freedom and dignity of Bolivian migrants.

KEYWORDS: irregular migration, exploitation, occupational hazards, job insecurity, severe danger.

1. INTRODUCCIÓN

Los flujos migratorios son hoy un rasgo estructural, sistémico, del orden mundial que impone el modelo de la globalización dominante.¹

La devaluación del factor trabajo es una de las características de este período y explica, en sí misma, muchos de los desplazamientos de trabajadores. Tanto porque las situaciones de pobreza y desigualdad de los países periféricos les impulsa a migrar, como porque, a su vez, favorecen la externalización de los costes de mano de obra y también porque determinadas condiciones de los mercados de trabajo, originan la demanda de mano de obra inmigrante en los países desarrollados. Sin embargo, la movilidad de la fuerza de trabajo no va paralela a la de los flujos de capital. Mientras que se promueve la desregulación y liberalización de los mercados financieros y las relaciones comerciales transnacionales, se restringe y supervisa la libre circulación de trabajadores, lo que tendrá como consecuencia directa el incremento de los desplazamientos anárquicos y clandestinos. La “Nueva División Internacional del Trabajo”, efectivamente, no solo supone la deslocalización del sector industrial hacia las regiones periféricas, donde la mano de obra es más barata —movimientos de capital—, sino que también genera importantes movimientos del factor trabajo en el sentido contrario —de la periferia al centro—, tanto de fuerza de trabajo cualificada como no cualificada, atraída por una fuerte demanda.²

Muchos productos y servicios se llevan a cabo dentro de la economía informal o sumergida, dando cabida en ellos a *personas inmigrantes en situación de irregularidad documental que son ex-*

1 Duarte Cunha Medeiros, T., *Inmigración. Tratamiento Jurídico Penal en el Derecho Español*, Juruá, Lisboa, 2015, pág. 25. Los que se denominan como “flujos migratorios” son la expresión moderna de una manifestación que se registra desde miles de años en las sociedades humanas, sin ser propia o exclusiva de ellas. Moverse del lugar de origen y desplazarse hacia otro, en búsqueda de alimento, cobijo, mejor clima o contacto con semejantes es una característica de aves, peces, u otros animales o de otros seres con vida que revelan esa tendencia. Los humanos, como individuos que además pueden realizar trabajos que les procuren recursos para asegurar la subsistencia, han sido y son seguramente los “migrantes por excelencia” (ídem, nota 4, pág. 23).

2 Rodríguez Rodríguez, R., *Ciudadanía, inmigración y exclusión social*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2013, pág. 51. La globalización económica, la liberalización de los intercambios, el aumento de las inversiones directas de las multinacionales en el extranjero y la integración mundial de los mercados financieros, han llevado a la internacionalización económica y a la intensificación de los flujos socioeconómicos a través de todo el planeta, pero también a una polarización a nivel mundial entre ricos y pobres dentro del Estado y, aun más, entre Estados ricos y Estados pobres a nivel mundial. El aumento de esa brecha —entre clases y entre Estados— conlleva los efectos concatenados: huida de la pobreza y llamada de las sociedades ricas, que ha llevado a la globalización de la inmigración, es decir, al fenómeno de “contrapeso de la globalización formal”. Por eso se dice que la globalización económica actúa como catalizador entre los países emisores y los países receptores propiciando los flujos migratorios, porque potencia la relación entre la pobreza y la falta de satisfacción entre la población de unos países y la demanda de trabajadores en otros (Miró Linares, F., “Política comunitaria de inmigración y política criminal en España”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 10-05, 2008, págs. 6 y ss.). Las estrategias de desarrollo basadas en la aplicación de políticas neoliberales, pretenden la libre circulación de capitales y es ambivalente respecto del concepto de soberanía estatal: diluida en relación a los controles de organismos financieros internacionales y en cuanto a los procesos de integración regional mediante la creación de instituciones supranacionales; pero fortalecida a la hora de preservar el derecho de formular una política migratoria restrictiva, tendiente al control de ingreso de los extranjeros, inmigrantes trabajadores (Novick, S., “Políticas migratorias en Argentina”, iigq.fsoc.uba.ar).

plotados y que no tienen condiciones laborales mínimamente dignas. La migración se erige como la principal proveedora de mano de obra en estas actividades mal remuneradas, mientras que la población autóctona, con mejores expectativas y aspiraciones, las rechaza. Los desequilibrios entre población y riqueza se están sustanciando no en términos de lograr que la riqueza tenga posibilidades de generarse allí donde está la población, sino en una dinámica que tiende a llevar la población, allí donde está la riqueza y no al revés.³

2. FLUJOS MIGRATORIOS EN AMÉRICA LATINA

La inmigración en América Latina no es un fenómeno nuevo, pero sí lo son las connotaciones específicas que, como consecuencia de la globalización, han experimentado los flujos migratorios. La mayoría de las migraciones modernas tiene sus raíces en la actual estructura del sistema económico que, al fomentar la concentración del capital en determinadas aéreas, contribuye al mantenimiento del subdesarrollo en otras menos favorecidas. En este contexto, el derecho a emigrar se convierte en una necesidad, en la medida en que muchas veces se huye de una “pseudo-vida”, sujeta a la miseria y al hambre.⁴

Los movimientos migratorios constituyen un rasgo vital de la actualidad —y de la historia— de Latinoamérica. Se vuelven un dato ineludible a la hora de intentar comprender las dinámicas sociales, culturales y económicas de esta región del mundo. Pero contrariamente a lo que las teorías tradicionales del *push-pull* nos llevarían a pensar, este movimiento de miles de latinoamericanos no se produce solo y necesariamente hacia las regiones más desarrolladas —por ejemplo USA—, sino que muchos migrantes cruzan las fronteras hacia países limítrofes, en el intento de mejorar sus condiciones de vida.⁵

En América Latina, si bien la migración ha sido un proceso social recurrente en la historia de la región, desde los años noventa este fenómeno ha cobrado nuevas dimensiones, en especial a partir de la profundización del modelo socio-económico neoliberal.⁶ En un contexto de aumento de los niveles de pobreza y desempleo, de precarización del trabajo asalariado y de una marcada desigualdad en la distribución del ingreso, la migración se consolida como una estrategia de supervivencia

3 Rodríguez Rodríguez, *Ciudadanía, inmigración y exclusión social*, págs. 52/53 y págs. 60/61.

4 Rodríguez Mesa, M., “El tráfico ilegal de personas. Especial consideración a su tratamiento en el ordenamiento jurídico español”, *Ciencias Penales Contemporáneas*, (Terragni, dir.), Número 5/6-2003, Mendoza, 2004, págs.461 y ss.

5 Caggiano, S., *Lo que no entra en el crisol*, Prometeo, Buenos Aires, 2005, pág. 49.

6 Novick, “Políticas migratorias en Argentina”, iigq.fsoc.uba.ar.

para distintos sectores de los países latinoamericanos.⁷ Lejos de ser un “bloque homogéneo”, las desigualdades en Latinoamérica (jurídicas, económicas y sociales) generan flujos migratorios de trabajadores desde los países más pobres y con mayor desempleo hacia aquellos que (aunque no muy desarrollados) *permiten una fácil inserción de migrantes ilegales en una economía informal*. En ese sentido, se ha señalado que “en el marco de los ciudadanos de países del Mercosur, se configura el libre mercado de la informalidad en pos de la máxima ganancia”.⁸

Bolivianos, paraguayos y peruanos cruzan a Argentina en busca de trabajo, mientras que brasileños lo hacen hacia Uruguay, muchos centroamericanos prueban suerte en México, haitianos en República Dominicana, nicaragüenses en Costa Rica, etc.⁹

En los Estados parte del Mercosur los movimientos migratorios tienen una permanencia histórica que se apoya en la contigüidad geográfica y la cercanía cultural, tanto como en la diferencia en los niveles relativos de desarrollo económico social, en las crisis económicas y en los procesos de violencia autoritaria que los han sacudido. Aunque el impacto de los flujos migratorios en la población de cada país es desigual, en la actualidad, en cada uno de ellos residen inmigrantes de países vecinos.¹⁰

Más allá de los mecanismos de expulsión en los lugares de origen, muchos migrantes de países limítrofes y cercanos, consideran que Argentina es una opción privilegiada. Los salarios que se pagan allí son —comparados con los de aquellos países, en los que los procesos de pauperización, desocupación y miseria suelen ser más pronunciados— un fuerte atractivo para sectores excluidos. Además de las condiciones económicas —mercado laboral y tipo de cambio—, también las condiciones políticas, determinadas características socioculturales y la persistencia de las redes sociales conformadas históricamente, explican el rol de Argentina como país de recepción. Se señala la existencia de un “*sistema migratorio en el Cono Sur*”, y en ese marco, que “*A diferencia de Brasil que no ha sido país receptor después de las migraciones transatlánticas, la Argentina se caracteriza por una atracción como país de destino de los migrantes limítrofes. Los otros países del Cono Sur —Chile, Paraguay, Uruguay y Bolivia— son fundamentalmente países de envío*”.¹¹ La presencia de

7 “Multiculturalismo, migraciones y desigualdad en América Latina”, presentación página del Centro de Estudios Avanzados, www.crea.unc.edu.ar.

8 Informe sobre Talleres Clandestinos en la Ciudad de Bs.As., 2006, Ministerio Público Fiscal, Procuraduría General de la Nación, disponible en www.elisacarrio.com, págs. 4/5.

9 Caggiano, *Lo que no entra en el crisol*, pág. 49.

10 Cano Linares/Trinidad Núñez, *Grupos vulnerables y desfavorecidos: protección contra su explotación laboral*, Dykinson, Madrid, 2011, págs. 126 /27.

11 Caggiano, *Lo que no entra en el crisol*, pág. 50. Argentina es el país del Mercosur con mayor porcentaje de extranjeros con residencia regular los que, según estadísticas realizadas en el año 2006, se ubican en alrededor del 5% de la población total y constituyen algo más de 1,5 millones de personas. Las migraciones de países fronterizos hacia Argentina se han mantenido constantes en el último siglo, ubicándose en alrededor del 25% de la población total. Si bien existe aún una gran proporción de europeos entre los habitantes extranjeros, la gran mayoría de extranjeros residentes provienen de los países fronterizos y del Perú (67%). De estos, aproximadamente un 38% ha nacido en Paraguay, el 19% en Bolivia, el 17% en Chile, el 12% en Uruguay y el 3% en Brasil. La cantidad de migrantes en situación irregular puede superar incluso a los extranjeros con residencia regular. La comunidad boliviana sostiene que existe un millón de migrantes, de los cuales menos del 20% tiene autorización de residencia. Para la comunidad paraguaya la cantidad estimada es de 400.000

los limítrofes en el conjunto de los extranjeros en Argentina ha tendido a elevarse, llegando en 1991, a ser más de la mitad de estos.¹²

En el panorama descripto, pueden destacarse dos casos paradigmáticos de este fenómeno: el flujo de ciudadanos paraguayos que se insertan en la industria de la construcción y el de los ciudadanos bolivianos, que lo hacen en la producción textil. Se trata de los sectores con mayor informalidad laboral en Argentina y por ende, en condiciones tan precarias de labor que muchas veces, generan situaciones abarcadas por el Derecho penal: tanto por riesgos graves laborales no permitidos, que ponen en peligro grave la vida y salud de los migrantes paraguayos, en el sector de la construcción; como de explotación laboral, en la industria textil, afectando la libertad y dignidad de los migrantes bolivianos.

2.1. Flujo migratorio desde Paraguay

Respecto del primer caso, existe un importante flujo de trabajadores paraguayos que ingresan ilegalmente y que se insertan fácilmente en el ámbito de la construcción, donde la informalidad en Argentina está prácticamente naturalizada.¹³

Según estudios practicados hace unos años, la inserción laboral de 4 de cada 10 trabajadores paraguayos varones que migran hacia Argentina, tiene lugar en la industria de la construcción de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y su área metropolitana, lo que contrasta con la participación nativa en el mismo sector: sólo uno de cada 10 argentinos trabaja en una obra. Esta tendencia se inició en la década de 1960, debiendo interpretarse como un proceso de "inserción selectiva" de los migrantes en un mercado flexible y desventajoso en cuanto a salarios y condiciones de empleo.¹⁴

La preeminencia del sistema de contrataciones y subcontrataciones, ha dado por resultado un cambio en las condiciones contractuales, posibilitando en muchos casos una mayor flexibilización

y para la comunidad peruana existen 250.000 sin residencia regular. La mayor parte de los migrantes que ingresan a la Argentina se dirige a Buenos Aires y su conurbano (74%) (según datos del año 2001), aunque existen varias zonas de frontera en las que se registran migraciones transfronterizas locales, revistiendo importancia la de personas chilenas en la Patagonia. Si bien después de la crisis económica del año 2001 y durante el año 2002 se registró una notable merma de inmigrantes, como incluso un retorno a sus países de origen, en el año 2003 se evidencia una vuelta a los niveles migratorios fronterizos históricos. (Papo, L., y González, L., "El trabajador migrante irregular frente a los Tratados de Derechos Humanos. Derecho a la libertad sindical", *Revista de Derecho Laboral. Actualidad*, 2008 (I), disponible en www.sajj.gob.ar, páginas sin numerar).

¹² Caggiano, *Lo que no entra en el crisol*, pág. 50.

¹³ Del Águila, A., "El que no se la banca, mejor que se dedique a otra cosa". Riesgo, masculinidad y clase social entre trabajadores paraguayos en la industria de la construcción del Área Metropolitana de Buenos Aires, www.scielo.org.ar, pág. 55. Ver, también Del Águila, A./Neiman, G., "De la tierra al hormigón. La inserción laboral de migrantes paraguayos de origen rural en el sector de la construcción en el Área Metropolitana de Buenos Aires", *ESTUDIOS DEL TRABAJO* N° 61, Enero-Junio 2021.

¹⁴ Del Águila, *El Paraguay proletarizado: la experiencia de los trabajadores paraguayos en la industria de la construcción argentina*, 2012, www.grupoparaguay.org, págs.3/4. Ver también en este sentido, el cuadro de distribución de trabajadores de la construcción por ocupación actual en las obras del Área Metropolitana de Buenos Aires (AMBA), según una encuesta realizada en 2018, en el trabajo de Del Águila, A./Neiman, G., "De la tierra al hormigón. La inserción laboral de migrantes paraguayos de origen rural en el sector de la construcción en el Área Metropolitana de Buenos Aires", ya citado.

laboral. De acuerdo con un estudio realizado por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social (2012), la subcontratación permite a las grandes empresas desligarse de ciertas responsabilidades vinculadas al trabajo directo en la obra, concentrándose en las actividades de gestión y coordinación. Un efecto de ello fue el aumento del número de empresas medianas y pequeñas y la existencia de menos empresas grandes en el sector. Las empresas se limitan a mantener un número muy bajo de trabajadores calificados y estables para los puestos clave y contratar a otros de acuerdo con las necesidades específicas. Estos trabajadores operativos de baja calificación, normalmente se inscriben como trabajadores autónomos y no figuran como parte del plantel permanente de la empresa (dando lugar a relaciones de dependencia encubiertas). Se recurre también a la subcontratación, arreglando el trabajo por tanto (como "tanteros") y no por jornal, lo que representa un régimen de tercerización.¹⁵

El ámbito de la construcción está sujeto a ciclos pronunciados, muy expuesto a las crisis económicas y altamente propenso a estructuraciones específicas de la mano de obra. Además, el escaso empleo de tecnologías mecanizadas, junto al predominio de procedimientos manuales tradicionales, hacen de la construcción de edificios, un "submercado económico" en el que prevalece "el uso intensivo de la mano de obra".¹⁶

En ese escenario, no resulta extraño el alto índice de siniestralidad laboral que presenta este sector, en la mayoría de los casos, por infracción de las medidas de seguridad.¹⁷ Los accidentes laborales en este ámbito, representa aproximadamente el 30 por ciento de los siniestros ocurridos anualmente en Argentina y la mayor parte de los accidentados, trabaja "en negro".¹⁸

La fuerza de trabajo proveniente del Paraguay, está compuesta mayormente por trabajadores campesinos. "Se trata de una mano de obra barata, un ejército laboral compelido a migrar cuando las fuerzas del trabajo así lo requieran... En este sentido, cabe llamar la atención sobre el modo en que la expansión capitalista produce un reordenamiento de la población en el espacio."¹⁹ La conformación histórica de un sistema de movilidad de mano de obra desde el campo paraguayo hacia

15 Del Águila, A., *Homo constructor. Trabajadores paraguayos en el Área Metropolitana de Buenos Aires*, Centro de Estudios e Investigaciones Laborales, Buenos Aires, 2017, pág. 94, nota 18.

16 Del Águila, "El que no se la banca, mejor que se dedique a otra cosa", www.scielo.org.ar, pág.56. Ver también, Del Águila, A./Neiman, G., "De la tierra al hormigón. La inserción laboral de migrantes paraguayos de origen rural en el sector de la construcción en el Área Metropolitana de Buenos Aires", *ESTUDIOS DEL TRABAJO* N° 61, Enero-Junio 2021, págs. 6 y ss.

17 El sistema normativo de prevención de riesgos laborales en Argentina, está compuesto por la "Ley básica de la higiene y seguridad en trabajo", ley n° 19.587 (es una ley marco que se aplica a todos los establecimientos y explotaciones del país, persigan o no fines de lucro, cualquiera sea la actividad y el modo de producción), su decreto reglamentario n° 1338/96; la ley n° 25.212, llamada "Pacto Federal del Trabajo" que establece el régimen de infracciones laborales y el procedimiento para la comprobación y juzgamiento de las mismas y la ley n° 24.557, Ley de Riesgos del Trabajo, que posee reglamentaciones temáticas, como en el caso que nos ocupa, el Reglamento para la industria de la Construcción (Decreto 911, de 1996).

18 A modo de ejemplo, solo en el primer trimestre de 2012 (enero a marzo) se reportaron 7.449 accidentes laborales en el sector de la construcción, y estos datos únicamente refieren a los trabajadores registrados (ver Informe de la Superintendencia de riesgos Laborales, disponible en www.argentina.gob.ar).

19 Del Águila, "El que no se la banca, mejor que se dedique a otra cosa", www.scielo.org.ar, pág. 7.

la capital argentina, con tal alto grado de institucionalización, excede ampliamente cualquier explicación de tipo coyuntural. Este proceso responde a cierta estructuración histórica de la desigualdad que se ha ido consolidando entre estos Estados nacionales, ya desde fines del siglo XIX, ampliada y profundizada a lo largo de las décadas.²⁰

Si bien el sector de la construcción posee niveles de precarización mayores que otras actividades, la altísima precariedad es norma, cuando se trata de los trabajadores paraguayos. Más de tres cuartos de éstos trabajan en la construcción de manera informal, brecha (de 20,7 puntos porcentuales respecto de los nativos) que extrema el relativo alto registro que tienen los no migrantes del sector.²¹

En efecto, algunas imágenes hegemónicas del “varón paraguayo”, a través de las cuales se le adjudican capacidades distintivas para el trabajo duro, esfuerzo físico y actitud “valerosa” frente a riesgo, resultan funcionales al proceso productivo, al reforzar las disposiciones de los sujetos a aceptar el riesgo y por tanto, deslindar al sector empleador de ciertas responsabilidades en materia de prevención.²²

De ese modo, se configura el proceso de transferencia de riesgo desde el sector empresario hacia los trabajadores, produciéndose una “doble subordinación” del trabajador informal: a la posición subordinada, propia de la relación laboral, hay que agregar la imposibilidad del trabajador en negro de recurrir a los mecanismos jurídicos de protección. En este sentido, se ha dicho que “se espera que un trabajador paraguayo acepte más el riesgo que entraña el trabajo en las obras, dado que, en su carácter de migrante, es percibido por el empleador como más subalterno que los subalternos.”²³

En el escenario descrito, se asiste a la invisibilidad de las enfermedades y accidentes de la construcción en la región y sus causas son: la informalidad, la precariedad laboral, la subcontratación en cadena y la presión por la productividad. Por eso, el principal desafío de los países del Mercosur constituye el viraje radical del modo de abordaje de los riesgos laborales de las obras, que reemplace a la visión indemnizadora de los daños, por una nueva concepción de la gestión de riesgos en cada una de las fases de la obra: proyecto, organización y ejecución.²⁴

20 Ídem, págs. 14/15. Ver también, Del Águila, A./Neiman, G., “De la tierra al hormigón. La inserción laboral de migrantes paraguayos de origen rural en el sector de la construcción en el Área Metropolitana de Buenos Aires”, págs. 9 y ss.

21 Del Águila, *Homo constructor*, págs. 88/89. El sector de la construcción posee niveles de precarización mayores que otras actividades, más allá de la condición migratoria de sus trabajadores, en el caso de los no migrantes sólo el 43,4 % se encuentra aportando al sistema de seguridad social, mientras que en el resto de las actividades el grado de formalidad alcanza a casi seis de cada diez trabajadores (*ibidem*).

22 Del Águila, “El que no se la banca, mejor que se dedique a otra cosa”, www.scielo.org.ar, pág. 53.

23 Del Águila, “El que no se la banca, mejor que se dedique a otra cosa”, www.scielo.org.ar, pág. 67. La mayor parte de los accidentados del sector de la construcción, trabaja “en negro” (*ibidem*, pág. 56). El autor citado señala que respecto de las condiciones de seguridad, “...los migrantes demandan a sus empleadores mucho menos que los nativos... En este sentido, y frente a nuestras preguntas en relación con la posibilidad de sufrir accidentes, reiteradas veces distintos trabajadores paraguayos nos dijeron (como encomendándose a un poder sobrenatural): si te tiene que pasar, te va a pasar” (*Homo constructor*, pág. 167).

24 Silva, A., Globalización y gestión de los riesgos del trabajo en el MERCOSUR, *Revista Venezolana de Gerencia*, año 8, n° 22, 2003, págs.210/11.

Como puede verse, el referido incumplimiento de las medidas de prevención, que pone en peligro grave la vida y salud de los migrantes paraguayos en el ámbito de la construcción, configura una situación que es penalmente relevante en ciertos países, como España (art. 316 del CP)²⁵ y algunos países de América Latina²⁶, pero no en Argentina, aunque existe un proyecto de reforma al Código Penal que contempla la inclusión de este delito de peligro.²⁷ Lamentablemente, para que intervenga el Derecho penal argentino respecto del contexto aquí delineado, es necesario que se produzca efectivamente el accidente de trabajo y se concrete la lesión o la muerte de algún trabajador migrante, para que la conducta infractora de las normas de prevención de riesgos laborales por parte del empresario, sea abarcada por los delitos imprudentes de resultado (lesiones y homicidio), donde debería tenerse cuenta en la aplicación de la escala penal de dichos delitos, el aprovechamiento de la vulnerabilidad del colectivo de trabajadores paraguayos migrantes (mayor contenido de injusto).

2.2. Flujo migratorio desde Bolivia

Con relación a Bolivia, los desplazamientos poblacionales tienen una larga historia y una gran importancia actual para ese país. Si bien las causas de las emigraciones son variables, la principal motivación para dejar el país está dada por la búsqueda de oportunidades económicas y un mejoramiento de la calidad de vida. La escasez y el deterioro de la tierra afectan a nuevas generaciones de campesinos del Altiplano y los valles. La industria, a su vez, presenta un bajo desarrollo en Bolivia, por lo que absorbe una pequeña porción de la población económicamente activa.²⁸

El 90 % de la población indígena de Bolivia vive en condiciones de extrema pobreza y ha desarrollado como estrategia de supervivencia, la venta de su fuerza laboral, fuera de su lugar de origen. Sin embargo, no se trata solo de condiciones económicas que determinan la movilidad de los sujetos, sino también de una verdadera "cultura migratoria" que ha naturalizado migrar, como "opción de vida".²⁹

25 Art. 316, CP español: "Los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses".

26 Perú, Uruguay y Paraguay cuentan ya con este delito "de riesgos laborales", ver en ese sentido: Gallo, PÁG., "El Derecho Penal Laboral y la prevención de riesgos laborales", *Revista de Derecho Laboral Actualidad*, n° 132/2018 (2/3/2018).

27 Ver, Gallo, PÁG., "El delito de riesgos laborales en el Anteproyecto de reforma al CP argentino de 2018", *Revista "Enfoques Penales"*, Noviembre 2018 (<https://crimint.org/enfoques-penales/>).

28 Caggiano, *Lo que no entra en el crisol*, pág. 52. Ver también, Rodrigo, F., "Migrantes bolivianos/as y luchas por el derecho a la ciudad en Argentina. Una visión crítica a la perspectiva de la Autonomía de las Migraciones", *Estudios Fronterizos*, vol. 22, 2021, disponible en <https://www.redalyc.org>.

29 Casanello, A., *Historia reciente de los inmigrantes bolivianos en la Argentina, 1970-2000. Trayectorias migrantes, redes sociales y transnacionalidad*, Tesis doctoral, Repositorio Institucional Digital de Acceso Abierto de la Universidad Nacional de Quilmes, 2014, pág. 57. Bolivia es un país con una arraigada cultura migratoria construida a lo largo de siglos, que caracterizó a los pueblos que habitaban la zona del Altiplano en su búsqueda de satisfacer necesidades de reproducción material y social. Además, las características estructurales de un país como Bolivia, con una fuerte dependencia económica externa articulada con un sistema productivo muy poco industrializado y una estructura social étnicamente estratificada, promovieron directa e indirectamente un escenario de fuerte movilidad de la población (idem, págs. 179 y ss.).

Si bien lo estrictamente económico fue central en las diferentes etapas de la migración boliviana, hay condiciones de infraestructura —escuela, hospitales, agua potable, electricidad— que vuelven atractiva a Argentina —especialmente en las zonas urbanas—. Por otra parte, hay una porción significativa de esa inmigración asentada desde mucho tiempo atrás en ciudades argentinas que ha establecido redes y lazos sólidos, que no se planteó retornar a su país, pese a las crisis económicas argentinas.³⁰

La tradicional corriente de inmigración desde los países limítrofes hacia Argentina, se ha visto acrecentada en los últimos años, sobre todo desde el sur de Bolivia, zona de gran pobreza en la que Buenos Aires es vista como una “potencia industrial”. Gran parte de ese caudal migratorio, ingresa a territorio argentino clandestinamente tras el objetivo de lograr un trabajo, que en su lugar de origen no tiene posibilidad de concretar. Se calcula que el 30 por ciento de la comunidad boliviana en Buenos Aires, cruzó las fronteras ilegalmente.³¹ Esa situación se ve favorecida por las características de la línea divisoria entre ambos Estados. La frontera argentino-boliviana es muy difícil de controlar (“frontera porosa”), ya que es permanente el flujo de personas que pasan de un lado a otro, por todo tipo de senderos, en pleno monte o en zonas urbanas.³²

Un alto porcentaje ingresa por su libre decisión, aun cuando reciba ayuda de terceros,³³ pero también se ha desarrollado en los últimos años, un fenómeno de captación de migrantes bolivianos por parte de empresarios textiles que, especulando con obtener mano de obra barata, favorecen su ingreso —y permanencia— irregular en territorio argentino, para que presten sus servicios en talleres de confección clandestinos, donde los empleados trabajan y viven en el taller y son explotados laboralmente por sus encargados, quienes en muchos casos, los mantienen en condiciones de semiesclavitud.³⁴

Estos “encargados” del taller son intermediarios entre el migrante irregular y los grandes empresarios -cuya identidad se mantiene preservada y jamás hacen contacto con los trabajadores explotados-. Tratándose de extranjeros indocumentados, pueden aprovecharse fácilmente del temor que éstos sienten ante su posible deportación, para que permanezcan “ocultos” en el taller.

Pese a las desfavorables condiciones laborales que se les impone, esta “modalidad” de inmigración irregular ha persistido a lo largo de las últimas décadas.

30 Caggiano, *Lo que no entra en el crisol*, págs. 54/55, nota 29.

31 Bisceglia, V., “Talleres Clandestinos. Una herramienta de explotación laboral. Su penalización”, disponible en www.cajuridico.com.ar, págs. 8 y ss.

32 *Ibidem*. Ver también, Hairabedian, M., *Tráfico de personas*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009, págs.105 y ss.

33 Ante la imposibilidad de realizar el proyecto migratorio a través de los cauces legales, el inmigrante se ve obligado a que otras personas le faciliten su concreción. Esos intermediarios pueden ser varios: familia, amigos, redes sociales formadas por otros connacionales, entre otros.

34 Ver un amplio desarrollo de este tema en, Gallo, PÁG./ García Sedano, T., *Formas modernas de esclavitud y explotación laboral*, BdeF, Buenos Aires, 2020.

Los primeros pasos del “nicho boliviano” en la industria textil de Buenos Aires, están vinculados a otra corriente migratoria en Argentina: los ciudadanos coreanos. El auge de esta inmigración asiática se produjo en los años 80, declinando en la década del 90.³⁵

Mientras que la comunidad empresarial judía dominó el mercado mayorista de la indumentaria de medio y bajo costo hasta 1960, el sector fue penetrado gradualmente por inmigrantes coreanos, quienes comenzaron cosiendo como subcontratistas de fábricas judías. A lo largo de la década de los 80, los nuevos empresarios coreanos lograron un ascenso notable y una posición cada vez más significativa en el sector de la indumentaria, que les permitió establecer sus propios talleres textiles.³⁶

Es en ese escenario que se configura el “vínculo interétnico” entre ambos grupos extranjeros, donde los migrantes coreanos, insertados en la industria confeccionista, de alguna manera introducen a los migrantes bolivianos en ese espacio productivo, contratándolos como costureros de sus talleres. De este modo, coreanos y bolivianos se relacionaron laboralmente y surge un sistema de explotación laboral de los primeros respecto de los segundos que ha sido favorecido por las características del mercado de trabajo en Argentina.³⁷

Desde la década de 1990, el número de talleres de confección de las familias de inmigrantes coreanos disminuyó, mientras que el número de fabricantes, mayoristas y minoristas aumentó de manera exponencial (es decir, los migrantes coreanos pasaron de gestionar talleres a ser grandes confeccionistas, reubicándose en la cadena de producción textil).³⁸ Con ese panorama de “retirada del grupo coreano”, el sistema de explotación pasó de vincular a coreanos —explotadores— con bolivianos —explotados—, a bolivianos con bolivianos, en una trama de inmigración irregular y explotación laboral de mano de obra.³⁹

35 Por aquel entonces (años 80), Corea del Sur era un país moderno e industrializado, pero la fuerte recesión proporcionó un factor de empuje para la migración hacia el extranjero. A finales de los años 90, la migración llegó en gran medida a su fin, y el tamaño de la comunidad comenzó a disminuir; la principal causa de la disminución de la comunidad coreana fue la re-emigración, principalmente hacia Canadá y Estados Unidos.

36 Kim, J., “¿Qué hace que los inmigrantes coreanos de Argentina se concentren en la industria de la indumentaria?”, <https://p3.usal.edu.ar>, págs. 77 y ss. La industria textil ha funcionado como una puerta de entrada privilegiada para la integración de la primera generación de inmigrantes coreanos en la sociedad anfitriona argentina y como el ámbito privilegiado de especialización para la generación posterior de coreanos argentinos. En lugar de considerar la diversificación de sus actividades económicas, la mayoría de los coreanos étnicos ha permanecido en esta industria. Además, muchos de los coreanos que antes manejaban empresas en otros sectores, se han trasladado a ella (*ibidem*).

37 Casanuello, *Historia reciente de los inmigrantes bolivianos en la Argentina ...*, págs. 132/134.

38 Kim, <https://p3.usal.edu.ar>, págs. 77 y ss.

39 Casanuello, *Historia reciente de los inmigrantes bolivianos en la Argentina ...*, pág. 134. En los 90, los talleres textiles eran llevados adelante mayoritariamente por migrantes coreanos que empleaban a costureros bolivianos. En la última década estos talleres se han *masificado*, pero ahora los patrones-talleristas son bolivianos, lo que permite ver un crecimiento sobre la base de un capital comunitario: un *atributo laboral diferencial* para el reclutamiento de mano de obra a partir de lazos de confianza y parentesco y fusiona unos modos de vivir y laborar que explotan la riqueza comunitaria. En el caso particular de la migración boliviana, con ella viaja y se reformula un capital comunitario caracterizado por su ambigüedad: capaz de funcionar como recurso de autogestión, movilización e insubordinación pero *también* como recurso de servidumbre, sometimiento y explotación (Gago, V., “La Salada: un caso de globalización desde abajo?” *Nueva Sociedad* N° 241, septiembre/octubre de 2012, págs. 69/70).

A medida que la actividad textil se convirtió en hegemónica, buena parte de los trabajadores comienzan a ser traídos directamente de Bolivia, por los propios talleristas, que también son bolivianos. La connacionalidad es clave en el éxito de la captación. Los potenciales migrantes son atraídos por la certeza de una inserción laboral rápida y segura, acrecentada por la confianza que genera el vínculo de paisanaje con el captor. Pero los problemas comienzan cuando las promesas terminan siendo parte de una forma de trabajo cada vez más precaria e inestable. En este sentido, muchos de los migrantes terminaron naturalizando esa forma de trabajo y sobre todo una forma de “progreso” que reproduce al sistema.⁴⁰

En Argentina existen aproximadamente unos 30.000 talleres textiles clandestinos (TTC), 5000 de ellos en Buenos Aires, “escondidos en el paisaje de la ciudad”.⁴¹ Estos talleres no se vinculan solo al comercio informal,⁴² sino que producen casi el 80% de la indumentaria total en Argentina y su mano de obra está compuesta principalmente por migrantes irregulares bolivianos, que muchas veces son objeto del delito de trata de personas con fines de explotación laboral.⁴³

Normalmente los talleres se instalan en propiedades viejas, sin servicios de agua corriente ni gas, sin disyuntores, generando riesgo de electrocución y de incendio. Además, en condiciones de hacinamiento e insalubridad que potencian los riesgos de enfermedades (sobre todo afecciones pulmonares). Por otra parte, no sólo no existen salidas de emergencia, sino que muchas veces el único medio de evacuación está cerrado y encadenado desde afuera, bajo llave, por el dueño del taller. Es común que en estos talleres se tapen con muros de ladrillos, las ventanas que dan a la calle

40 Casanuello, *Historia reciente de los inmigrantes bolivianos en la Argentina* ..., págs. 134/135.

41 El término “clandestinos” hace mención a muchas situaciones, ausencia de registración (por ejemplo en la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP), ausencia de habilitación municipal, que los trabajadores no estén registrados, etc.). Sin embargo, hay casos de talleres textiles clandestinos inscriptos en la AFIP y dan facturas y hasta están habilitados, en los cuales los trabajadores estaban reducidos a servidumbre. Se puede definir al TTC como la unidad productiva que, por lo general, no se encuentra habilitado legalmente para funcionar y permanece oculta a las autoridades administrativas y al control sindical, con el fin de eludir la normativa laboral y de ese modo reducir los costos asociados a la mano de obra. En algunos talleres se da el caso de que embarazadas y niños menores de edad realizan labores a la par que el resto de los trabajadores. Por otra parte, no es ilegal brindar vivienda a los trabajadores, siempre que se respete su dignidad e integridad (Lieutier, A, *Esclavos*, Retórica, Buenos Aires, 2009, págs. 24/28).

42 La feria “La Salada”, es el mercado callejero informal más grande de América Latina. Funciona en el gran Buenos Aires y surgió como consecuencia de una estrategia de supervivencia de unas pocas familias de bolivianos en 1987. El mercado creció mucho durante la crisis de 1998-2001 y continúa creciendo hasta hoy; es decir, creció tanto en tiempos de crisis como de crecimiento económico. Actualmente “la Salada” es abastecida por miles de talleres textiles clandestinos que funcionan bajo el apoyo tácito —o incluso explícito— de autoridades municipales (Montero, J./Abalo, E., *Boletín GeoEcon*, n° 1, año 2016, pág. 73).

43 Arcos, M., “Costureros y bolivianos. Aproximaciones actuales sobre la importancia de la articulación identidad y trabajo en la industria de la indumentaria en Argentina”, ponencia presentada en la Reunión de Antropología del Mercosur (RAM-2013), pág. 3; la misma, en “Talleres clandestinos”: el traspatio de las “Grandes Marcas”. Organización del trabajo dentro de la industria de la indumentaria”, *Cuadernos de Antropología*, N° 10, 2013, pág. 333; Montero, J./Abalo, E., *Boletín GeoEcon*, n° 1, año 2016, pág. 69. Se estima que el 25% de la problemática del trabajo con fines de explotación se da en los talleres textiles clandestinos; 3 de cada 4 trabajadores del sector no están registrados. Los inmigración boliviana de víctimas del delito de trata en Argentina, se estiman entre 100 y 130.000 (Benencia, R., “El infierno del trabajo esclavo: La contracara de las exitosas economías étnicas”, *Avá*, Vol. 15, 2009, págs. 53 y ss.). Ver también, “La esclavitud en los tiempos de la cultura fashion”, *Diario El Tribuna*, 11/5/2015 y Goldberg, A. (dir.), “Las condiciones de trabajo en los talleres clandestinos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: factores de riesgo e impacto en la salud/enfermedad de los trabajadores”, CONICET, 2011, www.srt.gob.ar, pág. 59.

para que desde el exterior no se advierta esta actividad ilegal. De ese modo, al no tener ventilación, se potencia el riesgo de contraer tuberculosis.⁴⁴

En general, los costureros bolivianos viven, trabajan y crían a sus hijos en el taller,⁴⁵ donde son sometidos a extensas jornadas de labor (16 horas o más), salarios irrisorios, restricciones de libertad para entrar y salir del taller, retención de pasaporte, llegando a configurar en muchos casos, trabajo esclavo (reducción a servidumbre por deudas).⁴⁶

Sin embargo, teniendo en cuenta la evolución del contexto socio-económico mundial en los últimos años, sería un error analizar el problema de la explotación laboral en los talleres solamente como producto de conductas desviadas individuales (particularmente empresariales). Los talleres textiles clandestinos son una situación estructural que requiere un abordaje completo, que incluya desde las condiciones de vida y trabajo en ellos, y que son consecuencia de la reestructuración de la industria de la moda en las últimas décadas, del rol del Estado y los cambios en la relación capital/trabajo, es decir, cómo cambió la industria confeccionista en la transición del fordismo al neoliberalismo y como influyó esto en las condiciones laborales. Esta realidad argentina es expresión de una manifestación mayor (a nivel mundial), donde la producción textil se ha trasladado desde grandes fábricas a países periféricos con mano de obra esclava.⁴⁷

Estas situaciones de abuso del migrante “puertas adentro” del taller textil, también demandan la intervención del Derecho penal, en tanto configuran relaciones de sometimiento respecto de un colectivo vulnerable, como es el de los migrantes bolivianos irregulares. Constituye delito de ex-

44 Goldberg, (dir), www.srt.gob.ar, págs. 83/87 y 95, nota 35. Hay una histórica relación entre el trabajo de confección textil y esta enfermedad. En 1912, el 32,7 % de la mortalidad de mujeres ocupadas en la industria de la vestimenta se debía a la tuberculosis, un índice que doblaba al de la mortalidad tuberculosa promedio (*ibidem*).

45 En general tienen habitaciones divididas por tabiques, separadas para hombres y mujeres. En el mejor de los casos, se aloja a cada familia en una misma habitación. A partir de la presión inspectiva, es menos frecuente que la vivienda esté en el taller, normalmente se encuentra en un inmueble separado, cercano al taller. Es frecuente que ante las inspecciones, se esconda a los costureros en altillos, sótanos o se los obligue a saltar a inmuebles vecinos (Lieutier, A., *Esclavos*, pág. 29, nota 9).

46 Respecto del trabajo esclavo como finalidad de trata de personas, el gobierno argentino reconoció ante la OEA la existencia de trabajos degradantes y asimismo reconoció que la explotación laboral afecta principalmente a la población inmigrante procedente de países limítrofes como Bolivia y Perú. Los trabajos son degradantes y hay también hacinamiento en las viviendas, encierros prolongados, falta de alimentación adecuada, falta de condiciones para procurarse higiene básica y falta de descanso adecuado, lo que suele denominarse “sistema de cama caliente” (Correa Borges, PÁG., “La trata de personas como expresión de formas contemporáneas de esclavitud en América del Sur”, en Pérez Alonso (dir.), *AAVV El Derecho frente a las formas contemporáneas de esclavitud*, Valencia, 2017, pág. 380, nota 19).

47 Montero, J., “Discursos de moda: ¿cómo justificar la explotación de inmigrantes en talleres de costura?”, *Trabajo y Sociedad*, N° 23, Santiago del Estero, 2014., pág.112. La flexibilidad laboral es la principal consecuencia de la nueva dimensión adquirida por el mercado laboral caracterizado por el modelo “post fordista” que crea mejores condiciones para la libre empresa. Esta situación deriva en la aprobación por el Estado de normativas laborales desproteccionistas, con una pérdida considerable de derechos laborales (Pérez Machío, A., “Trata de personas con fines de explotación laboral: la globalización del delito y su incidencia en la criminalización de la victimización irregular”, *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. 36, 2016, págs. 377/80).

plotación laboral, es decir imposición de condiciones laborales ilegalmente perjudiciales y de trata de personas y esclavitud o servidumbre, en los casos más graves. Sin embargo, el CP argentino no cuenta con un delito de explotación laboral, aunque sí con el delito de trata de personas y el delito de reducción a servidumbre, esclavitud o imposición de trabajos forzados.

3. FLUJOS MIGRATORIOS LABORALES Y PANDEMIA

La pandemia del COVID-19 modificó el paradigma de la movilidad migratoria y como ha ocurrido históricamente en las épocas de crisis, también afectó la situación económica, de empleo y financiera de los migrantes. El epicentro de la pandemia se trasladó desde Asia y Europa hacia América Latina en pocos meses y trajo consecuencias nefastas para la región, sumándose a otras realidades existentes como: la pobreza, desigualdad de distribución, informalidad laboral, estancamientos económicos, inseguridad alimentaria, entre otros, que ya daban cuenta de que la región se encontraba en una crisis de desarrollo y no solo en una crisis sanitaria.⁴⁸

El colectivo especialmente vulnerable conformado por los migrantes, se ven afectados por los múltiples efectos que la pandemia ha causado: 1) crisis sanitaria (las personas en movimiento están más expuestas al virus, sin disponer de herramientas suficientes); 2) crisis socioeconómica, que afecta a las personas migrantes que trabajan en la economía informal y no tienen acceso a las medidas de protección social y; 3) una crisis de protección, ya que los cierres de fronteras también tienen graves repercusiones en los derechos de las personas “en movimiento”, que pueden verse atrapadas en situaciones peligrosas.⁴⁹

Otra consecuencia de la pandemia es la creciente xenofobia de las sociedades latinoamericanas. Algunos estudios han documentado fenómenos como el racismo institucional en los sistemas de salud y educativos, así como procesos de estigmatización de la población migrante como amenaza al empleo de los autóctonos, causante de la disminución de los salarios y de mayores cargas fiscales, y responsable del aumento de la inseguridad. La pandemia ha provocado una exacerbación de estos

48 Bogado Bordazar, L., "El impacto de la pandemia en las migraciones regionales latinoamericanas", 2021, págs. 60 y ss., disponible en <http://sedici.unlp.edu.ar>. Según estimaciones de la CEPAL, las cifras dan cuenta de una crisis similar a la registrada en los años 30 del siglo pasado (*ibidem*).

49 Ídem, págs. 60 y ss. Si tenemos en cuenta que estamos en un proceso de transformación de la sociedad internacional y que las personas en movimiento se ven y se verán seriamente afectadas por estos cambios, se requerirán algunas redefiniciones en el esquema de protección del sistema universal de los derechos humanos de Naciones Unidas y de otros organismos que forman parte de dicho sistema internacional como la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), para disminuir los efectos socioeconómicos perjudiciales. De esta manera también se debe comprometer a los Estados a que cumplan con los estándares de protección internacional existentes, con los compromisos asumidos en el Pacto Mundial sobre los Refugiados y el Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular (2018), respetando a su vez el principio de universalidad que sustenta la ONU a través de los Objetivos de Desarrollo Sustentable (ODS) (*ibidem*).

sentimientos xenófobos, con un elemento adicional que parece perfilarse y necesita ser explorado a futuro: la perversa identificación de las poblaciones migrantes con el contagio.⁵⁰

A corto y mediano plazo las perspectivas para la región no parecen ser alentadoras y probablemente, la crisis de la pandemia tendrá un doble efecto: por un lado, será una nueva causa para la emigración (pues traerá aparejada altas cifras de recesión económica, de desempleo, mayor informalidad laboral y pobreza extrema) y, por otro lado, será también una limitación a la movilidad por los efectos restrictivos y las trabas que han impuesto en general todos los países, especialmente los desarrollados.⁵¹

Concretamente respecto de los flujos laborales aquí analizados, más allá de la desaceleración que han sufrido debido a las medidas restrictivas de movilidad implementadas durante la pandemia, lo cierto es que las problemáticas estructurales de los países implicados se han profundizado en el marco de la crisis sanitaria, acentuando la pobreza y el desempleo, por lo que, a mi modo de ver y aunque por el momento no se cuenta con datos reales, se avizora un incremento de dichos movimientos, a medida de que la situación de pandemia (y sus inherentes restricciones de movilidad) vayan superándose y quedando atrás. El tiempo lo dirá.

4. CONSIDERACIONES FINALES

Lo que puede concluirse de ambos flujos migratorios aquí tratados, es que muchos productos y servicios se llevan a cabo dentro de la economía informal o sumergida, dando cabida en ellos a personas inmigrantes en situación de irregularidad documental, lo que permite su explotación y la ausencia de condiciones laborales mínimamente dignas. La migración se erige así, como la principal proveedora de mano de obra en estas actividades mal remuneradas, mientras que la población autóctona, con mejores expectativas, las rechaza. En este sentido, llama la atención el modo en que la expansión capitalista produce un reordenamiento de la población en el espacio. Uno de los principios rectores del proceso de globalización es utilizar los recursos *allí donde son más productivos*. De ahí el desarrollo de la producción industrial dirigida a la exportación y la contratación de mano de obra intensiva en sectores como el textil o el electrónico a muy bajo coste, proveniente de países en vía de desarrollo.⁵²

50 Herrera, G., "Migraciones en pandemia: nuevas y viejas formas de desigualdad", *NUSO* N° 293, mayo/junio 2021 (págs. sin numerar), disponible en <https://nuso.org>. Prueba de ello fue la militarización de la frontera entre Perú y Ecuador para impedir el paso de los migrantes como forma de evitar la propagación del contagio (*ibidem*).

51 Bogado Bordazar, "El impacto de la pandemia en las migraciones regionales latinoamericanas" págs. 60 y ss.

52 Rodríguez Rodríguez, *Ciudadanía, inmigración y exclusión social*, págs. 50/51. Vivimos bajo la mano invisible de los mercados, el sistema capitalista produce y reproduce los procesos de adquirir y acumular propiedades, lo que constituye la base socioeconómica del poder sobre los que no tienen propiedades sustantivas —medios de producción que realizan el producto bajo las formas de ganancia o renta— (Godio, J., *Sociología del Trabajo y Política*, Atuel, Buenos Aires, págs. 17/19). Las empresas multinacionales son las que tienen la capacidad de redistribuir "riqueza" y beneficios entre diferentes países con independencia de la situación interna en cada uno de ellos (Rodríguez Rodríguez, *Ciudadanía, inmigración y exclusión social*, nota 40).

Así, los desequilibrios entre población y riqueza se están sustanciando no en términos de lograr que la riqueza tenga posibilidades de generarse allí donde está la población, sino en una dinámica que tiende a llevar la población, allí donde está la riqueza y no al revés. En este sentido, se trata de la creciente segmentación y etnificación de los mercados de trabajo, la ubicación de los trabajadores migrantes en empleos precarizados y en los sectores más desregulados como pauta dominante de la “lógica de aprovisionamiento de la fuerza de trabajo” en el siglo XXI, por parte de las sociedades avanzadas.⁵³

La imposición de condiciones laborales precarias constituye un objetivo prioritario para un mercado global que únicamente atiende a aquellos sujetos que adquieren —a su modo de ver—, la condición de ciudadanos a la vista de los intereses de la economía global, esto es, los *consumidores*. El resto, o sea las personas que carecen de disponibilidad económica para integrarse en un sistema económico caracterizado por la inmediatez y automatismo en el consumo, desprovistos ahora de cualquier medida proteccionista estatal, están abocados a ser instrumentalizados como medios para la producción de bienes al menor coste posible, flexibilizando al máximo sus derechos.⁵⁴

Junto a la flexibilización laboral, el mercado global que precisa de productos a bajo coste, se nutre de este factor: *el colectivo de personas que se ubican en un eslabón inferior al de los trabajadores*, al carecer de cualquier tipo de derecho o condición laboral: es *el colectivo de extranjeros objeto de explotación y de trata de personas*. La producción a bajo coste solo se concibe a través de la instrumentalización de aquellos sujetos que el sistema excluye del mismo y que son reducidos a mercancía dentro de la economía global.⁵⁵

5. BIBLIOGRAFÍA

Arcos, M., “Costureros y bolivianos. Aproximaciones actuales sobre la importancia de la articulación identidad y trabajo en la industria de la indumentaria en Argentina”, ponencia presentada en la Reunión de Antropología del Mercosur (RAM-2013).

Arcos, M., “Talleres clandestinos”: el traspaso de las “Grandes Marcas”. Organización del trabajo dentro de la industria de la indumentaria”, *Cuadernos de Antropología*, núm. 10, 2013.

Benencia, R., “El infierno del trabajo esclavo: La contracara de las exitosas economías étnicas”, *Avá*, vol. 15, 2009.

Bisceglia, V., “Talleres Clandestinos. Una herramienta de explotación laboral. Su penalización”, disponible en www.cajuridico.com.ar.

Bogado Bordazar, L., “El impacto de la pandemia en las migraciones regionales latinoamericanas”, 2021, disponible en <http://sedici.unlp.edu.ar>.

53 Rodríguez Rodríguez, *Ciudadanía, inmigración y exclusión social*, págs. 52/54 y págs. 60/61.

54 Pérez Machio, *Estudios Penales y Criminológicos*, págs. 377/80.

55 *Ibidem*.

- Cano Linares, T.N., *Grupos vulnerables y desfavorecidos: protección contra su explotación laboral*, Dykinson, Madrid, 2011.
- Caggiano, S., *Lo que no entra en el crisol*, Prometeo, Buenos Aires, 2005.
- Cassanello, A., *Historia reciente de los inmigrantes bolivianos en la Argentina, 1970-2000. Trayectorias migrantes, redes sociales y transnacionalidad*. Tesis doctoral, Repositorio Institucional Digital de Acceso Directo de la Universidad Nacional de Quilmes, 2014.
- Correa Borges, P., "La trata de personas como expresión de formas contemporáneas de esclavitud en América del Sur", en PEREZ ALONSO (dir.), *AAVV El Derecho frente a las formas contemporáneas de esclavitud*, Valencia, 2017.
- Del Águila, A., *El Paraguay proletarizado: la experiencia de los trabajadores paraguayos en la industria de la construcción argentina*, 2012, www.grupoparaguay.org.
- Del Águila, A., "El que no se la banca, mejor que se dedique a otra cosa". Riesgo, masculinidad y clase social entre trabajadores paraguayos en la industria de la construcción del Área Metropolitana de Buenos Aires, 2015, www.scielo.org.ar.
- Del Águila, A., *Homo constructor. Trabajadores Paraguayos en el Área Metropolitana de Buenos Aires*, Centro de Estudios e Investigaciones Laborales, Buenos Aires, 2017.
- Del Águila, A. y Neiman, G., "De la tierra al hormigón. La inserción laboral de migrantes paraguayos de origen rural en el sector de la construcción en el Área Metropolitana de Buenos Aires", *Estudios del trabajo*, núm. 61, 2021.
- Duarte Cunha Medeiros, T., *Inmigración. Tratamiento Jurídico Penal en el Derecho Español*, Juruá, Lisboa, 2015.
- Gago, V., "La Salada: un caso de globalización desde abajo?" *Nueva Sociedad* núm. 241, 2012.
- Gallo, P., "El delito de riesgos laborales en el Anteproyecto de reforma al CP argentino de 2018", *Revista "Enfoques Penales"*, 2018, <https://crimint.org/enfoques-penales>.
- Gallo, P., "El Derecho Penal Laboral y la prevención de riesgos laborales", *Revista de Derecho Laboral Actualidad*, núm. 132/2018 (2/3/2018).
- Gallo, P. y García Sedano, T., *Formas modernas de esclavitud y explotación laboral*, BdeF, Buenos Aires, 2020.
- Godio, J., *Sociología del Trabajo y Política*, Atuel, Buenos Aires.
- Goldberg, A. (Dir.), "Las condiciones de trabajo en los talleres clandestinos de la Ciudad de Buenos Aires: factores de riesgo e impacto en la salud/enfermedad de los trabajadores", CONICET, 2011, www.srt.gob.ar.
- Hairabedian, M., *Tráfico de personas*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009.
- Herrera, G., "Migraciones en pandemia: nuevas y viejas formas de desigualdad", *Nuso*, núm. 293, 2021, disponible en <https://nuso.org>.
- Informe sobre Talleres Clandestinos en la Ciudad de Bs.As., 2006, Ministerio Público Fiscal, Procuraduría General de la Nación, disponible en www.elisacarrío.com.
- Kim, J., "¿Qué hace que los inmigrantes coreanos de Argentina se concentren en la industria de la indumentaria?", <https://p3.usal.edu.ar>.
- Lieutier, A., *Esclavos*, Retórica, Buenos Aires, 2009.
- Miró Linares, F., "Política comunitaria de inmigración y política criminal en España", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 10-05, 2008.

Montero, J. y Abalo, E., *Boletín GeoEcon*, núm. 1, 2016.

Novick, S., "Políticas migratorias en Argentina", iigg.fsoc.uba.ar.

Papo, L. y González, L., "El trabajador migrante irregular frente a los Tratados de Derechos Humanos. Derecho a la libertad sindical", *Revista de Derecho Laboral. Actualidad*, 2008 (I), disponible en www.sajj.gob.ar.

Pérez Machío, A., "Trata de personas con fines de explotación laboral: la globalización del delito y su incidencia en la criminalización de la victimización irregular", *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 36, 2016.

Rodrigo, F., "Migrantes bolivianos/as y luchas por el derecho a la ciudad en Argentina. Una visión crítica a la perspectiva de la Autonomía de las Migraciones", *Estudios Fronterizos*, vol. 22, 2021, disponible en <https://www.redalyc.org>.

Rodríguez Mesa, M., "El tráfico ilegal de personas. Especial consideración a su tratamiento en el ordenamiento jurídico español", *Ciencias Penales Contemporáneas*, (TERRAGNI, dir.), núm. 5/6-2003, Mendoza, 2004.

Rodríguez Rodríguez, R., *Ciudadanía, inmigración y exclusión social*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2013.

Silva, A., Globalización y gestión de los riesgos del trabajo en el MERCOSUR, *Revista Venezolana de Gerencia (RVG)*, núm. 22, 2003.



ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

REJLSS

REJLSS

Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social
mayo - octubre 2022 - núm 5 ISSN-e: 2660-437X

PROHIBICIÓN DE CONCURRENCIA Y VIGENCIA ULTRAATIVA DEL CONVENIO COLECTIVO

PROHIBITION OF CONCURRENCE AND ULTRA-ACTIVE VALIDITY OF COLLECTIVE AGREEMENTS

Carmen Sáez Lara

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Córdoba

dt1salac@uco.es ORCID [0000-0001-6311-1398](https://orcid.org/0000-0001-6311-1398)

Recepción de trabajo: 18-05-2022 - Aceptación: 19-06-2022 - Publicado: 21-07-2022

Páginas: 263-274

■1. INTRODUCCIÓN. ■2. LA STS 5/10/2021 Y LA DOCTRINA SOBRE PROHIBICIÓN DE CONCURRENCIA DURANTE LA ULTRAATIVIDAD DEL CONVENIO. 2.1. La Sentencia del Tribunal Supremo de 5/10/2021. 2.2. Doctrina de la impermeabilización de la unidad negocial. ■3. LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DEL TS TRAS EL RDL 32/2021. ■4. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

RESUMEN

La reforma de la negociación colectiva, introducida por el Real Decreto-Ley 32/2021, de 28 de diciembre, en el ámbito de la prohibición de concurrencia y de ultraactividad de los convenios colectivos, determina un renovado interés por una cuestión interpretativa clásica, la vigencia de esta prohibición durante la fase de ultraactividad de un convenio colectivo. Por ello, se analiza la doctrina del Tribunal Supremo sobre el tema, no sólo el criterio general del que se hace eco la STS de 5 de octubre de 2021, sino también la doctrina de la impermeabilización de la unidad negociadora, durante la ultraactividad del convenio colectivo, a los efectos de proponer una doctrina jurisprudencial, de conformidad con los caracteres del nuevo modelo legal de ordenación de la negociación colectiva, tras el RDL 32/2021. La complejidad y trascendencia del tema aconsejan una doctrina judicial con matices en su interpretación de los artículos 84.1 LET y 86.3 LET.

PALABRAS CLAVE: convenio colectivo, prohibición de concurrencia, vigencia, ultraactividad.

ABSTRACT

The reform of collective bargaining, introduced by Royal Decree-Law 32/2021, of 28 December, in the area of the prohibition of concurrence and ultra-activity of collective agreements, determines a renewed interest in a classic interpretative question, the validity of this prohibition during the ultra-activity phase of a collective agreement. For this reason, the Supreme Court's doctrine on the subject is analysed, not only the general criterion echoed in the STS of 5 October 2021, but also the doctrine of the impermeability of the bargaining unit during the ultraactivity of the collective agreement, for the purposes of proposing a jurisprudential doctrine, in accordance with the characteristics of the new legal model for the organisation of collective bargaining, following RDL 32/2021. The complexity and transcendence of the issue make it advisable to propose a judicial doctrine with nuances in its interpretation of articles 84.1 LET and 86.3 LET.

KEYWORDS: collective agreement, prohibition of competition, validity, ultraactivity.

1. INTRODUCCIÓN

La reforma de la negociación colectiva, introducida por el RDL 32/2021¹ recupera la ultraactividad indefinida de los convenios colectivos, en el art. 86.3 LET, y suprime la preferencia aplicativa del convenio de empresa en materia salarial, en la regulación sobre la concurrencia convencional del art. 84.2 LET. Estas reformas están determinando un renovado interés por una cuestión interpretativa clásica, la relativa al ámbito temporal de la prohibición de concurrencia y, más concretamente, sobre la vigencia de esta prohibición durante la fase de ultraactividad de un convenio colectivo. El debate se suscita además al hilo de un pronunciamiento del Tribunal Supremo en la Sentencia de 5/10/2021 (Rec. 4815/2018) en aplicación obviamente del anterior marco normativo. En esta sentencia se afirma, con cierta rotundidad, que, según la “doctrina comúnmente aceptada en el ámbito científico y jurisprudencial”, la prohibición de concurrencia entre convenios colectivos ex art. 84.1 LET no se extiende al periodo de vigencia ultra activa, (ya sea prevista en el propio convenio o, en su defecto, la establecida en el artículo 86.3 LET). Al margen de que en esta doctrina general el TS había introducido alguna matización o excepción, la cuestión es si la misma resultará ajustada, en términos tan absolutos, en el nuevo marco normativo.

Analicemos de partida y solo a tales efectos, las novedades introducidas por el citado RDL 32/2021 sobre la prohibición de concurrencia y la vigencia ultra activa de los convenios colectivos. De una parte, el modelo legal de concurrencia convencional ha resultado afectado por la reforma 2021 solo parcialmente. De hecho, pese a la importancia de las reformas de 1994, 2011/2012, y 2021, ninguna de ellas alteraría las originarias reglas de ordenación de la negociación; la libertad de los negociadores, la inexistencia de una relación jerárquica entre convenios y la prohibición general de afectación entre convenios durante la vigencia *prior in tempore*. En España, la concurrencia de convenios colectivos no se rige por el principio de norma más favorable, a diferencia de otros países europeos, sino por el de *prior in tempore potior in iure*, dado que se reconoce la igualdad de rango de todo convenio, con independencia de su ámbito. Esta importante diferencia es compensada a su vez por la eficacia general o erga omnes de los convenios colectivos españoles. Por tanto, además de las reglas sobre concurrencia, no podemos ignorar que uno de los pilares de nuestro marco de negociación colectiva deriva de la eficacia erga omnes de los convenios colectivos. A las reglas generales, y en concreto, a la prohibición de concurrencia de un convenio durante su vigencia, (salvo pacto ex art. 83.2 LET) se unirían, en 1994 y 2012, las excepciones de la preferencia aplicativa limitada de los convenios supra empresariales (ahora de Comunidad Autónoma) y la preferencia legal e indisponible para la negociación colectiva del convenio empresarial².

1 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 trabajo que lleva a cabo una nueva reforma, ya anunciada como la octava reforma del Componente 23 (Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo) del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (PRTR) de 27/4/2021.

2 Sáez Lara, C, “Concurrencia entre convenios y modernización de la negociación colectiva”, *Temas Laborales*, núm. 161, 2022, pág. 339.

Pues bien, debe de destacarse que el propósito de la reforma de 2021 del art. 84 LET es hacer prevalecer el salario sectorial sobre el fijado por convenios empresariales (en cuantías inferiores) toda vez que el cambio legal ha dado respuesta a los eventuales casos de devaluación de los salarios sectoriales por parte de convenios de empresas (fundamentalmente en empresas multiservicios). Con la reforma 2021 desaparece, en cualquier caso y para cualquier unidad empresarial de negociación, la posibilidad de afectar a los salarios fijados en un convenio sectorial anterior³.

De otra parte, por lo que respecta a la ultraactividad del convenio colectivo tras su denuncia, el nuevo art. 86.4 LET recupera el modelo legal de ultraactividad indefinida con el objetivo de revisión de los equilibrios perdidos y de corrección de las distorsiones creadas por la reforma de 2012. Se trata de un modelo legal, como siempre, en defecto de regulación por convenio colectivo, por lo que puede pactarse que el convenio pierda su vigencia llegada la fecha de finalización, o bien puede acordarse, de manera libre también, el régimen de ultraactividad (de todas o algunas de sus materias, de sus plazos) así como sus consecuencias y efectos⁴. Como se sabe, la vigencia ultra activa del convenio colectivo denunciado, aunque directamente dirigida a la cobertura de vacíos normativos, también proporciona a las partes un clima propicio de “calma” o “tranquilidad” para negociar.

Centrándonos ya en el objeto de este estudio jurisprudencial la cuestión planteada es si la prohibición de concurrencia del convenio pervive durante la vigencia ultra activa de este, en el nuevo marco normativo. La cuestión interpretativa gira en torno pues al término “vigencia” del convenio en la aplicación conjunta de los arts. 84.1LET y 86.3LET, en la prohibición de concurrencia conflictiva de convenios, de modo que “un convenio colectivo, durante su vigencia, no podrá ser afectado por lo dispuesto en convenios de ámbito distinto”. La pregunta es si expresión del art. 84.1 relativa a la “vigencia” debe entenderse restrictivamente, solo respecto del periodo de eficacia inicial prevista en la norma convencional, o extenderse además a la vigencia prorrogada, o interpretarse, en un sentido amplio, incluyendo también la vigencia ultra activa.

Para su respuesta, en primer lugar, se abordará la jurisprudencia del Tribunal Supremo la doctrina general y sus matices, la citada STS de 5/10/2021, en el contexto de esta doctrina y, finalmente, su aplicación en el nuevo escenario normativo, surgido tras el RDL 32/2021.

3 Lahera Forteza, J., *La negociación colectiva tras la reforma laboral de 2021*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pág. 41.

4 Por ejemplo, la STS de 24/4/2012 (Rec. 141/2011) avalaría la fijación en un convenio colectivo autonómico de un régimen especial de ultraactividad diferente del regulado con carácter general en el art. 86.3 LET, que “impermeabiliza” la unidad de negociación frente a posibles convenios colectivos de ámbito estatal posteriores, manteniendo la aplicación del convenio autonómico, aún después de abandonadas las negociaciones, en tanto sea más favorable que el Estatal.

2. LA STS 5/10/2021 Y LA DOCTRINA SOBRE PROHIBICIÓN DE CONCURRENCIA DURANTE LA ULTRAATIVIDAD DEL CONVENIO

En términos generales, por lo que se refiere al ámbito temporal o duración de la prohibición de concurrencia entre convenios colectivos, la doctrina general del TS viene afirmando que ésta rige durante la vigencia del convenio afectado, pero no con posterioridad. Por ello, esta prohibición, en principio, no se aplica en el caso de ultraactividad del referido convenio⁵. De forma generalizada se afirma que la garantía art. 84.1 LET no resulta aplicable en la situación de ultraactividad del convenio, declarada por el art. 86.3 LET, pues la ultraactividad que este precepto genera no es confundible con la vigencia a que se refiere el art. 84 LET, referida al ámbito temporal pactado.

Se trata, por tanto, de una doctrina general que ha negado a la fase de ultraactividad convencional el carácter de “vigencia” a que se refiere el art. 84.1 LET, atendiendo a su distinta funcionalidad (respecto de la vigencia inicial y prorrogada) así como de sus consiguientes efectos, pues la ultraactividad está justificada por su finalidad de cobertura de vacíos⁶. De esta doctrina se hace eco el Tribunal Supremo, en la citada Sentencia de 5/10/2021, al afirmar con rotundidad que según la “doctrina, comúnmente aceptada en el ámbito científico y jurisprudencial”, la prohibición de concurrencia entre convenios colectivos ex 84.1 LET no se extiende al periodo de vigencia ultra activa, (ya sea prevista en el propio convenio o, en su defecto, la establecida en el artículo 86.3 LET).

Sin embargo, como ya se ha destacado⁷, la jurisprudencia del Tribunal Supremo no ha sido unánime y existen sentencias que han extendido la prohibición de concurrencia a convenios en situación de ultraactividad. Así debe recordarse que en algunas sentencias el Tribunal Supremo admitió la protección de la unidad de negociación anterior, la denominada “impermeabilización”, cuando, expirada la vigencia del convenio y denunciado éste, se ha iniciado la negociación de otro convenio en la misma unidad. De esta forma, se aplicaría una antigua doctrina de la Sala de Conflictos del Tribunal Central de Trabajo, dirigida a la conservación de la unidad de negociación, que tenía la finalidad de proteger las unidades inferiores, para que éstas no quedaran absorbidas por las de ámbito superior y en la que esa protección requería, además, que la negociación estuviera activa⁸. Por ello, se diría que la ultraactividad del convenio tiene una doble funcionalidad, al desarrollar junto a la de

5 A estos efectos, puede suscitarse, al hilo de la argumentación de alguna sentencia que fija en la fecha de denuncia del convenio el término final del plazo de aplicación de la regla del artículo 84.1 LET, la duda acerca de si la prohibición de concurrencia sería aplicable en el caso de prórroga automática del convenio invadido o afectado por ausencia de denuncia expresa (STS 22 marzo 2002).

6 SSTs. 17/5/2004 (Rec. 101/2003); 2/2/2004 (Rec. 3069/2002); 23/10/1995 (Rec. 2054/1994); 17/6/1994 (Rec. 2366/1993). SS.TSJ. Andalucía/Málaga 23/1/2003 (Rec. 39/2002); TSJ. País Vasco 5/4/2005 (Rec 2988/2004).

7 Molina Navarrete, C., “Retorno normativo a la ultraactividad indefinida”, *Temas Laborales*, núm.161, 2022. pág. 397

8 Sáez Lara, C., «La concurrencia de convenios colectivos», en Camps Ruiz, L. M.; Ramírez Martínez, J. M. y Sala Franco, T. (coordinadores), *Crisis, reforma y futuro del Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 593 a 604.

cobertura de vacío normativo, otra función, deducible de la jurisprudencia, de tutela de las unidades inferiores de negociación, atendiendo a ciertas sentencias del Tribunal Supremo, que habrían realizado una interpretación asimétrica del art. 84 LET⁹.

Analicemos previamente la STS de 5/10/2021, que aplica la doctrina general, para abordar después esta doctrina excepcional o doctrina de la impermeabilización de la unidad negocial durante la ultraactividad del convenio.

2.1. La Sentencia del Tribunal Supremo de 5/10/2021

El objeto de la STS de 5/10/2021 sería determinar el alcance temporal de la regla de prohibición de concurrencia de convenios; es decir, a qué período de tiempo se extiende dicha interdicción de afectación del convenio posterior, en función de la expresión legislativa del art. 84.1 LET, «durante su vigencia». Más concretamente, en el supuesto de hecho resuelto por la sentencia, lo debatido era la aplicación o no de un convenio de empresa firmado y publicado durante la vigencia ultra activa de un convenio sectorial; un convenio de empresa que fijaba una jornada de trabajo superior a la sectorial. La decisión afirmó la aplicación del convenio empresarial, pues la prohibición de afectación del art. 84.1 LET no rige durante la situación de ultraactividad¹⁰.

Recuerda el Tribunal que esta ha sido la respuesta dada «desde antiguo», citando la ya lejana STS de 29/1/1992¹¹ para afirmar que la regla del art. 84 LET de respeto o «no afectación» al convenio ya elaborado sólo alcanza, lógicamente, «durante su vigencia»; y en principio, de acuerdo con el art. 86 LET, los convenios son normas temporales o de duración determinada. La garantía contra la afectación, que establece el art. 84.1 LET, no resulta aplicable cuando el convenio colectivo ha perdido su vigencia ordinaria y se encuentra en esa situación, pues la ultraactividad no es confundible con la vigencia a que se refiere el art. 84 LET, referida al ámbito temporal pactado. El período de vigencia a que se refiere el art. 84.1 LET no puede incluir el posible período de ultraactividad del art. 86.3 LET, pues se trata de dos conceptos diferentes¹². Conclusión distinta supondría la «petrificación» de la

9 Benavente Torres, M.I., "Aportaciones al debate sobre la ultraactividad", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 171, 2014 (BIB 2014\4526). SSTS 29/1/1997(Rec. 294/1996) y 17/5/2004 (Rec. 101/2003). Impermeabilización de la unidad de negociación inferior (autonómica) que puede ir más allá de la ruptura de las negociaciones caso de preverse así en las normas específicas sobre ultraactividad del convenio denunciado (STS. 24/4/2012, Rec. 141/2011).

10 Es decir, la aplicación del I Convenio Colectivo de la empresa Ibercacao SAU (BOP de Toledo 22.05.2015) con jornada máxima anual de 1.816 horas para los años 2015 y 2016 y de 1.808 horas en cómputo anual para los años 2017 y 2018. El Convenio Colectivo Provincial de Mazapán, Masas Fritas, Confitería y Chocolate de Toledo 2012, 2013 y 2014 (vigencia desde 01.01.2012 hasta 31.12.2014) regulaba una jornada laboral máxima anual de 1.776 horas.

11 Rec. 886/1991, donde se afirmaría que bien es verdad que el art. 84 LET asigna un papel decisivo a la cronología de los convenios colectivos para la determinación de la norma convencional aplicable en los supuestos de concurrencia de convenios. Pero ello no quiere decir que la prioridad cronológica atribuya de una vez por todas mejor derecho de negociación colectiva a unos u otros sujetos negociadores para la regulación de un aspecto normativo o condición de trabajo.

12 SSTS de 23/10/1995 (Rec. 2054/94) de 2/2/2004, (Rec. 101/03) y de 21/12/2005, Rec. 45/2005).

estructura de la negociación colectiva y sería contraria a un sistema de libre negociación, en tanto que quedarían predeterminadas externamente las unidades correspondientes»¹³.

La aplicación de la transcrita doctrina, comúnmente aceptada en el ámbito científico y jurisprudencial debe conducir, concluye el TS, a que la prohibición de concurrencia entre convenios colectivos se extiende durante la vigencia del convenio preexistente. Expresión legal que hay que entender como la referida a la vigencia inicial prevista en el convenio o prorrogada expresamente por las partes, pero no al período posterior a tal vigencia, una vez el convenio ha sido denunciado, conocido como de vigencia ultra activa, ya sea prevista en el propio convenio o, en su defecto, la establecida en el artículo 86.3 LET (FJ 4).

Ahora bien, la propia STS 5/10/2021 (FJ 3 in fine) al referirse a la STS de 20/5/2012, (Rec. 31/2011), reconoce que en esta sentencia “matizamos” que «inexistente un nuevo acuerdo entre los interlocutores sociales con legitimación para ello, pierde toda virtualidad la regulación excepcional, que permite la ultra actividad del Convenio cuya vigencia ordinaria ha terminado, y que ha servido de parapeto contra la inmersión dentro del ámbito de aplicación del convenio colectivo de ámbito superior, y en su consecuencia, esa nueva situación hace desaparecer la misma justificación de la excepción, que desde esa perspectiva, debe de tenerse como no aplicable, una vez constatada la falta de acuerdo o la negociación en términos puramente formales, que incumplen el sentido y la finalidad perseguida por la cláusula de excepción».

Esta matización o excepción a la doctrina general, poco explicitada y no aplicable en la sentencia comentada en este epígrafe se analizará en el siguiente.

2.2. Doctrina de la impermeabilización de la unidad negocial

Ha sido el propio Tribunal Supremo¹⁴ el que ha señalado en relación con la cuestión aquí tratada que, aparte de compleja es de destacada transcendencia, habida cuenta de que, junto al criterio general, como excepción, también se aplica el criterio denominado “impermeabilización” de la negociación colectiva, “cuando, expirada la vigencia del convenio y denunciado éste, se ha iniciado la negociación de otro convenio en la misma unidad”. Como muestra la antigua doctrina de la Sala de Conflictos del Tribunal Central de Trabajo, esta conservación de la unidad de negociación tenía la finalidad de proteger las unidades inferiores, para que éstas no quedaran absorbidas por las de ámbito superior¹⁵; esa protección requiere además que la negociación esté activa. Esta es la solución que mejor se compadece de forma objetiva con la previsión legal de ultraactividad, contemplada por el art. 86.3 LET (en aquel momento como ahora de ultraactividad indefinida), y no depende de que las

¹³ STS de 2/2/2004(Rec. 101/2003); STS de 17/5/ 2004, (Rec. 3069/2002).

¹⁴ Por ejemplo, en la STS 10/12/2012 (Rec. 48/2012), (FJ 4), en un caso de expiración de la vigencia del Convenio de Empresa (Fomento de Construcciones y Contratas, SA) y ausencia de negociaciones impermeabilizadoras para ese ámbito declaro la aplicación del Convenio provincial del sector.

¹⁵ Sentencias del Tribunal Central de Trabajo de 14/6/1984 (RTCT 1984, 5923) y 17/3/1987 (RTCT 1987, 7080).

PROHIBICIÓN DE CONCURRENCIA Y VIGENCIA ULTRAATIVA DEL CONVENIO COLECTIVO

condiciones laborales reguladas en el convenio de ámbito superior puedan ser más beneficiosas en su conjunto para los trabajadores que las del convenio de ámbito inferior sino, exclusivamente, de que deba entenderse finalizado sin acuerdo el proceso negociador «activo», de la norma convencional de inferior o más reducido ámbito territorial¹⁶.

Resulta pues relevante que la negociación del nuevo convenio permanezca activa para aplicar la doctrina de la “impermeabilización” de esa unidad negociadora, una doctrina que ha sido utilizada, además, en casos de afectación descendente, para garantizar el mantenimiento de unidades inferiores de negociación.

Esta doctrina o criterio (excepcional) de la impermeabilización de la unidad convencional durante la ultraactividad se aplica, efectivamente, en supuestos de afectación descendente, por ejemplo, de convenio sectorial afectante a convenio de subsector en ultraactividad, si se mantiene la expectativa de renegociar un nuevo convenio colectivo (STS 30/12/2015); así como en el caso de un convenio sectorial afectante de convenio empresarial en situación ultraactividad, donde se apela al deber de negociar tras la denuncia y a la preservación de la unidad negociadora inferior, si se constata negociación con voluntad de acuerdo (SSTS 17/5/2004 y 29/1/97). De esta forma, se desarrolla una interpretación asimétrica del art. 84.1 LET, según se trate de afectación ascendente o descendente. Denunciado el convenio superior, surge la posibilidad de apertura de unidades de negociación (o efectividad de sus productos) en el ámbito inferior sin apreciación de concurrencia alguna; pero, a la inversa, la ultraactividad del inferior sirve de amparo frente a la absorción por el convenio superior de dicha unidad de negociación.

Más recientemente, aplicando también esta doctrina se habría dictado la STS de 12/12/2018, que confirma la aplicación de la prohibición de concurrencia ex art. 84 LET al Convenio de Conservas Vegetales, aun cuando su situación fuera de ultraactividad, resultando acreditado la actividad de la unidad de negociación hasta la fecha en que entró en ultraactividad y con posterioridad a la misma¹⁷.

Finalmente, hemos de referirnos a la STS de 30/12/2015 (Rec. 255/2014)¹⁸ que desarrolla esta doctrina claramente. Dice el Tribunal Supremo que la finalidad de la prohibición de concurrencia es evitar que, en el ámbito de aplicación territorial o funcional, cubierto por un convenio estatutario, se introduzca una nueva regulación negociada que coincida en todo o en parte con alguno de dichos

¹⁶ STS 17/5/2004 (Rec. 101/03) y STS 20/06/2012 (Rec. 31/2011).

¹⁷ Rec. 166/2017. La sentencia declara la concurrencia entre el Convenio Colectivo Básico de Conservas Vegetales, y el Convenio Colectivo Estatal para la Fabricación y Comercialización de Frutas y Hortalizas Frescas, Seleccionadas, Limpias, Troceadas y Lavadas, Listas para Consumir o Cocinar (AFHORFRESH) y la inaplicación de éste, mientras mantenga su vigencia el anterior y durante el periodo de ultraactividad de este.

¹⁸ Con independencia de que el caso concreto analizado fuera otro, concretamente se trata de una demanda de Impugnación del XVII Convenio Colectivo General de la Industria Química, en la que se solicitaba la nulidad del art. 1.1 del, en lo que se refiere a la afectación de esa norma convencional al sector de transformación del plástico. La sentencia declararía que no procede declarar la nulidad del art. 1.1 por incluir dentro de su ámbito funcional al sector de transformados de plástico, una unidad de negociación no artificial, que responde a un criterio histórico que se ha mantenido a lo largo de muchos años y muchos convenios colectivos, siendo aceptada durante todo ese tiempo. Un comentario en García Salas, A. I., “La prohibición de concurrencia durante la ultraactividad de un convenio colectivo”, *Revista de Información Laboral* núm. 7, 2016.

ámbitos¹⁹. El criterio de prioridad temporal deriva del principio *pacta sunt servanda*, puesto que el convenio es, antes que norma, un contrato y si existe un contrato vigente y válido entre dos partes, el mismo ha de ser cumplido y respetado por el término pactado. Solamente cuando esa vigencia acabe será posible que la unidad de negociación caiga bajo el ámbito de otro convenio distinto.

Pues bien, el TS afirma expresamente en la citada STS de 30/12/2015 que esta prohibición de concurrencia persiste, una vez finalizada la vigencia pactada del convenio y durante el periodo de ultraactividad de este, puesto que durante dicho periodo de ultraactividad se mantiene la expectativa de la negociación de un nuevo convenio colectivo y la jurisprudencia ha protegido en tales casos la unidad de negociación preexistente. Claramente, prosigue, tras el Real Decreto-ley 7/2011, con la finalización de la vigencia pactada del convenio y su denuncia solamente pierden vigencia (salvo que se establezca otra cosa en el convenio colectivo) «las cláusulas convencionales por las que se hubiera renunciado a la huelga». Por consiguiente, si durante el plazo de ultraactividad establecido legalmente (sin perjuicio de que en el convenio colectivo pudiera establecerse otra cosa) siguen en vigor también las cláusulas obligacionales y además la finalidad de ese periodo es la negociación del nuevo convenio, la conclusión es que la prohibición de concurrencia subsiste durante el periodo de ultraactividad. De ahí que esa protección legal de la unidad de negociación impida, en tanto perdure la prohibición de concurrencia (esto es, si no está pactada otra cosa en el convenio colectivo, durante su periodo de ultraactividad o mientras no se abandone por las partes la unidad de negociación) la «secesión» de partes del ámbito del convenio o la caída de una parte de esa unidad negociadora, en el ámbito de otro convenio colectivo, anterior o posterior.

En definitiva, vista globalmente la doctrina del Tribunal Supremo puede confirmarse que el criterio general se ha materializado, cuando una de las partes negociadoras había adoptado una postura pasiva frente al deber de renegociar el convenio²⁰. No siendo así, y como excepción a la regla general, el Tribunal Supremo afirmará la posibilidad de conservar la unidad de negociación anterior, su “impermeabilización”, si expirada la vigencia y denunciado el convenio, se hubiera iniciado la negociación de otro convenio en la misma unidad. De esta forma, se protege la unidad de negociación durante la ultraactividad, siempre que la negociación esté activa²¹.

En esta doctrina, como vemos, la protección legal de la unidad de negociación no se refiere a un convenio aislado, sino a la unidad de negociación delimitada históricamente por la sucesión

19 STS de 29/10/1999 (Rec. 3441/1998); 27/3/2000 (Rec. 2497/2000); 3/5/2000 (Rec. 2024/1999); 17/10/2001 (Rec. 4637/2001); 17/7/2002 (Rec. 171/2000); 16/11/2002 (Rec.1218/2001); 20/5/2003 (Rec. 41/2002); 8/6/2004 (Rec. 100/04); 5/3/2008 (Rec. 23/2007).

20 Por ejemplo, la STS de 17/5/2004 (Rec. 101/2003) en relación con el convenio franja de los técnicos de mantenimiento de aeronaves de Air Europa, SA, y el convenio sectorial del transporte aéreo, pone de relieve, en situación de ultraactividad, la falta de negociación activa en la unidad de negociación amenazada.

21 Por ejemplo, la STS de 20/6/2012 (Rec. 31/2011), para la que se aplica el convenio de sector Estatal desde el momento en que se rompen las negociaciones para la renovación del convenio sectorial autonómico; o la STS de 10/12/2012 (Rec. 48/2012), afirmando que se aplica el sectorial en tanto que ni siquiera se inician las negociaciones del convenio de empresa denunciado.

temporal de diversos convenios colectivos del mismo ámbito, manifestación de la pervivencia en el tiempo de esa unidad y de la negociación colectiva por los sujetos que originalmente decidieron la constitución de esta²².

El criterio de la impermeabilización de la unidad negocial resulta, además, como se ha visto, ajustado a la doctrina sobre el cambio de unidad negocial. Como recuerda el Tribunal Supremo, el cambio de unidad de negociación sólo será posible tras la pérdida de vigencia del convenio colectivo cuyo ámbito se pretende abandonar ya que la prohibición de concurrencia se extiende durante la vigencia del convenio, pero decae una vez el convenio ha perdido su vigencia ordinaria, momento a partir del cual es posible el cambio de unidad de negociación. Tras la pérdida de vigencia de un convenio, una vez acreditado que la unidad de negociación anterior sólo subsiste porque, en su momento, se pactó una ultraactividad de sus cláusulas normativas hasta la entrada en vigor de un convenio nuevo, cualquiera de las partes puede desistir de dicha unidad de negociación y optar por elegir una nueva y más amplia, pues entender lo contrario implicaría la petrificación de unidades de negociación que es algo no querido por el ordenamiento jurídico. Así lo viene manteniendo nuestra jurisprudencia, concluye el TS, al señalar que en esta situación no rige, en principio, la prohibición de concurrencia del artículo 84.1 LET (STS de 17/5/2004 (Rec. 101/2003)²³.

3. LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DEL TS TRAS EL RDL 32/2021

Restablecida la ultraactividad indefinida, el tema de la aplicación de la regla legal sobre prohibición de concurrencia del convenio durante la fase de ultraactividad se sitúa ahora en un primer plano. Aunque ciertamente el criterio judicial general es, como se sabe, que la prohibición de concurrencia del art. 84.1 LET no se aplica durante la ultraactividad del convenio, a mi juicio, en primer lugar, el mismo no se deduce claramente de una interpretación literal de los artículos 86.3 LET y 84.1 LET. En segundo lugar, una interpretación sistemática de ambas normas exige atender además a las notas definitorias del modelo legal de negociación.

De partida, comparto la opinión de que la distinción entre vigencia y ultraactividad sigue sin derivarse con claridad de la norma estatutaria, por lo que como ya se ha señalado puede interpretarse desde la letra de la Ley que la "vigencia" es aquel período en el que el convenio colectivo despliega su fuerza vinculante e integra además de la vigencia inicial y la prorrogada, la ultra activa²⁴. Ha sido la jurisprudencia la que ha establecido una doctrina general que, atendiendo a la distinta funciona-

²² Citada STS 30/12/2015.

²³ Remitiendo, además, a la doctrina sobre impermeabilización de la unidad negocial STS 13/1/2021 (Rec. 191/2019) STS 8/1/2020 (Rec. 129/2018).

²⁴ Fernández López, M.ª F., "Reformas normativas y vigencia de los convenios colectivos", Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., y Valdés Dal-Ré, F., *La reforma laboral de 2012 en materia de negociación colectiva*, La Ley, Madrid, 2012, págs. 385 y 386.

PROHIBICIÓN DE CONCURRENCIA Y VIGENCIA ULTRAATIVA DEL CONVENIO COLECTIVO

lidad de la ultraactividad respecto de la vigencia inicial y prorrogada, así como de sus consiguientes efectos, han negado a aquélla el carácter de “vigencia”, a la que se refiere el art. 84.1 ET, en tanto la ultraactividad está justificada por su finalidad de cobertura de vacíos²⁵.

Sin embargo, atendiendo al tenor literal del art.86.3 LET “se mantendrá su vigencia” resulta correcto hablar de vigencia del convenio una vez denunciado, es decir, lo que denominamos vigencia ultra activa. Además, esta vigencia ultra exige negociación activa tras la denuncia del convenio, pues solo durante las negociaciones para la renovación de un convenio colectivo, en defecto de pacto, se mantendrá su vigencia.

Efectivamente resulta preciso destacar que, como se sabe, la ultraactividad no solo exige que el convenio estatutario haya sido denunciado (por una de las partes legitimadas, en tiempo y forma, de conformidad con las previsiones convencionales y estatutarias), sino que se tenga la intención de negociar un nuevo convenio. Su surgimiento requiere por tanto de una voluntad de mantenimiento de la unidad de negociación y del efectivo inicio de las negociaciones. Si los tribunales habían afirmado que la ultraactividad del convenio sólo procedía, de partida, en tanto persisten las negociaciones, esta exigencia resulta avalada por la letra de la Ley, a partir de 2011²⁶, lo que supone una voluntad, desde el comienzo, de mantenimiento de la unidad de negociación que, de no concurrir, supondría el decaimiento inmediato del convenio denunciado²⁷.

Se trata en suma de una exigencia legal que determina una vigencia ultra activa no solo dirigida a evitar vacíos normativos sino también a garantizar la negociación colectiva ya iniciada; a proteger esa unidad negocial (no abandonada por las partes) y que ha determinado la aplicación del mencionado criterio de «impermeabilización». Si, por el contrario, se produjera la ruptura definitiva de las negociaciones, la unidad de negociación ya no estaría obviamente protegida por la prohibición de concurrencia. De esta forma, se garantiza la libertad de las partes de elegir la unidad negocial pues si la negociación está activada, la vigencia ultra activa del convenio denunciado favorece el pacífico desarrollo de la negociación.

En segundo lugar, una interpretación sistemática de los arts. 84.1 y 86.3 LET, en el modelo legal de negociación colectiva, también obligaría a realizar alguna matización sobre el criterio general que eleva a doctrina única la tantas veces citada STS de 5/10/2021, tras la reforma de la negociación colectiva de 2021, donde se establece la prevalencia del convenio sectorial en materia salarial. Como

25 Benavente Torres, M.I., “Aportaciones al debate sobre la ultraactividad”, cit., (BIB 2014\4526).

26 El vigente art. 86.3 LET (tras señalar que la vigencia de un convenio colectivo, una vez denunciado y concluida la duración pactada, se producirá en los términos que se hubiesen establecido en el propio convenio) establece que “Durante las negociaciones para la renovación de un convenio colectivo, en defecto de pacto, se mantendrá su vigencia, si bien las cláusulas convencionales por las que se hubiera renunciado a la huelga durante la vigencia de un convenio decaerán a partir de su denuncia.”.

27 Si hay un previo abandono de la unidad de negociación, y asunción de su espacio por la unidad de negociación Estatal, no puede afirmarse que se haya afectado a la unidad inferior durante la ultraactividad del convenio (STS 11/12/2012, Rec. 229/2011) Se aplica el convenio sectorial pues ni siquiera se llegan a iniciar las negociaciones del convenio de empresa denunciado (STS 10/12/2012 (Rec. 48/2012).

ya ha sido señalado la aplicación de este criterio general puede producir vaivenes en las cuantías salariales pactadas en el sector y la empresa y debilitar la reforma que pretende hacer prevalecer un salario sectorial sobre el de los convenios de empresa, al menos si sus cuantías son superiores. Por ello, tal vez el nuevo escenario haga fortalecer la doctrina del Tribunal Supremo sobre la impermeabilización de unidades convencionales con expectativas de renegociación en línea con la ya citada STS 30/12/2015²⁸.

En definitiva, la complejidad y trascendencia del tema aconsejan una doctrina judicial con matices y que interprete los arts. 84.1 LET y 86.3 LET de conformidad con los caracteres del nuevo modelo legal de ordenación de la negociación colectiva, tras el RDL 32/2021.

4. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Benavente Torres, M.I., "Aportaciones al debate sobre la ultraactividad", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 171, 2014.
- Fernández López, M.ª F., "Reformas normativas y vigencia de los convenios colectivos", Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., y Valdés Dal-Ré, F., *La reforma laboral de 2012 en materia de negociación colectiva*, La Ley, Madrid, 2012.
- García Salas, A. I., "La prohibición de concurrencia durante la ultraactividad de un convenio colectivo", *Revista de Información Laboral*, núm. 7, 2016.
- Lahera Forteza, J., *La negociación colectiva tras la reforma laboral de 2021*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- Molina Navarrete, C., "Retorno normativo a la ultraactividad indefinida", *Temas Laborales*, núm. 161, 2022.
- Sáez Lara, C., "Concurrencia entre convenios y modernización de la negociación colectiva", *Temas Laborales*, núm. 161, 2022.
- Sáez Lara, C., «La concurrencia de convenios colectivos», en Camps Ruiz, L. M.; Ramírez Martínez, J. M. y Sala Franco, T. (coordinadores), *Crisis, reforma y futuro del Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

²⁸ Lahera Forteza, J., *La negociación colectiva tras la reforma laboral de 2021*, cit., p. 39. La tutela de las unidades inferiores también podría entenderse ajustada a la finalidad de las reformas 2011, 2012 y 2021 de descentralización de la negociación colectiva en la empresa.

ÚLTIMOS PRONUNCIAMIENTOS JURISDICCIONALES SOBRE LA INDEMNIZACIÓN ADICIONAL POR TRANSGRESIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN LOS DESPIDOS NULOS

LATEST COURT RULING ON ADDITIONAL COMPENSATION FOR VIOLATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN NULL DISMISSALS

Ángel Arias Domínguez

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Extremadura

aarias@unex.es ORCID [0000-0002-6966-8485](https://orcid.org/0000-0002-6966-8485)

Recepción de trabajo: 19-05-2022 - Aceptación: 19-06-2022 - Publicado: 21-07-2022

Páginas: 275-289

■ 1. INTRODUCCIÓN. ■ 2. LOS TÉRMINOS TÉCNICOS DEL DEBATE. ■ 3. LAS ÚLTIMAS SENTENCIAS DE LA SALA CUARTA DEL TRIBUNAL SUPREMO. 3.1. La STS-SOC 179/2022, de 23 de febrero. 3.2. La STS-SOC 214/2022, de 9 de marzo. 3.3. El criterio interpretativo sentado por la STS-SOC 768/2017, de 5 de octubre. ■ 4. CONCLUSIONES PROSPECTIVAS. ■ 5. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

La transgresión de Derechos Fundamentales en los despidos nulos lleva aparejada la implementación de una indemnización económica adicional. En su efectiva concreción procesal práctica surgen dos problemas. En primer lugar, el modo o forma en la que se hace valer la acción indemnizatoria, exigiendo, o no, que la demanda aquilate con detalle los criterios y parámetros que deben ser tenidos en consideración para la valoración del montante de su cuantía. En segundo lugar, surge la duda, ante la falta de normativa expresa al efecto, de cuáles deben ser los criterios que deben emplearse para operar dicha cuantificación. El propósito del trabajo es reflexionar sobre la evolución de la doctrina del Tribunal Supremo en esta materia.

PALABRAS CLAVE: despido nulo, transgresión de derechos fundamentales, indemnización por lesión de derechos fundamentales, criterios de concreción de la cuantía económica de la indemnización.

ABSTRACT

The violation of fundamental rights in null dismissals entails the implementation of additional financial compensation. Two problems arise in its effective practical procedural concretion. In the first place, the way or form in which the compensation action is enforced, requiring, or not, that the claim assesses in detail the criteria and parameters that must be taken into consideration for the valuation of the amount of its amount. In the second place, the doubt arises, given the lack of express regulations to that effect, of what should be the criteria that should be used to operate said quantification. The purpose of the work is to reflect on the evolution of the doctrine of the Supreme Court in this matter.

KEYWORDS: null dismissal, violation of fundamental rights, compensation for injury to fundamental rights, criteria for specifying the financial amount of compensation.

1. INTRODUCCIÓN

Una de las materias actualmente más vidriosas y difíciles de encauzar en el ámbito del contrato de trabajo es cómo se determina —con qué parámetros, y con qué cuantía— la indemnización adicional que es exigible en aquellos despidos declarados nulos en los que se haya apreciado la efectiva vulneración de un Derecho Fundamental de la persona trabajadora.

Dos recientes resoluciones de la Sala 4.ª TS sobre este tema (de las que se dará cuenta seguidamente) propicia la revisión de los criterios que la propia Sala ha empleado para esta determinación en otros supuestos antecedentes (básicamente una resolución de 2017 antecedentes), intentando aquilatar dos cuestiones: 1.º Qué elementos o parámetros se emplean para calibrar el daño moral, y 2.º Qué elementos deben ser considerados para determinar su cuantía.

Se trata de clarificar, en lo que se pueda, las cuestiones más importantes para la operatividad de la indemnización a través del estudio de sus dos elementos: el daño moral y la cuantía económica.

2. LOS TÉRMINOS TÉCNICOS DEL DEBATE

No estamos, aunque pudiera parecerlo en una lectura apresurada, en presencia de una cuestión meramente sustantiva, sino, sobre todo ante una cuestión procesal. Básicamente porque la forma técnica de reclamar la indemnización mediatiza tanto la naturaleza de la indemnización como su funcionamiento operativo. Recordemos que el art. 183 de la LRJS contiene cuatro apartados que organizan la indemnización adicional por daños morales desde las siguientes premisas hermenéuticas:

- El pronunciamiento sobre la indemnización adicional una vez apreciada la vulneración de Derechos Fundamentales es obligatoria.
- Dos son daños que deben resarcirse: el moral que provoca la vulneración en sí misma considerada, y los perjuicios que se derivan de la transgresión.
- El Tribunal tiene obligatoriamente que pronunciarse sobre la cuantía que deberá recibir el demandante.
- La norma prefiere la concreción precisa de los daños, especialmente de los perjuicios, no tanto de los de orden moral.
- Pero si la prueba del importe exacto de los mismos es de difícil o costosa concreción el juez podrá resolver esta cuantificación “*prudencialmente*”.
- La cuantía que se perciba debe servir para un triple objetivo: resarcir a la víctima, restablecerla en la situación anterior a la lesión, y contribuir a la prevención del daño.

- Los dos primeros criterios tienen relación directa con los daños ocasionados (perjuicios o morales), el tercero no, al ser una finalidad general que escapa de la dinámica dispositiva del juicio jurisdiccional laboral.
- El montante de ambas indemnizaciones por daños (perjuicios y morales) es compatible con cualquier otra indemnización que le pudiera corresponder al trabajador por las acciones derivadas del contrato: despido, indemnizaciones por traslados, etc.
- Aunque la norma cifra solo dos ejemplos de las indemnizaciones compatibles, no son las únicas eventualmente pensables.
- Cuando se haya ejercido una acción penal y se reclame en ese orden la satisfacción de los daños y perjuicios, no se podrá reiterar la acción indemnizatoria en el orden social en tanto no se desista de aquella o quede imprejuzada (por absolucón o sobreseimiento libre).
- El plazo de prescripción de la acción en vía social queda interrumpido mientras se tramita la acción penal.

3. LAS ÚLTIMAS SENTENCIAS DE LA SALA CUARTA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Son varias, como decimos, las veces que la Sala 4.^a TS se ha enfrentado a esta cuestión.

Aunque no siempre, a mi modo de ver, se han establecido con la claridad y contundencia necesaria los parámetros que se utilizan para cuantificar las indemnizaciones. Sí es cierto que la Sala ha hecho un esfuerzo por sistematizar, ordenar y disciplinar los diferentes aspectos, adjetivos y sustantivos, de la pretensión procesal en las resoluciones que las últimas que comentamos toman como criterio de autoridad, pero le falta dar —y sé que es arriesgado afirmarlo con tanta ligereza— el último paso del razonamiento, el relativo a la forma y manera en que concreta el montante de la indemnización.

Sabe cómo funciona, pero la concreción económica líquida queda un tanto desconectada del resto del ordenamiento jurídico, no sabiendo muy bien por qué se empleen unos criterios (la LISOS, principalmente) y no otros (civiles) y, sobre todo, no encontrando un argumento que permita aquilatar líquidamente el montante económico de la indemnización.

De la lectura de las resoluciones que vamos a analizar seguidamente pareciera que se tiene claro la necesidad de imponer una sanción económica, discutiendo sobre todos sus elementos, como se verá seguidamente, pero no se tiene tan claro cuál debe ser la cuantía de la indemnización y mediante qué operaciones se llega a la propuesta líquida que finalmente se impone.

No se ha mostrado, en este sentido, especialmente innovadora la Sala cuarta con respecto a la implementación de criterios para la cuantificación del daño moral. Parece como si estuviera decidiendo si organizar un criterio general teniendo en consideración las menciones de la LISOS, o, hacer suyos los criterios del daño moral que se pudieran implementar en otro orden jurisdiccional, paradigmáticamente en el civil. Se emplea la LISOS, pero de la lectura de las resoluciones que así lo hacen parece deducirse que se procede sin mucho convencimiento, sin convicción. Como si estuviera esperando a organizar un criterio, más aquilatado, que permitiera concretar mejor la cuantía concreta del daño moral.

La primera solución, es decir continuar empleando la LISOS, tiene como clara ventaja que los términos del debate quedan circunscritos dentro del orden social, con la utilización de normas laborales y sometiendo a la interpretación integradora por parte de la Sala cuarta. La segunda solución, es decir acudir a parámetros del orden civil tiene también una clara ventaja al poder utilizar instrumentos mucho más perfilados, equilibrados y ponderados con respecto al aquilatamiento del daño moral. Pero este proceder también tiene un óbice: se abre la interpretación a soluciones que vienen de un orden jurisdiccional distinto al social, quizá más ricas en matices, pero también más difíciles de someter a la dinámica común unificadora que pretende implementar una solución general a estas cuestiones con visos de permanencia y estabilidad.

Sí es cierto, no obstante, que la exposición de los criterios que se utilizan para concretar la indemnización en las resoluciones que comentamos sí aclaran numerosos aspectos de su funcionamiento técnico, que son los que vamos a exponer, aunque la problemática de la concreta cuantificación del daño moral sigue quedando, como decimos, un tanto oscura. Es decir, se sabe qué criterios emplea el TS para implementar la indemnización, pero con tanta claridad cuáles deben ser los utilizados para aquilatar su cuantía. El monte está desbrozado, por emplear un símil fácil de apreciar, pero todavía no se sabe por dónde va a trazarse el camino que une los puntos de salida y llegada.

Como decimos los pronunciamientos recientes contiene numerosísima información sobre cuál es la forma técnica más precisa de interpretar las exigencias legales y concretar cómo se determinan las indemnizaciones. Veámoslos detenidamente.

3.1. La STS-SOC 179/2022, de 23 de febrero

Un trabajador es despedido después de demandar a la empresa para la que trabajaba por diferentes cuestiones, básicamente por impago de salarios y la no entrega de los equipos de protección personal para el desarrollo de su actividad. El Juzgado de lo Social que en primera instancia aborda la cuestión considera que el despido es improcedente.

La sentencia de suplicación modifica el relato de hechos probados y en su parte dispositiva entiende que la resolución de instancia debe ser revocada, calificando el despido de nulo, procediéndose, por tanto, a la readmisión en las mismas condiciones que regían antes del despido y al abono de los salarios de tramitación.

PROHIBICIÓN DE CONCURRENCIA Y VIGENCIA ULTRAATIVA DEL CONVENIO COLECTIVO

Pero no concede la indemnización adicional por transgresión de los derechos fundamentales que se solicitaba, básicamente por entender que la pretensión procesal no ha estado correctamente intimada. Entiende que no se concreta parámetro alguno que permita aquilatar su cuantía.

Indirectamente lo que se está afirmando en esta resolución de suplicación, es claro, es que la carga de concretar los daños que ocasiona la transgresión de un Derecho Fundamental corresponde a la parte, al trabajador, y que, por tanto, a él le corresponde la iniciativa probatoria. Es, desde luego, una perspectiva muy cercana a los principios que gobiernan el derecho privado, en donde el principio dispositivo juega con total amplitud, pero es, a su vez, una dinámica algo extraña al proceso social, en donde el proceso principio dispositivo siempre ha estado más embrizado, perdiendo vigencia y pujanza en favor de otros principios propios del orden social.

El actor formaliza el recurso de casación para la unificación de doctrina intimando la indemnización por transmisión de derechos fundamentales.

La cuestión por resolver es relativamente sencilla. Se trata, básicamente, de concretar si la declaración de la nulidad del despido por vulneración de un derecho fundamental conlleva necesariamente y en todo caso el abono de una indemnización adicional por daños morales, y, en caso afirmativo, de cómo debe cuantificarse ésta¹.

La peculiaridad de este asunto es que la demanda del trabajador no concreta, según la resolución de suplicación, *“los parámetros que han de servir para cuantificar su importe”*, teniendo que resolverse, en primer lugar, si está inconcreción impide el pronunciamiento sobre esta cuestión. La resolución de suplicación niega el reconocimiento de una indemnización adicional por daños morales con el único argumento de que *“se solicita sin concretar motivo alguno para ello, ni cuantificar, por no constar circunstancia alguna que pudiera dar lugar a la misma”*.

El recurrente en casación entiende, por el contrario, que la aplicación de los preceptos procesales antes citados exige, en todo caso, que la nulidad del despido lleva aparejada la condena a la empresa al pago de una indemnización adicional por daños morales, y que la pretensión que ha efectuado en la demanda cuantificando el importe de la misma en 15.525 € en aplicación de lo dispuesto en los artículos 8, 11 y 12 LISOS en atención al perjuicio moral que le ha ocasionado la situación, es suficiente para tener por interpuesta la pretensión procesal de manera correcta y efectiva.

En definitiva, el recurrente entiende que no es necesaria la concreción y cuantificación específica del daño moral, sino que para que se pronuncie el Tribunal sobre la pretensión procesal es suficiente con solicitarlo expresamente indicando una cantidad al respecto, y sin necesidad de anudar el daño moral con la cuantía de lo solicitado.

La sentencia de contraste invocada es la de 5 de noviembre de 2017 que será objeto de análisis seguidamente.

¹ Sobre la trascendencia de esta resolución véase Monereo Pérez, J.L., “Despido nulo por vulneración derechos fundamentales, resarcimiento del daño moral y modo ‘prudencial’ de cuantificación de la indemnización”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 3, 2022.

PROHIBICIÓN DE CONCURRENCIA Y VIGENCIA ULTRAATIVA DEL CONVENIO COLECTIVO

El Tribunal Supremo en el fundamento jurídico segundo, después de acreditar fehacientemente que existe contradicción con la resolución alegada de contraste, se detiene muy puntillosamente a analizar la demanda del trabajador. Es este uno de los caballos de batalla de esta cuestión, un punto esencial, porque una cosa es que no se concrete la cuantía de lo solicitado como indemnización y otra cosa es que no se solicite ésta.

De su lectura se deduce, sin ningún género de dudas, que efectivamente se alega que la actuación de la empresa le ha supuesto al trabajador una lesión en los derechos más básicos, comenzando por la falta de abono puntual de los honorarios pactados, y continuando con el quebranto de otros derechos laborales, como es una falta de respeto al cumplimiento de las obligaciones empresariales. Estas circunstancias le han ocasionado unos daños morales derivados del quebranto psicológico, sufriendo intenso y desasosiego padecido, que entiende que han de ser resarcidos en la cantidad solicitada.

Es decir, efectivamente indica que se ha producido un daño moral, concreta cuál ha sido este —quebranto psicológico, sufriendo intenso y desasosiego—, solicita una cantidad a tanto alzado para el resarcimiento, y sostiene su pretensión en los preceptos de las LISOS reseñados. Cumple, por tanto, con todos los elementos que deben ser apreciados para entender que una pretensión procesal de estas características se ha formalizado correctamente.

De lo que se trata ahora, en casación unificada, es de decidir si es suficiente con solicitar la indemnización del daño moral aunque sea de forma poco detallada y sin emplear para ello criterios jurídicos técnicos que calibren la cuantía cuando efectivamente ha quedado acreditada la vulneración del derecho fundamental, o si, por el contrario, para la estimación de la pretensión y percepción de la indemnización es exigible del demandante una concreción exhaustiva de los daños infligidos y de los mecanismos técnicos con los que debe ser resarcido.

A la resolución comentada no le cabe la menor duda.

Parte, en primer lugar, de una premisa evidente: los daños morales resultan indisolublemente unidos a la vulneración del derecho fundamental. Es decir, cualquier daño moral debe ser resarcido, y éste se produce, siempre y en todo caso, cuando queda acreditada la transgresión de los Derechos Fundamentales.

Por otro lado, en segundo lugar, al resultar especialmente difícil su cuantificación detallada deben flexibilizarse las exigencias para la concreción de la indemnización. Este aspecto si puede ser visto como una singular concreción de los principios del orden social, en contraposición a los del proceso civil dispositivo, evidentemente por tener una raíz patrimonial de la que carece el social. Y ese es el punto esencial de esta resolución, lo que aporta valor añadido a la organización unificada de criterios jurídico técnicos al respecto.

Ayuda a ello, naturalmente, la conformación legal del precepto procesal que disciplina esta materia, pues, de un lado, exige que el órgano judicial se pronuncie (*"prudencialmente"*) sobre la cuantía del daño, empleando para ello, de otro, parámetros difusos para la concreción de la indemnización cuando *"la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa"*.

PROHIBICIÓN DE CONCURRENCIA Y VIGENCIA ULTRAATIVA DEL CONVENIO COLECTIVO

Es decir, si por las circunstancias fácticas acaecidos en el supuesto de hecho no pueden concretarse los parámetros que permitan traducir con precisión en términos económicos el sufrimiento que el daño moral ha causado, se consentirá que la fijación y cuantificación de estos lo sea a criterio prudencial. Se consiente, en definitiva, una fijación con ciertas dosis de discrecionalidad para la valoración del daño y para la cuantificación de la indemnización.

Debe tenerse presente, claro está, que los sufrimientos, los padecimientos o los menoscabos experimentados por el trabajador en estos contextos de daño moral no suelen tener una directa o secuencial traducción económica, debiéndose valorar caso por caso en atención a las circunstancias concurrentes, siendo por tanto muy dificultosa la implementación de parámetros generales de actuación en esta materia.

La resolución es muy clara en este punto, afirmando que la sentencia recurrida que reconoce la lesión al derecho fundamental debía haber implementado a favor del trabajador la indemnización adicional por daños morales que considerarse prudentemente, al ser suficiente la alegación que sobre este particular pretendía la demanda, no exigiéndosele al actor, en definitiva, una mayor concreción de los daños o de la cuantía económica que solicita.

La problemática de la cuantificación la resuelve la resolución utilizando dos parámetros.

En primer lugar, la duración total del contrato, que en este caso ha sido breve, solamente dos años. Y, en segundo lugar, el salario del trabajador, que asciende, a *“unos 1300 euros mensuales”*.

Entiende, en definitiva, que la solicitud del actor de una indemnización por daños morales de 15.225 € resulta excesiva y desproporcionada, una vez *“que la declaración de nulidad del despido ya comporta la readmisión del trabajador y el pago de los salarios dejados de percibir desde la fecha de resolución del contrato de trabajo”*.

Teniendo en consideración esos parámetros la resolución del TS acude al art. 40 LISOS en su totalidad, sin precisar letra, número o epígrafe, para precisar que lo más razonable y adecuado en este caso es fijar la indemnización en la suma correspondiente a la cuantía inferior de la multa, *“que prudencialmente resulta más proporcionada y ajustada a las circunstancias del caso para resarcir en sus justos términos el perjuicio derivado del daño moral infringido al trabajador”*.

No parece un criterio demasiado exhaustivo en su razonamiento. Aunque sí parece *“prudencialmente”* adecuado. Por dos razones. Porque resuelve el asunto desde la equidad y en atención las circunstancias de su relación laboral (duración y salario). Y, en segundo lugar, porque no parece que en este caso se hayan producido las circunstancias que pudieran agravar la sanción en atención a los criterios del art. 39 LISOS: peligrosidad, gravedad del daño producido, número de trabajadores afectados, incumplimiento de las advertencias o requerimientos de autoridad laboral, etc. No apreciándose tampoco reincidencia en la conducta empresarial (art. 41 LISOS)

3.2. La STS-SOC 214/2022, de 9 de marzo

El asunto judicial en esta resolución es, básicamente, idéntico al anteriormente expuesto. Un trabajador ha sido despedido después de haber interpuesto una reclamación de cantidad y haber impugnado (con éxito) ante la jurisdicción una modificación sustancial de las condiciones de trabajo impuesta por la empresa. El JS declara nulo el despido del trabajador. La resolución del TSJ confirmó la resolución de instancia.

El JS no estimó la indemnización adicional por daños morales que solicitaba el trabajador en cuantía de 25.000 €, básicamente porque la demanda no fijaba las bases de su cuantificación. La resolución del TSJ tampoco estimó dicha pretensión, pero lo fundamental es enunciar cuál es la razón que sirve para ello. Entiende, no sin parte de razón, que a diferencia de lo que acontece con otros supuestos de despido nulo con transgresión de derechos fundamentales, cuando lo que se vulnera es la garantía de indemnidad no se está sancionando una conducta distinta al despido mismo, por lo que no procedería, en puridad, la implementación de una indemnización adicional.

Lo que se sanciona, razona, es el despido en sí mismo por la razón de obedecer a una represalia, y el perjuicio que sufre el trabajador es exclusivamente en relación con la extinción de la relación laboral. La garantía de indemnidad pretende, en definitiva, la satisfacción al trabajador del perjuicio ocasionado, es decir, la recuperación del empleo que fue indebidamente arrebatado. Por ello el legislador ha establecido, continúa la resolución, una respuesta forma automática y taxativa para este tipo de supuestos, una sanción *ex lege*: la readmisión inmediata y el abono de los salarios de tramitación. Pero en estos casos la indemnización adicional no tiene razón de ser, porque la norma legal ya ha organizado una respuesta tasada a la transgresión empresarial de un Derecho Fundamental.

La sala entiende que concurre la contradicción con la resolución alegada de contraste y en el fundamento jurídico tercero analiza el funcionamiento mecánico y técnico de la indemnización adicional por transmisión de derechos fundamentales. Lo fundamental, el argumento de mayor claridad y que sirve para ir edificando diferentes mojones sobre los que construir las diferentes soluciones, es que en la mecánica de los arts. 179.3 y 183 LRJS deben diferenciarse dos tipos de daños².

En primer lugar, los daños y perjuicios con una repercusión material o patrimonial directa. En segundo lugar, los daños morales que se anudan indisolublemente a la vulneración del Derecho Fundamental.

Mientras que en relación con el primer tipo de daños el demandante sí debe solicitar en la demanda y dejar claramente constatado las circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada, cuando se trata de daños morales, al demandante no se le exige dicha concreción. Es más, se le exige de efectuar las especificaciones que sí se le exigen cuando se trata de los

2 Un comentario de actualidad sobre esta resolución puede leerse en - García Romero, B., "Indemnización adicional por daño moral derivado de la vulneración de derechos fundamentales en el supuesto en el que, por dicha vulneración, el despido es declarado nulo", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 4, 2022.

PROHIBICIÓN DE CONCURRENCIA Y VIGENCIA ULTRAATIVA DEL CONVENIO COLECTIVO

daños y perjuicios de naturaleza matrimonial. Por eso la norma específica que “*cuando resulte difícil su estimación detallada*” al tribunal se le impone la obligación de pronunciarse “*sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa*”.

La resolución vuelve a invocar la sentencia de 5 de octubre de 2017 para resumir los criterios que en el orden laboral se manejan para resarcir el daño moral. Por eso vamos a estudiarla de manera exhaustiva en el siguiente epígrafe de este pequeño trabajo.

Pero lo que sí se quiere significar ahora son dos circunstancias. En primer lugar, que la sentencia recurrida debió haber estimado la pretensión de reconocer en favor del trabajador una indemnización por daños morales, siendo suficiente a tal efecto las alegaciones que sobre el particular se expusieron en la demanda, sin necesidad, por tanto, de que la parte realice una concreción exhaustiva en relación con los parámetros que se tienen en consideración para su cuantificación. Y, en segundo lugar, en relación con la cuantificación económica misma, vuelve a manejar los mismos dos criterios que con anterioridad se empleaban. Es decir, la duración del contrato de trabajo, en este caso, como en el anterior también de corta duración, de dos años; y el salario bruto anual del trabajador durante el periodo laboral.

En atención ambas consideraciones, aprecia que resulta manifiesta y excesivamente desproporcionado la concesión de la suma solicitada por daños morales de 25.000 €. Prefiere acudir a la sanción prevista en el art. 40 LISOS como parámetro de referencia, quedándose, como también ha acaecido en el supuesto anterior, en el grado mínimo de sanción, fijando la indemnización en la cuantía inferior de la multa. Ninguna novedad, por tanto, en relación con la anterior resolución comentada: se emplea la LISOS y se adopta el criterio del grado mínimo de sanción.

Sin embargo, aquí se produce un salto en el proceder interpretativo. Se precisa, y es razonable, que la solicitud de 25.000 € de indemnización adicional se considere excesiva, porque el trabajador acredita un salario anual de 23.000 €, pero no se indica qué instrumentos se emplean para considerarla excesiva. Se utiliza un criterio de mera equidad, o lógica, pero sin asir el argumento técnico a precepto normativo alguno o a criterio interpretativo jurisprudencial precedente. No se emplea, por descontado, una tabla o baremo económico, ni se razona sobre las medidas que se emplean para para considerar la solicitud excesiva. Se manejan las dos ponderaciones empleadas con anterioridad, duración del contrato y remuneración anual, para, balanceándolos, entender que la solicitud del demandante es irrazonable por desproporcionada. Pero, apréciese bien, ni se precisa por qué es irrazonable, ni a partir de qué cantidad económica sería desproporcionada, ni, por supuesto, qué cantidad económica sí sería razonable, justa, ponderada o equilibrada.

También desliza la idea de que la declaración de nulidad ya comporta la readmisión del trabajador y el abono económico de los salarios de tramitación, con lo que, de alguna u otra forma, estamos resarcando al trabajador de determinados daños ocasionados por la decisión empresarial. Pero, a mi modo de ver, este argumento, desde luego complementario en toda la dinámica indemnizatoria, no se encamina al resarcimiento del daño moral, sino a la reparación de los perjuicios de orden

económico patrimonial. Es la sanción tasada que el ordenamiento establece por la imposibilidad legal de discutir en el pleito laboral por despido la gradación y cuantificación que el incumplimiento contractual del empresario provoca y causa al trabajador. Ésta es, sin más, una indemnización (tasada) de orden social o laboral, mientras que la indemnización adicional de daños y perjuicios lo es de orden civil o general, aunque se deduce, acredita, prueba e impone en un proceso social.

3.3. El criterio interpretativo sentado por la STS-SOC 768/2017, de 5 de octubre

Es probablemente la resolución de los últimos tiempos que con más detalle aborda la estructura de la indemnización económica adicional por daño moral. Los hechos, aunque no tienen especial trascendencia, son sencillos. Un trabajador es despedido, el JS entiende que el despido es nulo por haber lesionado su derecho fundamental a la indemnidad, ya que departió como testigo en otros pleitos diferentes al suyo a favor de trabajadores que demandaron a la empresa. El Juzgado de lo Social entiende que la valoración del daño moral causado debe cifrarse en 30.000 €.

La Sala de Suplicación aprecia que el despido efectivamente es nulo, que deberá reintegrarse al trabajador en su puesto de trabajo y que se le deben abonar los salarios de tramitación.

Pero revoca parcialmente la sentencia y deja sin efecto la condena de la empresa al pago de la indemnización adicional por causación de daños morales, básicamente porque considera que en el presente caso nada se ha concretado a propósito del daño moral que ha sufrido el demandante. Entiende que la indemnización adicional por daños morales no debe deducirse de forma automática si no se concretan adecuadamente por el demandante las bases y elementos clave de la indemnización reclamada, exigiendo que se acredite en el proceso, cuanto menos de manera indiciaria, cuáles son las pautas o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda sentar la condena indemnizatoria.

En una exposición muy pedagógica, el fundamento jurídico segundo expone cuál ha sido la evolución de la sala con respecto a esta cuestión, fijando cuatro ítems a considerar.

La primera posición asume la concesión automática de la indemnización por los daños morales causado, sin que se exija una especial acreditación de los perjuicios causados, dado que estos se presumen cuando ha existido transgresión de Derechos Fundamentales de la persona trabajadora.

La segunda postura exige que se concreten las bases y los elementos clave de la indemnización reclamada, es decir, que se justifiquen suficientemente los indicios o puntos de apoyo en los que el demandante hace soportar la acreditación del perjuicio causado.

La tercera posición asume un criterio aperturista en el que el resarcimiento del daño moral no se sujeta a parámetros ciertos, dada la dificultad que existe para traducir en términos económicos el sufrimiento en que el daño moral consiste, entendiéndolo, de manera más abierta, que el margen de discrecionalidad en la valoración es una respuesta razonable para el cálculo del quantum indemnizatorio, sin necesidad, en definitiva, de sujetarse a parámetros preestablecidos.

La cuarta posición, la actual en que nos encontramos, entiende que la exigible identificación de circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada hace excepcionales

PROHIBICIÓN DE CONCURRENCIA Y VIGENCIA ULTRAATIVA DEL CONVENIO COLECTIVO

en el caso de los daños morales unido a la vulneración de un Derecho Fundamental cuando, en la práctica, resulte de difícil estimación detallada dichos daños.

Citando como precedente una sentencia de 17 de diciembre de 2013, la resolución se dedica a repasar y a desarrollar el estado de la cuestión.

Se entiende, en primer lugar, que la vulneración de un derecho fundamental conlleva, irremisiblemente, la producción de un daño moral, que resulta indisolublemente unido a aquella transgresión.

Se aprecia, en segundo lugar, que la cuantificación del daño causado por parte del demandante debe flexibilizarse en lo posible, relajando las exigencias formales para su concreción procesal en base, precisamente, a la dificultad de calibración del daño en términos económicos.

En todo caso, como tercer argumento a tener en consideración, se debe tener claro que los tribunales deben pronunciarse expresamente sobre la indemnización cuando se ha producido una lesión de un Derecho Fundamental. No es una mera posibilidad o una conveniencia, constituye una auténtica obligación.

En lo que importa a la concreción de su cuantía, en cuarto lugar, la resolución aprecia que debe determinarse prudencialmente como exige la LRJS cuando resulte demasiado difícil o costosa su cuantificación numérica.

Ahora bien, en quinto y último lugar, la indemnización debe ser “suficiente”, no sólo y exclusivamente para el resarcimiento del daño causado, sino también para contribuir a la prevención de este.

4. CONCLUSIONES PROSPECTIVAS

El análisis de las resoluciones comentadas provoca una reflexión prospectiva. Por un lado, tenemos lo que afirma la sala cuarta, que ahora recopilaremos de manera integradora. Pero, por otro lado, tenemos lo que no afirma la sala cuarta. Siendo esto último tan importante como lo primero, o quizá más.

De lo que afirma, de aquello de lo que tenemos completa seguridad, puede construirse un panorama bastante claro, que sucintamente pueden amojonarse en los siguientes ítems:

- toda lesión de un derecho fundamental lleva aparejado un daño moral.
- todo daño moral debe ser resarcido en su integridad.
- el mecanismo de resarcimiento del daño moral es económico.
- los litigantes si deben solicitar una cuantía económica determinada que rechaza el daño moral causado.
- no es exigible que los litigantes detallen con total exactitud y pulcritud los baremos y parámetros que se han tenido en consideración para la solicitud económica que piden.

PROHIBICIÓN DE CONCURRENCIA Y VIGENCIA ULTRAATIVA DEL CONVENIO COLECTIVO

- los jueces y magistrados deben obligatoriamente pronunciarse sobre la cuantía de dicho daño moral.
- especialmente lo determinarán de forma prudencial cuando la cuantificación sea costosa o el importe exacto resulte difícil.
- la cuantía total de la indemnización debe ser suficiente, tanto para reparar el daño producido, como para contribuir a su prevención.
- para la cooperación económica de la indemnización puede utilizarse la LISOS como criterio interpretativo.

La sala cuarta no afirma, y esto es la esencia del problema, que el método de cálculo por el cual se valora el daño moral, es decir la utilización de la LISOS, tenga que ser el único y exclusivo método por tener en consideración para calibrar la cuantificación económica del daño moral. De la lectura de la resolución se deduce que se emplea este parámetro por comodidad, facilidad, o cercanía laboral, pero no se niega la posibilidad de emplear cualquier otro. No al menos expresamente. El colonialismo que ha impuesto la LISOS como criterio preferente de valoración del daño moral preferente no se corresponde, en realidad, con lo que el Tribunal Constitucional ha afirmado en su STC 247/2006, de 24 de julio, que no siempre ha sido bien leída por la propia doctrina y por la jurisprudencia que la cita sin demasiado rubor pero sin demasiada precisión técnica³.

Surge la duda, por tanto, de qué acaecería si se empleasen los criterios civiles estándares para determinar la indemnización del daño moral, es decir, si se le otorgase a la pretensión indemnizatoria adicional por daño moral en el ámbito laboral la misma consecuencia que cualquier pretensión civil del mismo tipo o clase. Estaríamos hablando, en esencia, de una pretensión civil embalada o enlatada en un procedimiento laboral, y sometida, por tanto, en lo que importa a su mecanismo de imposición al orden jurisdiccional social, pero disciplinada en su cuantificación económica por reglas civiles.

El problema, claro está, es que el procedimiento civil se rige por el principio dispositivo, en el que sigue rigiendo la máxima de aportación de parte, por lo que la alegación y la cuantificación de los perjuicios realmente causados en el orden moral de la persona corren de cuenta del demandante, que es, precisamente, lo que la LRJS quiere evitar con el empleo del criterio del prudente arbitrio judicial para cuando sea difícil o costosa dicha cuantificación económica concreta.

3 Muy interesante es la crítica que efectúa Pérez de los Cobos Orihuel, F., "Tutela judicial efectiva y determinación de la indemnización por tutela de la libertad sindical", en VV. AA. (Alonso Olea, M. y Montoya Melgar, A. [Dir.]), *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social 2006 (Tomo: XXIV)*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2ª ed, 2007, pág. 386 y ss.

Sobre el tema puede leerse también Maneiro Vázquez, Y., "El derecho a la indemnización por daños morales como consecuencia de la lesión de la libertad sindical a la luz de la Sentencia TC 247/2006, de 24 de julio", *Dereito*, vol. 22, 2013, pág. 259 y ss., y también Sepúlveda Gómez, M., "Incidencia de la Sentencia del Tribunal Constitucional 247/2006, de 24 de julio, en la doctrina sobre la indemnización por conducta antisindical", *Revista de Derecho Social*, núm. 35, 2006, pág. 119 y ss.

Desde este punto de vista lo que tenemos que resolver ahora es si puede emplearse este baremo sustantivo del orden civil en el procedimiento social sin importar también los mecanismos adjetivos de alegación y prueba. Porque si de lo que se tratase es de incorporar toda la mecánica probatoria del orden civil parece evidente que se produciría una disonancia importante con lo que pretende el precepto que disciplina esta cuestión en la LRJS.

Por decirlo claramente, el baremo que se emplea en el orden civil tiene su lógica y su operatividad porque se somete a un procedimiento gobernado por la mecánica dispositiva en cuanto a la alegación del daño, y a una lógica de aportación de parte en lo referente a la probanza de los hechos alegados. Pero la efectividad de este mismo baremo en un procedimiento como el social que no se gobierna por estos principios puede no funcionar tan fácilmente como en principio pudiera parecer.

Porque lo que pretende la lógica del prudente arbitrio judicial es descargar al trabajador de la necesidad de alegar y probar un daño difícilmente cuantificable. Y si consentimos la importación para el orden social de los baremos de cuantificación del daño civil lo tenemos que hacer junto con los principios que informan el funcionamiento mecánico del mismo. Es aquí donde ya no es tan sencillo la utilización de aquel baremo para este orden.

Otro problema consistirá, naturalmente, en determinar cómo se importan los criterios y parámetros civiles para la cuantificación del daño moral acaecido en un contexto laboral. Pero es otro problema que se abordará con otros estudios. Baste este para poner sobre la mesa las dificultades, quizá no insalvables, de importación para el orden social de los parámetros de cuantificación del daño moral del orden civil.

Sin tener nada clara cómo conducirnos por esos caminos, en el orden civil se emplea la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación para calibrar los daños morales, en el bien entendido sentido de que estamos en presencia de unos parámetros orientativos y no vinculantes. En esta norma el daño moral sirva para adicionar “puntos” en la tabla que se va confeccionando en la calibración de la indemnización en su totalidad. Es decir, el daño moral se incluye dentro de los parámetros o criterios que puntúan la indemnización en su totalidad.

También se ha empleado la fórmula de adicionar un determinado porcentaje, en consideración al daño moral que se ha padecido, a la indemnización que se liquida por los daños y perjuicios efectivamente producidos.

Nada claro tenemos si esos parámetros pueden ser “importados” al orden social, pero lo que sí parece claro es que el TS no niega que se pueda implementar por el recurrente criterios alegación y prueba del daño moral padecido y es en este proceder donde quizá se pueda acudir a estos parámetros (u otros) característicos del orden civil.

5. BIBLIOGRAFÍA

García Romero, B., "Indemnización adicional por daño moral derivado de la vulneración de derechos fundamentales en el supuesto en el que, por dicha vulneración, el despido es declarado nulo", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 4, 2022.

Maneiro Vázquez, Y., "El derecho a la indemnización por daños morales como consecuencia de la lesión de la libertad sindical a la luz de la Sentencia TC 247/2006, de 24 de julio", *Dereito*, vol. 22, 2013.

Monereo Pérez, J. L., "Despido nulo por vulneración derechos fundamentales, resarcimiento del daño moral y modo 'prudencial' de cuantificación de la indemnización", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 3, 2022.

Pérez de los Cobos Orihuel, F., "Tutela judicial efectiva y determinación de la indemnización por tutela de la libertad sindical", en VV. AA. (Alonso Olea, M. y Montoya Melgar, A. [Dirs.]), *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social 2006 (Tomo: XXIV)*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2ª ed, 2007.

Sepúlveda Gómez, M., "Incidencia de la Sentencia del Tribunal Constitucional 247/2006, de 24 de julio, en la doctrina sobre la indemnización por conducta antisindical", *Revista de Derecho Social*, núm. 35, 2006.

LA VIDEOVIGILANCIA EN EL ÁMBITO LABORAL: EL PODER DE CONTROL DEL EMPRESARIO *VERSUS* EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS

VIDEO SURVEILLANCE IN THE WORKPLACE: THE CONTROL POWER OF THE BUSINESSMAN VERSUS THE WORKERS' RIGHT TO DATA PROTECTION

Arturo Montesdeoca Suárez

Personal Investigador en Formación (PIF)

Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

arturo.montesdeoca@ulpgc.es ORCID [0000-0002-1519-4923](https://orcid.org/0000-0002-1519-4923)

Recepción de trabajo: 11-05-2022 - Aceptación: 20-06-2022 - Publicado: 21-07-2022

Páginas: 290-302

■ 1. INTRODUCCIÓN. ■ 2. EL CUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA DE PROTECCIÓN DE DATOS EN EL ENTORNO DE LAS RELACIONES LABORALES: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y PRONUNCIAMIENTO JUDICIAL. ■ 3. HECHOS PROBADOS Y PLANTEAMIENTO DEL CASO. ■ 4. RECURSO DE CASACIÓN PARA UNIFICACIÓN DE LA DOCTRINA. ■ 5. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

RESUMEN

La STS 285/2022 de 30 de marzo resuelve un asunto controvertido como es la instalación de sistemas de videovigilancia en el ámbito laboral. En este caso, la empresa instaló un sistema de vigilancia en diferentes puntos de venta con la finalidad de reducir y evitar pérdidas en el comercio, así como mejorar el servicio. No obstante, pese a que únicamente comunicó la instalación a la representación legal de las personas trabajadoras, sí existían distintivos informativos que alertaban de su existencia tanto a los clientes como a las personas trabajadoras que prestaban sus servicios en este establecimiento. El Tribunal Supremo, tras la valoración de los hechos probados, admitió la prueba de videovigilancia aportada por la empresa para justificar el despido disciplinario de la persona trabajadora siguiendo la doctrina tanto constitucional como jurisprudencial existente en esta materia.

PALABRAS CLAVE: videovigilancia, deber de información previa, consentimiento, poder de control, derechos fundamentales, protección de datos.

ABSTRACT

The STS 285/2022 of March 30 resolves a controversial issue such as the installation of video surveillance systems in the workplace. In this case, the company installed a surveillance system at different points of sale in order to reduce and avoid losses in the trade as well as improve service. However, despite the fact that it only communicated the installation to the legal representation of the workers, there were informative signs that warned of its existence both to the clients and to the workers who provided their services in this establishment. After assessing the proven facts, TS admitted the video surveillance evidence provided by the company to justify the disciplinary dismissal of the worker following the constitutional and jurisprudential doctrine configured in this matter.

KEYWORDS: video surveillance, duty of prior information, consent, power of control, fundamental rights, data protection.

1. INTRODUCCIÓN

En el ordenamiento jurídico español no existía hasta la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante, LOPD) un marco jurídico claro sobre los métodos de control informáticos, técnico-digitales o como se quiera apodararlos, que el empresario podría utilizar en el marco de las relaciones laborales como fórmula de extensión del art. 20.3 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET). En este sentido, esta situación derivó en que el uso de la videovigilancia como medida de control laboral suscitase un intenso debate en la jurisprudencia y que, *grosso modo*, se limitaba a las dificultades sobre instaurar un criterio pacífico que permitiera alcanzar el deseado equilibrio entre el respeto de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras y los derechos reconocidos al empleador¹.

Para superar esta compleja laguna jurídica, tanto el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) como el Tribunal Supremo (en adelante, TS) fijaron una línea jurisprudencial al respecto que permitiera efectuar el justo equilibrio entre los intereses a proteger, los derechos fundamentales de las personas trabajadoras y los derechos constitucionales reconocidos a los empleadores. De este modo, tanto el TC como el TS han construido su doctrina examinando la incidencia de la videovigilancia en los derechos fundamentales a la intimidad y a la propia imagen (art. 18.1 Constitución Española, en adelante, CE). Pero, no obstante, cuando se invoca la vulneración del derecho a la protección de datos en los casos de videovigilancia (art. 18.4 CE) el conflicto jurídico adquiere otra dimensión, precisamente por la exigencia estructural de este derecho, es decir, de que se cumpla necesariamente con los principios que integran su estructura básica, entre otros, el deber informativo previo a las personas trabajadoras sobre el tratamiento de sus datos personales.

En una primera etapa, en la doctrina configurada por ambos tribunales, STC 29/2013 de 11 de febrero y STS- Sala de lo Social 2618/2014 de 13 de mayo, se concluyó que no existía una habilitación legal expresa para esa omisión del derecho a la información sobre el tratamiento de datos personales en el ámbito de las relaciones laborales, y que tampoco podría situarse su fundamento en el interés empresarial de controlar la actividad laboral a través de sistemas sorpresivos o no informados de tratamiento de datos que aseguren la máxima eficacia en el propósito de vigilancia. Esa lógica fundada en la utilidad o conveniencia empresarial haría quebrar la efectividad del derecho fundamental, ex art. 18.4 CE, en su núcleo esencial.

Sin embargo, en una segunda etapa, STC 39/2016 de 3 de marzo y STS-Sala de lo Social 654/2017 de 31 de enero, se desvirtuó el carácter obligatorio de la interpretación estricta sobre el deber de información previa ex art. 5 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, (en adelante LOPRODA). En este sentido, se introdujo una reorientación en la doctrina que

¹ Jiménez-Castellanos Ballesteros, I., "Videovigilancia laboral y derecho fundamental a la protección de datos", *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 136, 2017, pág.131.

derivó en la permisividad de la instalación de sistemas de videovigilancia por el empresario sin necesidad de efectuar una comunicación previa y fehaciente a las personas trabajadoras de su existencia y finalidad, siempre y cuando existiese un distintivo informativo por el que se pudiera conocer su existencia y finalidad. Pese a que esta doctrina ocasionaba una colisión entre la disciplina laboral y de protección de datos personales, los tribunales recondujeron la situación dilucidando únicamente la valoración de la prueba a efectos de su incorporación al proceso laboral. Básicamente, esta actuación se llevaba a cabo mediante el denominado juicio de proporcionalidad por el que se puede discernir entre la validez o no de la prueba de videovigilancia que el empresario aporta y acredita los hechos que sustentan el despido disciplinario de la persona trabajadora. No obstante, se reconocía que pese a que pudiera sobrevolar un incumplimiento de los parámetros jurídicos de la legislación sobre protección de datos personales, la persona interesada siempre podría acudir a la vía administrativa ante la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante, AEPD) a fin de encontrar amparo y demostrar la vulneración de su derecho a la protección de datos personales ex art. 18.4 CE.

Y, *a posteriori*, este vaivén jurisprudencial acerca de la validez de la prueba de videovigilancia en el ámbito laboral también se suscitó en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) respecto a la posible violación del derecho al respeto a la vida privada y familiar ex art. 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante CEDH). En primer lugar, con la STEDH sección 3ª, de 9 de enero de 2018, “Caso López Ribalda y otros *versus* España” y, en segundo lugar, la STEDH de 17 de octubre de 2019 más conocida como López Ribalda II.

En este tipo de situaciones en los que se ha podido comprobar a través de los sistemas de videovigilancia la comisión flagrante de un acto ilícito por la persona trabajadora, la doctrina López Ribalda II ha desplazado el riguroso respeto del deber de información previa cuando el empresario justifique razones legítimas para llevar a cabo una instalación encubierta². Entre otras razones, cuando existen indicios razonables sobre la comisión por una persona trabajadora de una actuación grave con repercusión en el funcionamiento de la empresa. Por tanto, en este tipo de circunstancias pasa a un segundo plano en cuanto se verifica y se aporta por el empresario la prueba de videovigilancia que constata la comisión por la persona trabajadora de un acto ilícito en el que de forma genérica se incluyen los incumplimientos laborales como baza para justificar un despido disciplinario.

En efecto, la atenuación del cumplimiento riguroso del deber de información previa a las personas trabajadoras por el empresario podría significar que, como expone la STC 29/2013, se confunda “*la legitimidad del fin (en este caso, la verificación del cumplimiento de las obligaciones laborales a través del tratamiento de datos, art. 20.3 ET en relación con el art. 6.2 LOPRODA) con la constitucionalidad del acto (que exige ofrecer previamente la información necesaria, art. 5 LOPRODA), cuando lo cierto es que cabe proclamar la legitimidad de aquel propósito (incluso sin consentimiento del trabajador, art. 6.2 LOPRODA)*”. Y, del mismo modo, es posible reconocer que este tipo

2 Molina Navarrete, C., “El poder empresarial de control digital: ¿nueva doctrina del TEDH o mayor rigor aplicativo de la precedente?”, *Revista IusLabor*, núm. 3, 2017, pág. 290.

de actuaciones pueden lesionar el art. 18.1 CE en relación con el art. 18.4 CE puesto que la utilización de medios de prueba encubiertos o desconocidos por la persona trabajadora supone una negación o atenuación del cumplimiento del deber de información (expreso, preciso e inequívoco).

Pero, no es menos cierto que el TEDH no ha venido a proporcionar una libertad absoluta del poder de control empresarial en detrimento de la protección de la privacidad de la persona trabajadora ex art. 8 CEDH, sino que ha aportado un criterio riguroso y transparente que superase el vaivén jurisprudencial suscitado hasta entonces. Así, se determinó que en todo caso deberá superarse el juicio de proporcionalidad entre las medidas adoptadas por el empresario y que pudieran implicar una restricción de derechos fundamentales de las personas trabajadoras como pudiera ser el caso del derecho a la intimidad ex art. 18.1 CE en conexión con el derecho a la protección de datos ex art. 18.4 CE³.

Una vez superado este proceso introductorio, el objetivo que se pretende alcanzar en este estudio será el análisis de la STS 285/2022 de 30 de marzo por la que se resuelve el recurso de casación para unificación de la doctrina núm. 1288/2020 en el que se debatió acerca de la admisibilidad o no de la prueba de videovigilancia aportada por la empresa y que sustentaba los hechos por los que se procedió al despido disciplinario de la persona trabajadora. En este sentido, se pretende evaluar los parámetros por los que el TS ha consolidado una jurisprudencia dilatada en el tiempo sobre la calificación de la prueba de videovigilancia tomando en consideración el principio de información previa como pilar básico del derecho a la protección de datos personales ex art. 18.4 CE.

2. EL CUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA DE PROTECCIÓN DE DATOS EN EL ENTORNO DE LAS RELACIONES LABORALES: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y PRONUNCIAMIENTO JUDICIAL

La aplicación de la normativa de protección de datos en el ámbito de las relaciones laborales ha constituido y constituye hoy en día una cuestión sumamente controvertida. Principalmente, esta dificultad atañe a que el empresario constituye la figura del responsable del tratamiento de los datos personales de la plantilla que integra la empresa. En primer lugar, entre aquellos puntos controvertidos que sobrevuelan en el campo de la protección de datos personales se encuentra el consentimiento, que como regla general, conlleva que para efectuar un tratamiento de datos personales se requerirá el consentimiento del interesado ex art. 6.1 LOPRODA. Pero, sin embargo, en el ámbito de las relaciones laborales existe una excepción a la regla común y es que el art. 6.2 LOPRODA preveía

3 Molina Navarrete, C., "El derecho a la vida privada del trabajador en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: ¿Diálogo o conflicto con la jurisprudencia nacional?", Revista Temas Laborales, núm. 148, 2018, pág. 132.

una dispensa del consentimiento por la cual no era preciso que el empresario recabase el consentimiento de la persona trabajadora cuando se refieran a datos necesarios para el mantenimiento y cumplimiento de la relación laboral. En este sentido, el contrato de trabajo constituye, por tanto, el fundamento que legitima el tratamiento de datos personales, siempre y cuando el interesado sea parte en la ejecución de éste o de medidas contractuales. Precisamente, esta cuestión ha sido abordada por la STC 29/2016 en la que se dispone que *“en el ámbito laboral el consentimiento del trabajador pasa, por tanto, como regla general a un segundo plano pues el consentimiento se entiende implícito en la relación negocial, siempre que el tratamiento de datos de carácter personal sea necesario para el mantenimiento y el cumplimiento del contrato firmado por las partes”*.

Por otro lado, en lo que ese refiere al cumplimiento del deber de información previa, también constituye uno de los pilares que conforman el derecho a la protección de datos personales. Por aquel entonces, el deber de información previa del empresario (como responsable del tratamiento de datos) a la persona trabajadora (como titular de los datos objeto de tratamiento, en este caso, la imagen), debía observar según lo previsto en art. 5, la información previa de modo expreso, preciso e inequívoco respecto a la existencia de un tratamiento de datos y su finalidad, así como la posibilidad de ejercer los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición. En este punto es donde surge la controversia, es decir, si la excepcionalidad prevista ex art. 6.2 LOPRODA, en la que se permitió que el empresario pudiera llevar a cabo un tratamiento de datos personales sin consentimiento de la persona trabajadora, conllevaba otra excepcionalidad conjunta, desplazar el deber de información previa a un segundo plano. O, por el contrario, que pese a estar reconocida la dispensa de recabar el consentimiento por el empresario a la persona trabajadora respecto al tratamiento de datos personales necesarios para el mantenimiento o cumplimiento de la relación laboral ex art. 20.3 ET, ello no significaba que pudiera incumplirse una obligación previa de información acerca de la gestión y posible ejercicio de sus derechos respecto a este tratamiento de datos personales a través de sistemas de videovigilancia.

La instalación de sistemas de videovigilancia en los centros de trabajo por el empresario puede responder en gran medida a dos motivos: en primer lugar, obviamente por razón de seguridad y prevención frente a acciones delictivas (robos, hurtos, control del mobiliario) y, en segundo lugar, con el fin de controlar la prestación laboral de las personas trabajadoras para probar, en su caso, tanto incumplimientos laborales como la comisión flagrante de actos ilícitos (hechos ilícitos de los empleados en términos amplios)⁴. En este tipo de situaciones, el empleador deberá justificar, por tanto, que los datos obtenidos por la grabación de imágenes (finalidad de seguridad o finalidad de control laboral) se ajustan indisolublemente a la finalidad del tratamiento de datos personales prevista.

Como se ha comentado, esta acción responde al poder de control recogido en el art. 20.3 ET, medidas que podrá implantar siempre y cuando guarden en su adopción e implantación la dignidad y la capacidad real de los trabajadores con discapacidad. Esto es así ya que el uso de las videocá-

4 González Rodríguez, R., "Los derechos fundamentales como límite difuso al control tecnológico en el ámbito laboral: luces y sombras de la primera regulación específica sobre la materia", *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF*, núm. 463, 2021, pág. 83.

LA VIDEOVIGILANCIA EN EL ÁMBITO LABORAL

maras irrumpe en el espacio más íntimo y reservado de las personas, es decir, donde se ubican los derechos de la personalidad⁵. No obstante, no es menos relevante que los intereses en juego, derechos fundamentales (arts. 18.1 y 18.4 CE) *versus* intereses empresariales (arts. 33.1 y 38 CE), deben acomodarse al inconmensurable juicio de proporcionalidad que permitiría determinar el espacio o expectativa de privacidad del trabajador, justificando o no la medida de videovigilancia adoptada conforme a los parámetros determinados por el TC.

En consecuencia, es evidente que el contexto digital en el que se encuentran inmersas las relaciones laborales, el poder que dispone el empresario se ha visto ampliado por la utilización de distintos medios, métodos o recursos digitales o electrónicos que permiten aplicar en la práctica un control más exhaustivo y con alcance más amplio sobre la plantilla. Ello no es óbice para que el empresario pueda confundir su legitimidad ex art. 20.3 ET invocado a fin de detectar irregularidades en su actividad económica con la inconstitucionalidad de la medida para perpetuar su interés empresarial. Por lo que, a la hora de invocar la prueba de videovigilancia para satisfacer su interés legítimo de empleador, deberá superar el juicio de proporcionalidad y justificar que no ha sobrepasado los límites ex art. 20.3 ET⁶.

Por tanto, de acuerdo con la STC 99/1994 de 11 de abril, el empresario en el ejercicio de sus funciones o facultades organizativas y disciplinarias puede efectuar una limitación de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras. Pero, pese a ello, como indica la STC 292/1993 de 18 de octubre, el empresario queda obligado a respetar los derechos fundamentales de las personas trabajadoras, sin que pueda ocasionar resultados lesivos inconstitucionales. Y, en suma, respecto al uso de la videovigilancia como ha declarado la STC 186/2000, *“el empresario no queda apoderado para llevar a cabo, so pretexto de las facultades de vigilancia y control que le confiere el art. 20.3 LET, intromisiones ilegítimas en la intimidad de sus empleados en los centros de trabajo”*. En efecto, cuando el empresario adopta una medida, como es el caso de la videovigilancia y que pueda consistir en la restricción de derechos fundamentales debe observar el principio de proporcionalidad.

A este respecto, el TC ha reiterado en varias ocasiones, por ejemplo la STC 66/1995 de 8 de mayo, que en caso de adoptar una medida restrictiva de derechos fundamentales debe superarse el juicio de proporcionalidad y para ello *“es necesario constatar si cumple los siguientes tres requisitos o condiciones: si tal medida era susceptible de conseguir el objetivo propuesto —la garantía del orden público sin peligro para personas y bienes—; si, además, era necesaria en el sentido de que no existía otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia, y, finalmente, si la misma era proporcionada, en sentido estricto, es decir, ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto”*. Esta actuación se justifica en que, como dispone la STC 292/2000, *“el*

5 Segoviano Astaburuaga, M. L., “El difícil equilibrio entre el poder de dirección del empresario y los derechos fundamentales de los trabajadores”, *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 2, 2004, pág. 149.

6 Gude Fernández, A., “La videovigilancia en el ámbito laboral y el derecho a la intimidad”, *Revista de Derecho Constitucional*, núm. 20, 2015, págs. 16-17.

derecho a la protección de datos no es ilimitado, y aunque la Constitución no le imponga expresamente límites específicos, ni remita a los poderes públicos para su determinación como ha hecho con otros derechos fundamentales, no cabe duda de que han de encontrarlos en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, pues así lo exige el principio de unidad de la Constitución”.

Y pese a ello, esta inquietud ni siquiera hoy se podría declarar superada con la entrada en vigor de la LOPD en la que el legislador introdujo una previsión específica para este tipo de control laboral. La razón pudiera ser que no constituye una cuestión sencilla la interpretación de la normativa de protección de datos personales en el contexto de las relaciones laborales en aras de alcanzar dicho equilibrio entre las partes interesadas.

3. HECHOS PROBADOS Y PLANTEAMIENTO DEL CASO

En cuanto a los hechos probados, este procedimiento se inició el 21 de marzo de 2019 ante el Juzgado de lo Social nº 8 de Madrid. La persona trabajadora que interpuso la demanda prestaba servicios desde el 3 de abril de 1975 con categoría de dependiente de primera y con una jornada a tiempo completo. La prestación de servicios tenía lugar en el servicio de Cafetería y Hostelería del Aeropuerto Adolfo Suárez de Madrid-Barajas.

En el año 2009 la empresa instaló varias cámaras ubicadas en el interior del centro de trabajo, concretamente sobre las máquinas de cobro, tomando una visión perpendicular de las barras de servicio a fin de identificar al personal que se encontrase ubicado en la caja. La finalidad de la instalación de las cámaras obedecía a garantizar la seguridad de los empleados así como los bienes de la empresa y, además, se procedió a incorporar los carteles adhesivos que informaban de su existencia tanto a la entrada de los establecimientos como en el interior de estos. En cuanto al almacenamiento de las imágenes captadas por el sistema de videovigilancia, en el centro de trabajo no existe un espacio destinado al visionado de las imágenes pero sí son guardadas en el sistema instalado.

La empresa comunicó en dos momentos distintos, el 17 de enero de 2014 y el 31 de julio de 2015, a la representación legal de los trabajadores el cambio y la nueva ubicación de las cámaras de videovigilancia. No obstante, y pese a que la actividad de control a través de las imágenes captadas por el sistema de videovigilancia se efectuaba con carácter aleatorio, la empresa no notificó a la persona trabajadora ni la existencia de las cámaras de videovigilancia que captaban su imagen durante el desempeño de la actividad laboral ni tampoco la posibilidad de utilizar las imágenes con fines disciplinarios.

El 9 de mayo de 2018 se le comunicó a la persona trabajadora la extinción de la relación laboral por motivos disciplinarios. En la carta de despido se dejó constancia de que la persona trabajadora tenía conocimiento de la existencia de cámaras de videovigilancia de carácter fijo en determinados puntos de venta con la finalidad de reducir y prevenir posibles pérdidas en el comercio así como

mejorar el servicio. Esta grabación se efectuó con carácter continuado en la zona del TPV a fin de verificar el procedimiento de registro en la caja registradora de las ventas y el cumplimiento de las normas de punto de cobro. Por último, tras el visionado de las imágenes y sin contar con la existencia de sospechas o indicios previos de posibles irregularidades, la empresa comprobó la comisión por la persona trabajadora de varios actos ilícitos en el punto de venta “Rodilla kiosko T2” detallando las fechas concretas, los días 14, 17, 18, 19 y 23 de marzo de 2018.

Téngase en cuenta que, como se ha reiterado anteriormente, el supuesto de hecho se produjo el 9 de mayo de 2018, es decir, con anterioridad a la entrada en vigor de la LOPD, por lo que la legislación aplicación por entonces era la LOPRODA. Por tanto, se está haciendo referencia a un momento anterior a la aprobación de la LOPD, en el que sí existe en estos momentos una previsión legislativa concreta y específica sobre el régimen de videovigilancia en el ámbito de las relaciones laborales.

La sentencia de instancia fue recurrida y en suplicación el TSJ de Madrid concluyó que, en el presente caso y a diferencia de los hechos probados de la STC 39/2016 que toma como referencia, no se ha podido acreditar que la empresa informase previamente a la persona trabajadora de *“la existencia del sistema de grabación ex art. 5 LOPRODA, ni que ésta tuviera conocimiento de ello, ni que la empresa hubiera colocado los distintivos genéricos de la Agencia de Protección de Datos”*. La empresa únicamente llevó a cabo una comunicación a la representación legal de los trabajadores de la instalación y reubicación de nuevos equipos de vigilancia en puntos determinados y/o específicos del establecimiento en el que la persona trabajadora prestaba sus servicios. De tal modo que el TSJ consideró que constituye un elemento decisivo *“la total ausencia de conocimiento y de comunicación expresa así como la inexistencia de las advertencias públicas y genéricas obligatorias, respecto a la instalación de un sistema de grabación de imágenes, sin que sea relevante ni el consentimiento del trabajador, que no es preciso, ni la notificación de que las imágenes puedan ser utilizadas específicamente para detectar incumplimientos laborales cometidos durante la prestación laboral, lo cual tampoco es exigible”*.

En suma, y apoyándose en la doctrina López Ribalda II respecto al juicio de proporcionalidad, manifestó que el TEDH admitió *“la relevancia de la existencia de sospechas razonables de que se había cometido una infracción grave (...) por lo que concluyó que podía entenderse que concurría una justificación suficiente para la ausencia de información”*. Sin embargo, en los hechos probados del presente caso no se ha acreditado por la empresa ninguna sospecha previa o indicios tanto por la persona trabajadora en cuestión como por cualquier otra persona de la plantilla, que justificase la instalación de un sistema de videovigilancia que incluso fue continuada pese a que las comprobaciones fuesen aleatorias. Por tales motivos, estimó que la empresa no podía excusarse de cumplir con el deber de información previa a la persona trabajadora sobre el tratamiento de datos personales a través del sistema de videovigilancia efectuado en su lugar de trabajo.

Sin embargo, por la parte recurrente se invocó como sentencia de contraste la STSJ de Madrid de 10 de enero de 2020, en la que se analizó un despido disciplinario de otra persona trabajadora de la misma empresa, misma categoría profesional y con la misma fecha de notificación del despido. No obstante, en este caso y a diferencia de la resolución del recurso de suplicación del presente caso, la

STSJ de Madrid de 10 de enero de 2020 sí admitió la prueba de videovigilancia y, por tanto, le atribuyó un carácter lícito pese a que fuese denegada en primera instancia. La diferencia con respecto a la STSJ de Madrid es que en esta sentencia de contraste sí pudo acreditarse que *“las cámaras instaladas en el centro de trabajo cumplían la normativa en materia de protección de datos, tal y como se deduce del hecho probado cuarto, teniendo como objeto garantizar la seguridad de los empleados y bienes de la empresa. Existían carteles adhesivos informando de la existencia de cámara a la entrada de los establecimientos y en el interior de los mismos, y los representantes de los trabajadores fueron informados de la ubicación de las cámaras en todo momento”*.

Por consiguiente, tomando como referencia la doctrina instaurada por la STC 39/2016 y STS 554/16, la empresa cumplió con el requisito del deber de información previa al haber notificado previamente a la representación legal de los trabajadores la existencia y ubicación de las cámaras así como la colocación de los distintivos informativos de acuerdo con la Instrucción 1/2006 de la (Agencia Española de Protección de Datos, en adelante AEPD). Precisamente, a través de la existencia de este distintivo la persona trabajadora podía conocer la existencia para la que podían haber sido instaladas las cámaras de videovigilancia y sin que el dato obtenido, en este caso la imagen, haya sido utilizada para una finalidad distinta para el mantenimiento, desarrollo o control de la relación laboral sustentada por el contrato de trabajo. Por tanto, ratifica que el empresario ha llevado a cabo un tratamiento de datos personales como manifestación de una finalidad legítima ex art. 4.1 LOPRODA así como en ejercicio de su poder de control y dirección ex art. 20.3 CE. De modo que ha adoptado la medida más oportuna para garantizar la seguridad de las instalaciones y el control del cumplimiento de las obligaciones que le incumben a la persona trabajadora en su puesto de trabajo.

A tenor de lo expuesto, existen dos pronunciamientos judiciales contradictorios en base a un mismo supuesto de hecho, trabajadores de la misma empresa, misma categoría profesional y despedidos disciplinariamente el mismo día en base a una prueba de videovigilancia que corroboraba la comisión de varios hurtos en el centro de trabajo y sin haber efectuado la empresa comunicación alguna a las personas trabajadoras de su existencia. En definitiva, a partir de estas circunstancias, se ha podido corroborar el requisito de la contradicción que sustenta la esencia del recurso de casación para unificación de la doctrina ex art. 219 Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante, LRJS).

4. RECURSO DE CASACIÓN PARA UNIFICACIÓN DE LA DOCTRINA

El TS partiendo de la jurisprudencia consolidada por la Sala Cuarta⁷, da un vuelco al pronunciamiento emitido por la sentencia dictada en suplicación por los motivos que se señalan a continuación. En primer lugar, el TS reconoce que el deber de información previa a la persona trabajadora se cumplió

7 STS 4070/2016 de 7 de julio, 654/2017 de 31 de enero, 817/2017 de 2 de febrero, 3115/2021 de 21 de julio, 3789/2021 de 13 de octubre y 60/2022 de 25 de enero.

LA VIDEOVIGILANCIA EN EL ÁMBITO LABORAL

mentó a través de la existencia del distintivo informativo. Téngase en cuenta que el hecho probado cuarto dispone que *“en el año 2009 se dictó resolución de la Agencia de Protección de Datos por la que archivaba sus actuaciones en la que se dejaba constancia, entre otras cuestiones, de que se colocaban carteles adhesivos informando de la existencia de cámara a la entrada de los establecimientos y en el interior de los mismos”*. Este punto es trascendental, puesto que el TSJ de Madrid pasó por alto este aspecto y concluyó que el deber de información a las personas trabajadoras no se cumplió ex art. 5 LOPRODA, ni siquiera ante la atenuación de este deber con la existencia de los distintivos informativos que alertarse públicamente la existencia del sistema de videovigilancia. En definitiva, llegó a esta conclusión porque a su juicio la empresa no había acreditado la existencia de estos distintivos informativos en las dependencias donde la persona trabajadora prestaba sus servicios y con independencia de que sí se hubiera comunicado a la representación legal de los trabajadores.

En segundo lugar, el TS al llevar a cabo el juicio de proporcionalidad que permite examinar si la medida restrictiva implementada por el empresario (la videovigilancia) de derechos fundamentales (la intimidad en conexión con la protección de datos personales) cumple los parámetros constitucionales exigidos, estimó que, efectivamente, la instalación de las cámaras de seguridad constituía una medida lícita. Por un lado, porque atendía a un fin legítimo y justificado, evitar los hurtos y disminuir la pérdida en el comercio al por menor de tal manera que fue adecuada e idónea respecto al fin que se pretendió alcanzar. Por otro lado, se constata la idoneidad de la acción del empresario puesto que se deja constancia de la relación causa-efecto de la medida aplicada con el fin alcanzado, en este caso, verificar a los infractores y sancionar sus conductas y que de acuerdo con las circunstancias del caso no existía una alternativa que fuera menos gravosa, con menor incidencia o minimizando el riesgo de afectación por la que pudiera satisfacer igualmente los intereses perseguidos. Y, por último, la medida constituía una acción proporcionada en sí misma puesto que, en este caso, la utilización de la captación de imágenes como dato personal se ha destinado para una finalidad concreta y específica que no es ajena a la relación laboral. Por tales motivos es por lo que se ha podido constatar que la implementación del sistema de videovigilancia ha respetado el juicio de proporcionalidad que requiere evaluar las ventajas (intereses del empresario) y los perjuicios (causados al trabajador por la limitación de sus derechos fundamentales).

En definitiva, este pronunciamiento del TS no hace sino confirmar una continuidad en la jurisprudencia que se ha señalado anteriormente respecto a la ponderación de la validez de la prueba de videovigilancia que aporta el empresario a fin de justificar incumplimientos por parte de la persona trabajadora en el desempeño de su actividad laboral. Por lo que, teniendo en cuenta que en aquel momento existía una laguna jurídica al respecto, se confirma el criterio elaborado en la jurisprudencia por el que la instalación de un sistema de videovigilancia cumpliría el canon de proporcionalidad siempre y cuando existiera un cartel informativo que indique su existencia y finalidad. De este modo, se estaría dando cumplimiento del deber de información previa ex art. 5 LOPRODA a las personas trabajadoras, aunque de forma atenuada puesto que como es sabido, se exigía como requisito que fuera de forma expresa, precisa e inequívoca.

Y esta jurisprudencia fue la que el legislador incorporó al texto de la LOPD, concretamente, en el art. 89 en el que concretó el régimen específico de la videovigilancia en el ámbito laboral. En

este sentido, el legislador acertó al incluir en el art. 89.2 que el empresario cumpla con el deber de información previa, expresa, clara y concisa tanto a las personas trabajadoras así como a sus representantes sobre la existencia y alcance del sistema de videovigilancia implantado. No obstante, este deber de información ex art. 12 Reglamento General de Protección de Datos (en adelante, RGPD) y 11 LOPD, no tiene un valor absoluto por cuanto puede decaer a un régimen de mínimos cuando se haya captado la comisión flagrante de un acto ilícito por las personas trabajadoras. En estos casos, se entenderá cumplida esta obligación con la mera existencia de un cartel informativo ex art. 22.4 LOPD, que recoja al menos, la existencia del tratamiento, la identidad del responsable y la posibilidad de ejercer los derechos previstos en los arts.15-22 RGPD.

Como se ha podido comprobar, el legislador ha otorgado al empresario un alto grado de discrecionalidad al momento de adoptar un sistema de videovigilancia puesto que, pese a que tras la entrada en vigor de la LOPD se ha adoptado un sistema más robusto y garantista respecto a la implementación de sistemas de videovigilancia que implica un protagonismo singular del deber de información previa ex art. 12 RGPD y 11 LOPD, también se ha podido comprobar que se ha incorporado la doctrina aquí examinada, es decir, la excepcionalidad al deber de información prevista ex art. 89.1 párrafo segundo LOPD, otorgando validez secundaria del cartel informativo del sistema de videovigilancia cuando se haya captado la comisión flagrante de un acto ilícito por las personas trabajadoras.

En definitiva, un nuevo procedimiento que insta a la reflexión sobre este tipo de conflicto —interés del empresario *versus* derechos fundamentales de las personas trabajadoras—, causados por la introducción de dispositivos tecnológicos a través de los cuales es posible efectuar una monitorización laboral. Como ha advertido una parte de la doctrina, el problema radica en que este tipo de actuaciones llevadas a cabo por el empresario mediante sistemas de control tecnológico se están incrementando en la práctica por la amplia permisividad acogida en la jurisprudencia, por lo que “pillar a los incumplidores se vuelve el objetivo principal, sacrificando los derechos fundamentales⁸”.

5. BIBLIOGRAFÍA

González Rodríguez, R., “Los derechos fundamentales como límite difuso al control tecnológico en el ámbito laboral: luces y sombras de la primera regulación específica sobre la materia”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF*, núm. 463, 2021.

Gude Fernández, A., “La videovigilancia en el ámbito laboral y el derecho a la intimidad”, *Revista de Derecho Constitucional*, núm. 20, 2015.

Jiménez-Castellanos Ballesteros, I., “Videovigilancia laboral y derecho fundamental a la protección de datos”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 136, 2017.

8 Tolodí Signes, A., “Control tecnológico: una propuesta de aplicación del triple juicio de proporcionalidad conforme a la normativa europea de protección de datos”, en AA.VV., *Digitalización, Recuperación y Reformas Laborales – XXXIII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Economía – Subdirección General de Informes, Recursos y Publicaciones, Madrid, 2022, págs. 250-251.*

LA VIDEOVIGILANCIA EN EL ÁMBITO LABORAL

Molina Navarrete, C., "El poder empresarial de control digital: ¿nueva doctrina del TEDH o mayor rigor aplicativo de la precedente?", *Revista IusLabor*, núm. 3, 2017.

Molina Navarrete, C., "El derecho a la vida privada del trabajador en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: ¿Diálogo o conflicto con la jurisprudencia nacional?", *Revista Temas Laborales*, núm. 148, 2018.

Segoviano Astaburuaga, M. L., "El difícil equilibrio entre el poder de dirección del empresario y los derechos fundamentales de los trabajadores", *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 2, 2004.

Tolodí Signes, A., "Control tecnológico: una propuesta de aplicación del triple juicio de proporcionalidad conforme a la normativa europea de protección de datos", en AA.VV., *Digitalización, Recuperación y Reformas Laborales – XXXIII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Economía – Subdirección General de Informes, Recursos y Publicaciones, Madrid, 2022.



TRIBUNA DE ACTUALIDAD

REJLSS

REJLSS

Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social
mayo - octubre 2022 - núm 5 ISSN-e: 2660-437X

UNA BREVE APROXIMACIÓN AL TELETRABAJO COMO OPCIÓN PARA POSPONER LA JUBILACIÓN.

Especial referencia a la sostenibilidad del sistema de pensiones

A BRIEF APPROACH TO TELEWORKING AS AN OPTION TO POSTPONE RETIREMENT.

Special reference to the sustainability of the pension system

Gloria Montes Adalid

Investigadora Predoctoral

Universidad de Málaga

gloriamontes@uma.es ORCID ID [0000-0001-9178-7029](https://orcid.org/0000-0001-9178-7029)

Recepción de trabajo: 03-06-2022 - Aceptación: 03-06-2022 - Publicado: 21-07-2022

Páginas: 304-318

■ 1. ALGUNAS NOTAS INICIALES SOBRE EL TRABAJO A DISTANCIA Y EL TELETRABAJO. 1.1. Los conceptos de trabajo a distancia y teletrabajo. 1.2. Cifras objetivas a nivel internacional, europeo y nacional. ■ 2. EL TELETRABAJO, LOS MAYORES Y LA JUBILACIÓN. 2.1. Generalidades. 2.2. A la luz de los planteamientos de la OCDE. ■ 3. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

* Este artículo se enmarca dentro de las actividades de los siguientes proyectos y grupos de investigación: a) Proyecto Autonómico de I+D+i "Las nuevas tecnologías y el impacto en el ámbito laboral y de la seguridad social: el impacto socio-económico de la economía digital" (UMA18 FEDERJA 028); b) Proyecto Autonómico de I+D+i "Los colectivos vulnerables en el marco del empleo y de la cuarta revolución industrial" (UMA20-FEDERJA-053); c) Proyecto Autonómico de I+D+i "Los mayores en el contexto del empleo y la protección social: un reto para el crecimiento y desarrollo económico" (P18-RT-2585); d) Proyecto Estatal de I+D+i "Retos, reformas y financiación del sistema de pensiones: ¿sostenibilidad versus suficiencia?" (RTI2018-094696-B-I00); e) Proyecto de I+D+i "El Sistema Español de Pensiones ante el reto de la revolución digital y robótica: una aproximación multidisciplinar" (B1-2021_11); f) Grupo de Investigación PAIDI SEJ-347 sobre "Políticas de empleo, igualdad e inclusión social".

RESUMEN

Asumiendo la enorme relevancia que ha adquirido el teletrabajo a raíz de la pandemia como subespecie de trabajo a distancia predominante en España, el objeto de este estudio consiste en ofrecer una respuesta adecuada a la siguiente cuestión: ¿es el teletrabajo una opción para posponer la jubilación?

PALABRAS CLAVE: trabajadores de edad avanzada, teletrabajo, pensiones, jubilación, cambio.

ABSTRACT

Assuming the enormous relevance that teleworking has acquired as a result of the pandemic as a predominant subspecies of remote work in Spain, the purpose of this study is to offer an adequate answer to the following question: is teleworking an option to postpone retirement?

KEYWORDS: older workers, teleworking, pensions, retirement, change.

1. ALGUNAS NOTAS INICIALES SOBRE EL TRABAJO A DISTANCIA Y EL TELETRABAJO

Actualmente, nos encontramos inmersos en la llamada cuarta revolución industrial, una era marcada por la digitalización, las tecnologías de la información y la comunicación y la robotización de la economía¹. Esta nueva etapa marcada por los cambios tecnológicos ha hecho posible que los trabajadores puedan desarrollar la prestación de servicios desde cualquier parte del mundo y en cualquier momento, especialmente en tiempos de pandemia, brindándoles una mayor autonomía y flexibilidad².

Ello ha permitido poner de actualidad los conceptos de trabajo a distancia y teletrabajo —que se desarrollarán seguidamente— frente a los modelos clásicos basados en el desarrollo de la actividad laboral en un lugar de trabajo típico y localizado —el centro de trabajo de la empresa— y con sometimiento a un horario establecido³.

Este breve marco conceptual puede resultar útil para abordar posteriormente un estudio del nuevo régimen jurídico del trabajo a distancia.

1.1. Los conceptos de trabajo a distancia y teletrabajo

A raíz de la pandemia provocada por el COVID-19 y de la crisis sanitaria originada por la misma, se ha puesto de manifiesto una carencia normativa y se ha transformado aún más el entorno social y económico (no solo por la pandemia, sino que también por el avance de las nuevas tecnologías que ya se venía gestando en los años anteriores). Todo ello, ha llevado al Gobierno a dar luz verde, en cuestión de unos pocos meses, al RDL 28/2020, convalidado por la Ley 10/2021, por la que se regula el trabajo a distancia y el teletrabajo, y que transforma la consideración del trabajo a domicilio, antes mencionado, en trabajo a distancia.

1 Gómez Salado, M. A., *La cuarta revolución industrial y su impacto sobre la productividad, el empleo y las relaciones jurídico-laborales: desafíos tecnológicos del siglo XXI*, Thomson Reuters Aranzadi, Málaga, 2021.

2 Observatorio del Trabajo a Distancia, *Libro Blanco del Trabajo a Distancia. Un enfoque orientado a la flexibilidad y el respeto de los derechos laborales*, O.T.D., Madrid, 2020.

3 Estos conceptos, no obstante, ligados a la deslocalización y la desregulación horaria, han desembocado en un problemático escenario de rebajas de derechos, sobredimensionado por la pandemia. Véase Vila Tierno, F., y Montes Adalid, G.M., "Breves notas introductorias en torno a la definición del teletrabajo. La evolución hacia un nuevo modo de prestación laboral", en VVAA, (Álvarez Cortés, J.C. y Vila Tierno, F., Dirs.), *Nuevas tecnologías y mercado de trabajo: una aproximación multidisciplinar*, Ediciones Laborum, Murcia, 2020.

Interesa destacar que el art. 2 de la Ley 10/2021 comprende algunas definiciones (concretamente las de trabajo presencial, trabajo a distancia y teletrabajo —como forma particular de trabajo a distancia—⁴, si bien nos centraremos ahora en la primera de ellas:

“a) «trabajo a distancia»: forma de organización del trabajo o de realización de la actividad laboral conforme a la cual esta se presta en el domicilio de la persona trabajadora o en el lugar elegido por esta, durante toda su jornada o parte de ella, con carácter regular.

b) «teletrabajo»: aquel trabajo a distancia que se lleva a cabo mediante el uso exclusivo o preponderante de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación.

c) «trabajo presencial»: aquel trabajo que se presta en el centro de trabajo o en el lugar determinado por la empresa”.

Vemos, por tanto, que el teletrabajo se concibe como una subespecie del trabajo a distancia. Este se tipifica como el trabajo a distancia desarrollado a través de la utilización exclusiva o preponderante de los medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación.

En este punto, se puede hacer mención al Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo (AMET, en adelante) firmado en 2002 en Bruselas, pues contiene una definición de “*teletrabajo*” muy utilizada en nuestro entorno europeo. Este establece en su art. 2, una definición: “*forma de organización y/o de realización del trabajo, utilizando las tecnologías de la información en el marco de un contrato o de una relación de trabajo, en la cual un trabajo que podría ser realizado igualmente en los locales de la empresa se efectúa fuera de estos locales de forma regular*”.

De esta manera, como se puede comprobar, la definición planteada por la nueva Ley 10/2021 se acoge la definición al AMET, en los rasgos fundamentales.

1.2. Cifras objetivas a nivel internacional, europeo y nacional

Trabajar a distancia y teletrabajar no son nuevos fenómenos, pero la importancia de medirlos se ha hecho patente en los últimos años, sobre todo a raíz de la pandemia de COVID-19⁵.

En los últimos tiempos (año 2020 y 2021), se han realizado muchas investigaciones sobre los efectos de la COVID-19 en el entorno laboral. En este sentido, se va a realizar una aproximación a las estadísticas relacionadas con el trabajo a distancia. Concretamente, en la actualidad, aún no contamos una definición estadística internacional de “*trabajo a distancia*”⁶.

4 Gómez Abelleira, F.J., *La nueva regulación del trabajo a distancia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 27.

5 OIT, “COVID-19: Guidance for labor statistics data collection”, 2020, disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---stat/documents/publication/wcms_741145.pdf.

6 Ibid.

UNA BREVE APROXIMACIÓN AL TELETRABAJO COMO OPCIÓN PARA POSPONER LA JUBILACIÓN

Dicho lo anterior, se puede destacar, desde el plano internacional, que la OIT señala que una de las medidas más relevantes para la contención del virus tomada por los gobiernos es, sin duda, alentar a quienes pueden trabajar desde casa a hacerlo. En este sentido, se puede decir que, a mediados de abril de 2020, 59 países ya habían implementado el teletrabajo como modalidad de trabajo a distancia para el personal público no esencial. Y ya sea encerrados o no, los gobiernos de todo el mundo han alentado a los empresarios para hacer posible el trabajo desde casa como un medio para aumentar el distanciamiento físico⁷.

Si nos centramos en el plano de la extensión del trabajo a distancia y del teletrabajo en la Unión Europea (en lo sucesivo, UE) con anterioridad a la pandemia de COVID-19, podemos señalar que ya en el año 2015 alrededor del 19% de los trabajadores de la UE prestaban sus servicios de manera remota desde su propio lugar de residencia o desde otras ubicaciones. De éstos, prácticamente la mitad eran empleados que utilizaban las TIC de manera ocasional para trabajar desde fuera de los centros de trabajo de las empresas; casi una cuarta parte eran empleados que utilizaban con frecuencia las TIC para el trabajo en al menos dos lugares, y varias veces a la semana; alrededor del 15% eran empleados que utilizaban con frecuencia las TIC para trabajar desde casa; y aproximadamente el 15% eran trabajadores autónomos que ocasional o frecuentemente utilizaron las TIC para trabajar desde lugares distintos a sus propias instalaciones⁸.

En la misma línea, podemos arrojar otros datos de interés. En 2019, el 5,4% de las personas empleadas en la UE que tenían entre 15 y 64 años trabajaban de manera habitual desde casa. Esta proporción se ha mantenido constante en torno al 5% durante la última década. Sin embargo, durante el mismo período, la proporción de quienes a veces trabajaban desde casa ha aumentado: del 6,0% en 2009 al 9,0% en 2019⁹.

Durante la última década, la proporción de trabajadores por cuenta propia que habitualmente trabajan desde casa ha sido más alta que la proporción de empleados que suelen trabajar de forma remota; la proporción de autónomos que hacen esto también ha tenido una tendencia ascendente, pasando del 16,2% en 2009 al 19,4% en 2019.

Hay diferentes tendencias reflejadas según la edad y el sexo de los trabajadores, en lo referido al trabajo a domicilio. En 2019, una proporción ligeramente mayor de mujeres trabajaba desde casa que los hombres (5,7% en comparación con 5,2%). En adición, las personas de los grupos de mayor edad tenían más probabilidades de trabajar desde casa: el 6,6% de las personas de entre 50 y 64 años trabajaba habitualmente desde casa, al igual que el 5,2% de las personas de entre 25 y 49 años. Por el contrario, solo el 2,1% de las personas más jóvenes, de entre 15 y 24 años, informaron que normalmente trabajaban desde casa¹⁰.

7 OIT, "Working from Home: Estimating the worldwide potential", 2020, disponible en: https://www.ilo.org/global/topics/non-standard-employment/publications/WCMS_743447/lang--en/index.htm.

8 Parlamento Europeo, "The impact of teleworking and digital work on workers and society. Special focus on surveillance and monitoring, as well as on mental health of workers", 2021, pág. 19

9 Eurostat, *How usual is it to work from home?*, 2020.

10 Ibid.

Gráfico 1: Personas empleadas que normalmente trabajaban desde casa en 2019



ec.europa.eu/eurostat

Fuente: Eurostat, *How usual is it to work from home?*, 2020.

Siguiendo con la encuesta de Eurostat y que podemos ver en el gráfico, los Países Bajos y Finlandia encabezaron la lista de Estados miembros de la UE para el trabajo a distancia, con un 14,1% de las personas empleadas que normalmente trabajaban desde casa en 2019. Les siguieron Luxemburgo y Austria (donde el 11,6% y el 9,9% respectivamente trabajaban normalmente desde casa). Por el contrario, las tasas más bajas de trabajadores a domicilio se registraron en Bulgaria (0,5%), Rumanía (0,8%), Hungría (1,2%), Chipre (1,3%), Croacia y Grecia (ambos 1,9%)¹¹. España apenas llega al 5% de personas empleadas, para el año 2019.

Si nos centramos en nuestro país, podemos indicar que la situación ha cambiado con respecto a las cifras que se desprenden del año 2019 y, en este sentido, podemos preguntarnos si es posible conocer verdaderamente el número de trabajadores teletrabajan o trabajan a distancia en España. Pues bien, debido al aumento exponencial del número de personas que trabajan a distancia tras la

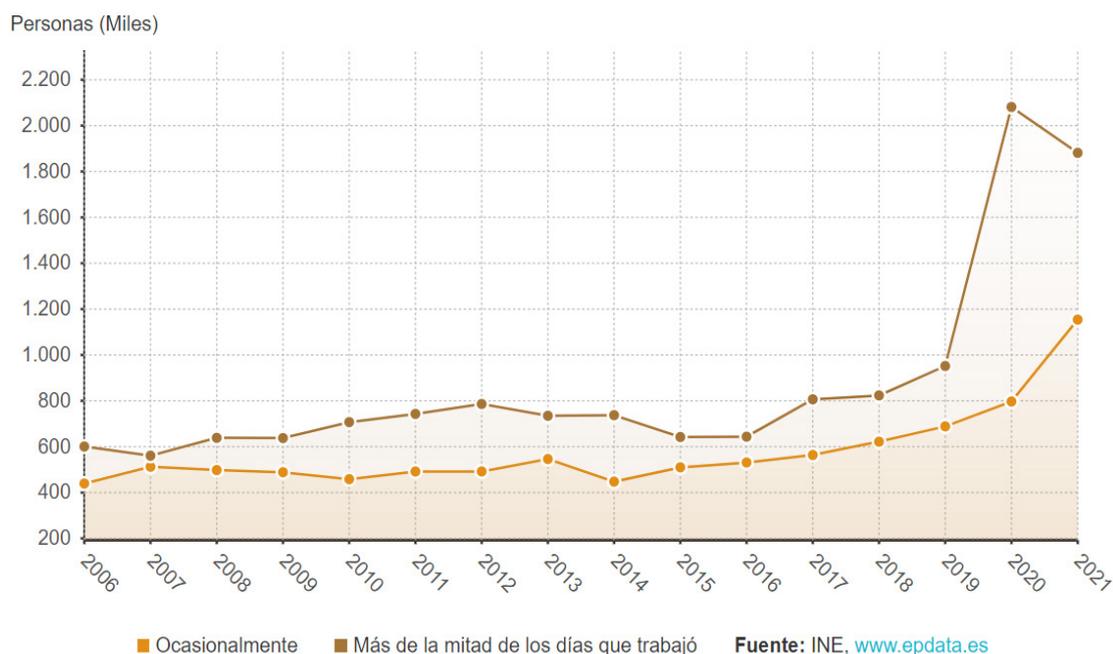
¹¹ Ibid.

UNA BREVE APROXIMACIÓN AL TELETRABAJO COMO OPCIÓN PARA POSPONER LA JUBILACIÓN

pandemia, se hace ardua esta tarea. Según los datos que se desprenden de la Encuesta de Población Activa, en 2019 continuaba una tendencia moderada al alza de las personas que trabajaban desde casa. Las que lo hacían normalmente (o más de la mitad de los días) conformaban un 4,8%, y las que lo hicieron ocasionalmente, un 3,5%¹².

Lógicamente, y tras la pandemia de la que venimos hablando, la situación ha cambiado. Para el segundo trimestre de 2020, el número de personas que trabajaba a distancia de manera habitual (o más de la mitad de los días) presentaban un porcentaje del 16,2%¹³ y el porcentaje de los que lo hicieron de manera ocasional, un 2,9%. En el gráfico que se muestra a continuación, podemos visualizar la evolución de los ocupados que teletrabajan en España desde 2006 a 2021, diferenciando entre ocasionales o los que lo hacen más de la mitad de los días. Vemos que el número ha aumentado considerablemente. No obstante, se observa un pequeño descenso en 2021 en trabajadores que teletrabajaban más de la mitad de los días. En valores absolutos, en 2021 descendieron las personas que teletrabajan la mitad del tiempo, aunque el número sigue siendo bastante superior al de 2019. Vemos, sin embargo, que siguen aumentando los que teletrabajan ocasionalmente.

Gráfico 2: Evolución de los ocupados que teletrabajan en España entre 2006 y 2021.



Fuente: EPDATA, La evolución del 'teletrabajo' en España, en gráficos Datos actualizados el 25 de marzo de 2022, 2022.

Disponible en: <https://www.epdata.es/datos/teletrabajo-datos-graficos/517>

¹² INE, "El teletrabajo en España y la UE antes de la COVID-19", 2020.

¹³ INE, "Ocupados por frecuencia con la que trabajan en su domicilio particular, sexo y grupo de edad. Valores absolutos y porcentajes respecto al total de cada grupo de edad", *Encuesta de Población Activa*, 2020/21.

2. EL TELETRABAJO, LOS MAYORES Y LA JUBILACIÓN

2.1. Generalidades

Conviene subrayar que, durante los últimos años, el mundo de las relaciones laborales ha experimentado profundas transformaciones en materia de empleo, formas de prestación y contratación, organización y condiciones de trabajo, entre otras muchas variables¹⁴. Dichas transformaciones incluyen, dentro de aquella enumeración, el aumento de la edad de jubilación. La mayor parte de los países desarrollados están en proceso de envejecimiento. Tanto es así, que en España, en el año 1960 el porcentaje de personas en España con más de 65 años sobre el total de la población fue del 8,2%, y en el año 2020 el porcentaje ha aumentado hasta un 22,9%. Y sigue creciendo. Se estima, según el INE, que para 2050, el porcentaje ascenderá al 31,4% y que el 11,6% tendrá más de 80 años¹⁵.

Pero también tenemos otros parámetros. En ocasiones contrapuestos. Y así, se observa, *v.gr.*, el incremento de las horas de trabajo en cómputo anual frente a la desregulación en su utilización, o el desbordamiento del trabajo temporal y a tiempo parcial, de la subcontratación y del trabajo por cuenta propia. Ello, en un contexto en el que se constata, en gran medida, la reducción del tamaño de las empresas, se traduce en un aumento de la carga de trabajo y presión del tiempo sobre los trabajadores¹⁶.

Estos cambios, sin embargo, no aparecen desconectados a nuevas realidades en el entorno laboral, como puedan ser las mayores exigencias de movilidad de los trabajadores —tanto en términos geográficos como en la asunción de tareas—, o, especialmente, la presencia del teletrabajo¹⁷ en un panorama de extensión en el uso de las TIC en cualquier parcela de nuestras vidas.

Hay colectivos que, ante esta dinámica, son más vulnerables frente a dichos cambios. Pueden citarse, entre ellos, las personas con discapacidad, los responsables de cuidado de ancianos familias

14 EASHW, "New trends in accident prevention due to the changing world of work", *European Agency for Safety and Health at Work*, 2002, disponible en: <http://osha.europa.eu/en/publication/reports/208>; Storrie, D., European Foundation for the improvement of living and working conditions, *Temporary agency work in the European Union*, 2002. Disponible en: <http://www.eurofound.europa.eu/pubdocs/2002/02/en/ef0202en.pdf>.

15 Conde-Ruiz, J. I., González, C. I., "El proceso de envejecimiento en España", *Estudios sobre la Economía Española*, 2021, pág. 3, disponible en: <https://documentos.fedea.net/pubs/eee/eee2021-07.pdf>.

16 Arvola, R., Lutsjoja, K., Kristjuhan, U. y Tint, P., "Telework as an Option to Postpone the Retirement for Ageing People?", *Safety of Technogenic Environment*, 2017, págs. 15-23.

17 EASHW, "New trends in accident prevention due to the changing...", op. cit.; EFILWC, "Quality of work and employment in Europe Issues and challenges", *European Foundation for the improvement of living and working conditions*, 2002, Disponible en: <http://www.eurofound.europa.eu/pubdocs/2002/12/en/1/ef0212en.pdf>; EFILWC, "Good practice guide to internal flexibility policies in companies", *European Foundation for the improvement of living and working conditions*, 2009, disponible en: <http://www.eurofound.europa.eu/pubdocs/2009/19/en/1/EF0919EN.pdf>.

UNA BREVE APROXIMACIÓN AL TELETRABAJO COMO OPCIÓN PARA POSPONER LA JUBILACIÓN

de militares y trabajadores rurales¹⁸, así como, en concreto, los trabajadores de edad avanzada¹⁹. El porcentaje de estos últimos —trabajadores de edad avanzada— se ha elevado como consecuencia del envejecimiento de la población, alcanzando un incremento del 43,5 % —de conformidad a lo que establece la Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo—, y, por consiguiente, con el subsiguiente aumento de la edad de jubilación.

Se presenta, por tanto, como una necesidad, enfocar un problema real que no es otro que reconocer que, aquella imparable extensión de las TIC, también en el ámbito laboral —junto al resto de variables comentadas—, a la nueva configuración demográfica de nuestra sociedad. No obstante, podemos atajar el problema desde la perspectiva de nueva oportunidad de empleo que tendría una especial consideración para los trabajadores mayores, tomando, a tal efecto, una serie de consideraciones como el envejecimiento de la población -en tanto determinante en términos de fuerza laboral-, la capacidad de los trabajadores mayores para adaptarse a las demandas tecnológicas que normalmente se asocian con la prestación caracterizada por el uso de herramientas tecnológicas, así como el vínculo entre el teletrabajo y la conciliación laboral familiar como pilar de derecho social.

Precisamente, parte de este problema aporta la posible respuesta. Y es que, frente a las dificultades que pueden suponer el proceso de envejecimiento para los gobiernos, las empresas y los propios trabajadores, la solución, o una forma de mitigar aquellas dificultades, puede ser utilizar las facilidades que las herramientas tecnológicas permiten para flexibilizar una prestación de trabajo que se podría ver condicionada por el factor edad. Piénsese, por ejemplo, que el art. 9.2 CE, en la medida que obliga a una actuación por los poderes públicos para evitar situaciones de discriminación, puede ser invocado para la potenciación de mecanismos que favorezcan el mantenimiento del empleo de las personas mayores, puesto que, en otro caso, cabría reconocer lo que se ha conocido como edadismo²⁰.

En este sentido, y de manera contraria al planteamiento inicial, la idea sería fomentar el uso del teletrabajo entre los trabajadores de edad avanzada, ello les permitiría conciliar las dificultades de movilidad, dependencia, etc. y sus obligaciones laborales prestadas de un modo más flexible. Además, a esto podemos sumar que la generación del babyboom son los que más desean seguir trabajando desde casa (un 41% desea continuar), en contraste con el 27% de la generación Z, el 28% de la generación del milenio y el 33% de la generación X²¹.

Con base en lo anterior, la pregunta sería: ¿es el teletrabajo efectivo como método para posponer la edad de jubilación?

18 Worldat Work, "Telework, Trendlines 2009", *The Dieringer Research Group, Inc*, 2009.

19 EFILWC, "Quality of work and employment in Europe...", op. cit.

20 Burriel Rodríguez-Diosdado, P. "El edadismo significado, causas y efectos en los ámbitos laboral y de la salud de las personas en edad de jubilación", en AA.VV. (AEISS), *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible: III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Laborum, Madrid, vol. 2, 2019, págs. 157-167.

21 Patrick J. Kiger, "Muchos adultos mayores quieren continuar trabajando a distancia", *AARP*, 2021.

De una forma simple o sintética, puede afirmarse que, al objeto de este análisis, podemos ordenar la evolución del trabajo por cuenta ajena, en lo que se refiere al modo y lugar de la prestación, en tres grandes etapas desde un primer momento inicial. Así, en un comienzo, la mayor parte del trabajo lo realizaban individuos o pequeños grupos en lugares adecuados, pero eran necesarias largas distancias para sobrevivir (en la búsqueda de esos lugares adecuados o de las materias precisas). Con el paso de los años, una gran cantidad de materiales y de trabajadores se concentraron en las ciudades, produciéndose un desplazamiento del trabajo, para su realización, de forma colectiva, a este ámbito urbano, en el que se introducen recursos de manera transformadora. La tercera etapa que hemos reconocido, en la que aparece el teletrabajo, es una extensión híbrida de las dos fases anteriores, en la que individuos o pequeños grupos pueden realizar el trabajo en lugares convenientes, mientras que el resultado se transfiere a una ubicación central a través herramientas tecnológicas²².

Si entendemos que nos encontramos en esa última fase, en la que el reiterado teletrabajo convive con otras formas de prestación, y si se pretende incrementar el uso del mismo y que ello sirva para alentar a las personas mayores a posponer su jubilación, es importante potenciar el conocimiento de esta modalidad de prestación entre los empleadores y empleados.

2.2. A la luz de los planteamientos de la OCDE

La OCDE viene advirtiendo, de manera sistemática, sobre los problemas que pueden afectar a la sostenibilidad de las Pensiones, sea en general para el conjunto de países que conforman su espectro, sea para España en particular²³. Según sus estimaciones, en España, a día de hoy, se destina el 10,9% del PIB en pensiones. Un dato superior a la media de 8% del resto de países que integran la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. Y las previsiones es que la tendencia vaya a más, unida al progresivo incremento del envejecimiento poblacional, unido a una jubilación más voluminosa por la llegada a la edad correspondiente de las cohortes del Baby Boom, lo que se va traducir en graves problemas en el sistema de pensiones en torno al año 2050²⁴. Como se ha analizado *ut supra* -en el apartado del envejecimiento-, la tasa de dependencia de la tercera edad va a duplicarse de aquí al año 2050. Esto supondrá un problema grave con efectos negativos en la sostenibilidad en general de nuestro Estado del Bienestar. Y así, la OCDE defiende que, si España no aplica el mecanismo de indexación y el factor de sostenibilidad, se produciría un incremento del gasto del PIB del 11,9% al 15,1% en 2050²⁵.

España, ante las dudas sobre la sostenibilidad de su Sistema Público de Pensiones, se encuentra en pleno proceso de reformas. Una reforma que se ha estructurado en tres fases y que tiene por ob-

22 Hunton, J.E. y Harmon, W.K., "A model for investigating telework in accounting", *International Journal of Accounting Information Systems*, 2004, págs. 417-427.

23 Asenjo Domínguez, A., "La OCDE confía en que la ley de teletrabajo contribuirá a retrasar la edad de jubilación", *El Independiente*, 2021, disponible en: OCDE: la ley de teletrabajo contribuirá a retrasar la edad de jubilación (elindependiente.com).

24 Ibid.

25 Véase, de manera extensa, los planteamientos más recientes de la OCDE y respecto a nuestro proceso de reformas en *Pensions at a Glance 2021*, OECD and G20 Indicators, <https://www.oecd.org/pensions/oecd-pensions-at-a-glance-19991363.htm>

UNA BREVE APROXIMACIÓN AL TELETRABAJO COMO OPCIÓN PARA POSPONER LA JUBILACIÓN

jeto garantizar rentas y el mantenimiento del Sistema²⁶. Habiéndose desarrollado las dos primeras, la OCDE sólo comparte una parte de los planteamientos de nuestro país²⁷.

Su propuesta se basa, en la adopción de medidas urgentes para acercar la edad de jubilación legal a la edad legal, hacer uso del mecanismo de indexación y del factor de sostenibilidad²⁸, revisar las bases máximas de cotización e incluso incentivar que los trabajadores de edad avanzada trabajen desde casa. Según sus previsiones, la ley de teletrabajo contribuiría a retrasar la edad de jubilación.

En esta línea ¿sería el teletrabajo una solución para contribuir a la sostenibilidad de las pensiones? ¿es una de las variables a las que debe sujetarse nuestro legislador? Esta herramienta del teletrabajo, se defiende, podría ser una opción para alargar la vida laboral tras cumplir los periodos de cotización correspondientes y de que suba la edad promedio de jubilación, que en 2018 se situó en 61,7 años, lejos aún de la media de 64,6 de la OCDE.

En el informe Estudio Económico de España²⁹ se sugiere que ley del teletrabajo española brinda flexibilidad a los trabajadores y que existen evidencias de que los empleados mayores que tienen acceso a esta modalidad de trabajo tienden a posponer el momento de comenzar a percibir la pensión de jubilación (como en Estados Unidos). Según el INE, en España se observa que los trabajadores de más de 55 años son más propensos a la elección del teletrabajo que los que tienen entre 15 y 24³⁰.

Por otra parte, de acuerdo a los datos ofrecidos por el Banco de España, el 30% de los empleados españoles podrían teletrabajar al menos ocasionalmente, pero no lo hacen. Previamente a la COVID-19, un 8,4% de los trabajadores teletrabajaban de forma esporádica. En 2009, el dato era aún menor, de un 6%. Se desprende, por tanto, que existe un margen de mejora que haga posible que los trabajadores españoles realicen su trabajo desde casa algunos días de la semana, lo que puede ocasionar que se animen a alargar la vida laboral para obtener una mejor pensión. Más aún si consideramos que ya existe un marco regulatorio para cuando el trabajo se presta de un modo regular. En Europa, la media es superior al 15% y, en algunos países como Luxemburgo, Finlandia, Países Bajos o Suecia, este porcentaje supera el 30%.

Tenemos, por tanto, margen de crecimiento. Un crecimiento que sería especialmente interesante como mecanismo para preservar el empleo de los mayores.

26 Tortuero Plaza, J.L. "Retos y reformas en materia de pensiones", *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, núm. 467, 2022, págs. 189-223; Tortuero Plaza, J.L. "Editorial", *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, núm. 3, 2021 (Ejemplar dedicado a: La protección social de los mayores frente al reto de la sostenibilidad y suficiencia de las pensiones), págs. 14-19.

27 Vila Tierno, F., Gutiérrez Bengoechea, M. y Benítez Llamazares, N. "Suficiencia y sostenibilidad en el marco de la ley 21/2021. Especial atención al mecanismo de equidad intergeneracional", *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, núm. 467, 2022, págs. 119-147.

28 Establecer un vínculo formal entre la edad legal de jubilación y la esperanza de vida, como en Dinamarca, Finlandia y Portugal.

29 OCDE, *Panorama económico de España*, 2021, disponible en: <https://www.oecd.org/economy/panorama-economico-espana/>.

30 INE, "Uso de productos TIC por las personas de 16 a 74 años Teletrabajo. Media de días de jornada laboral (actual, preferencia actual y preferencia poscovid-19) en modalidad de teletrabajo por características demográficas", 2021, disponible en: <https://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?tpx=50158>

3. A MODO DE CONCLUSIÓN

Actualmente, estamos viviendo unos tiempos difíciles marcados por una enorme crisis motivada por la pandemia de COVID-19, que ha sacudido el planeta entero y ha sido el detonante del desarrollo y la expansión del trabajo a distancia, especialmente de una de sus modalidades —el teletrabajo—, como un medio que permite la modernización de la organización del trabajo para las empresas y organizaciones de servicios públicos, así como la dotación de una mayor autonomía a los trabajadores en la realización de sus tareas.

Hemos podido comprobar que el trabajo a distancia se define precisamente como aquel trabajo que se realiza fuera de los establecimientos y centros habituales de la empresa, mientras que el teletrabajo se concibe como una subespecie del anterior que conlleva la prestación de servicios con uso intensivo de las nuevas tecnologías.

En un escenario como el que se ha generado a raíz de la COVID-19, el teletrabajo ha sido reconocido como una realidad laboral que representa diversas dificultades para todas las personas en general, pero especialmente para todas aquellas personas mayores que no se encuentran habituadas al manejo de las nuevas tecnologías o que no cuentan con los recursos necesarios o con las comodidades que exigen sus hogares para poder realizar el trabajo a distancia haciendo uso de las TIC.

Ahora bien, las empresas pueden desplegar una serie de estrategias tendentes a lograr que los trabajadores mayores puedan adaptarse a la transformación tecnológica —tan bien como los más jóvenes— y, en este sentido, puedan hacer frente a todas las dificultades que les plantea el teletrabajo, mediante técnicas como la formación. Existen estudios que reconocen que las empresas que cuentan con personas mayores motivadas y dispuestas a adaptarse a la nueva realidad del teletrabajo, que han obtenido muy buenos resultados. Recordemos que estamos ante personas que han vivido grandes revoluciones tecnológicas desde que nacieron (el surgimiento de Internet, de los teléfonos móviles e incluso de los ordenadores) y en todas estas etapas han logrado adaptarse a los nuevos tiempos, con mayor o menor esfuerzo.

La promoción del teletrabajo entre las personas mayores es una cuestión apenas analizada, pero creemos que es necesario que se siga profundizando en esta materia, ya que esta herramienta contribuye a que muchas de estas personas sigan manteniéndose económicamente activas. Al mismo tiempo, esta herramienta puede suponer para estas personas, por ejemplo, un gran ahorro en el transporte (en la medida en que el teletrabajo posibilita que no tengan que desplazarse ya hasta el lugar de trabajo) y en tiempo (los periodos que antes se destinaban al transporte ahora podrían destinarlos a pasarlos con la familia y las amistades, o dedicarlos a sus propios cuidados); también puede conllevar para las empresas un ahorro en los costes y en el espacio físico de trabajo (como se sabe, el teletrabajo ayuda a las empresas a optimizar el espacio y los recursos de oficinas).

Aunque el teletrabajo supone grandes ventajas, existen muchos aspectos negativos asociados al teletrabajo que tienen su base en la creencia extendida de que las personas mayores, en algunos

casos, tardan mucho más tiempo en adaptarse a los nuevos entornos y a los avances tecnológicos. Ahora bien, ello no siempre es así, ya que las personas mayores cada vez están más cómodas y familiarizadas con la tecnología, y aquellas que tienen que hacer más esfuerzos para adaptarse, cuando lo consiguen, dan lo mejor de sí mismas y se desviven por la empresa en la que trabajan.

Para promover el teletrabajo de las personas mayores y garantizar su desarrollo con éxito, debemos realizar aún grandes esfuerzos tendentes a reeducar a las empresas y hacer que estas dejen de lado las falsas creencias referidas a las capacidades laborales de los trabajadores de más edad. En este sentido, entendemos que hay que seguir trabajando para que las organizaciones estén cada vez más habituadas a otros grupos de empleados, como los de edad, y reconozcan que una mezcla de perfiles (como la de millenials y mayores) puede ofrecer resultados muy positivos y deseables.

Las empresas deben tener un papel relevante en lo que respecta a la aplicación de programas específicos dedicados a la creación, gestión y evaluación del teletrabajo. Igualmente, deben proporcionar la formación adecuada a los trabajadores mayores y la retroalimentación necesaria para que presten con éxito sus servicios desde casa (del mismo modo que los jóvenes), además de brindar una mayor importancia a los espacios de trabajo diseñados específicamente para los trabajadores mayores sensibles. No obstante, no solo deben mejorar las empresas, sino que también los trabajadores mayores interesados en el teletrabajo desde sus propios hogares, ya que deben seguir formándose y mejorando sus habilidades digitales, además de lograr familiarizarse con la búsqueda virtual de nuevas oportunidades de empleo.

En definitiva, de lo anterior se deduce que hay que seguir apostando por políticas que contribuyan a promover las oportunidades de teletrabajo para el colectivo de las personas mayores, como un pequeño margen de maniobra adicional. Dichas políticas, sin duda alguna, deben orientarse a reducir (o, en su caso, a evitar) los numerosos problemas que se derivan del teletrabajo desde los hogares y, al mismo tiempo, a garantizar lugares de trabajo seguros para estas personas mayores que tanto han sufrido con la pandemia y que tanto han contribuido (y siguen contribuyendo) en el desarrollo y progreso de nuestra sociedad con su trabajo.

4. BIBLIOGRAFÍA

Arvola, R., Lutsoja, K., Kristjuhan, U. y Tint, P., "Telework as an Option to Postpone the Retirement for Ageing People?", *Safety of Technogenic Environment*, 2017.

Asenjo Domínguez, A., "La OCDE confía en que la ley de teletrabajo contribuirá a retrasar la edad de jubilación", *El independiente*, 2021, disponible en: [OCDE: la ley de teletrabajo contribuirá a retrasar la edad de jubilación \(elindependiente.com\)](https://www.elindependiente.com/2021/05/14/ocde-ley-teletrabajo-jubilacion/).

Burriel Rodríguez-Diosdado, P. "El edadismo significado, causas y efectos en los ámbitos laboral y de la salud de las personas en edad de jubilación", en AA.VV. (AESSS), *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible: III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Laborum, Madrid, vol. 2, 2019.

UNA BREVE APROXIMACIÓN AL TELETRABAJO COMO OPCIÓN PARA POSPONER LA JUBILACIÓN

- Conde-Ruiz, J. I., González, C. I., "El proceso de envejecimiento en España", *Estudios sobre la Economía Española*, 2021, disponible en: <https://documentos.fedea.net/pubs/eee/eee2021-07.pdf>.
- EASHW, "New trends in accident prevention due to the changing world of work", *European Agency for Safety and Health at Work*, 2002, disponible en: <http://osha.europa.eu/en/publication/reports/208>.; Storrie, D., European Foundation for the improvement of living and working conditions, *Temporary agency work in the European Union*, 2002. Disponible en: <http://www.eurofound.europa.eu/pubdocs/2002/02/en/ef0202en.pdf>.
- EFILWC., "Good practice guide to internal flexibility policies in companies", *European Foundation for the improvement of living and working conditions*, 2009, disponible en: <http://www.eurofound.europa.eu/pubdocs/2009/19/en/1/EF0919EN.pdf>.
- EFILWC., "Quality of work and employment in Europe Issues and challenges", *European Foundation for the improvement of living and working conditions*, 2002, Disponible en: <http://www.eurofound.Europa.eu/pubdocs/2002/12/en/1/ef0212en.pdf>
- Eurostat, *How usual is it to work from home?*, 2020.
- Gómez Abelleira, F.J., *La nueva regulación del trabajo a distancia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020.
- Gómez Salado, M. A, *La cuarta revolución industrial y su impacto sobre la productividad, el empleo y las relaciones jurídico-laborales: desafíos tecnológicos del siglo XXI.*, Thomson Reuters Aranzadi, Málaga, 2021.
- Hunton, J.E. y Harmon, W.K., "A model for investigating telework in accounting", *International Journal of Accounting Information Systems*, 2004.
- INE, "El teletrabajo en España y la UE antes de la COVID-19", 2020.
- INE, "Ocupados por frecuencia con la que trabajan en su domicilio particular, sexo y grupo de edad. Valores absolutos y porcentajes respecto al total de cada grupo de edad", *Encuesta de Población Activa*, 2020/21.
- INE, "Uso de productos TIC por las personas de 16 a 74 años Teletrabajo. Media de días de jornada laboral (actual, preferencia actual y preferencia poscovid-19) en modalidad de teletrabajo por características demográficas", 2021, disponible en: <https://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?tpx=50158>
- Observatorio del Trabajo a Distancia, *Libro Blanco del Trabajo a Distancia. Un enfoque orientado a la flexibilidad y el respeto de los derechos laborales*, O.T.D., Madrid, 2020.
- OCDE, *Panorama económico de España*, 2021, disponible en: <https://www.oecd.org/economy/panorama-economico-espana/>.
- OIT, "COVID-19: Guidance for labor statistics data collection", 2020, disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---stat/documents/publication/wcms_741145.pdf.
- OIT, "Working from Home: Estimating the worldwide potential", 2020, disponible en: https://www.ilo.org/global/topics/non-standard-employment/publications/WCMS_743447/lang-en/index.htm.
- OIT, *El trabajo a domicilio. De la invisibilidad al trabajo decente*, Ed. OIT, Ginebra, 2021.
- Parlamento Europeo, "The impact of teleworking and digital work on workers and society. Special focus on surveillance and monitoring, as well as on mental health of workers", 2021.

UNA BREVE APROXIMACIÓN AL TELETRABAJO COMO OPCIÓN PARA POSPONER LA JUBILACIÓN

Patrick J. Kiger, "Muchos adultos mayores quieren continuar trabajando a distancia", *AARP*, 2021.

Tierno, F., y Montes Adalid, G.M., "Breves notas introductorias en torno a la definición del teletrabajo. La evolución hacia un nuevo modo de prestación laboral", en AA.VV. (Álvarez Cortés, J.C. y Vila Tierno, F., Dirs), *Nuevas tecnologías y mercado de trabajo: una aproximación multidisciplinar*, Ediciones Laborum, Murcia, 2020.

Tortuero Plaza, J.L. "Editorial", *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, núm. 3, 2021 (Ejemplar dedicado a: La protección social de los mayores frente al reto de la sostenibilidad y suficiencia de las pensiones).

Tortuero Plaza, J.L. "Retos y reformas en materia de pensiones", *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, núm. 467, 2022.

Vila Tierno, F., Gutiérrez Bengoechea, M. y Benítez Llamazares, N. "Suficiencia y sostenibilidad en el marco de la ley 21/2021. Especial atención al mecanismo de equidad intergeneracional", *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, núm. 467, 2022.

Worldat Work, "Telework, Trendlines 2009", *The Dieringer Research Group, Inc*, 2009.



RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

RESEÑAS
BIBLIOGRÁFICAS

REJLSS

Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social
mayo - octubre 2022 - núm 5 ISSN-e: 2660-437X

RESEÑA DE “LA REFORMA LABORAL DE 2021: ESTUDIO TÉCNICO DE SU RÉGIMEN JURÍDICO”*

(VV. AA.; MONEREO PÉREZ, J.L.; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y RODRÍGUEZ INIESTA, G., Dirs., y ORTIZ CASTILLO, F., Coord., LABORUM, MURCIA, 2022)

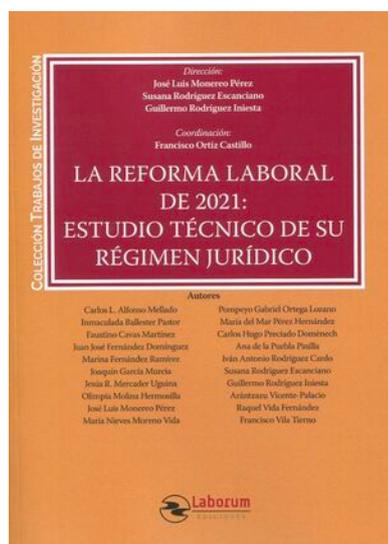
Alejandro Muros Polo

Dpto. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada

amurospolo@ugr.es ORCID [0000-0002-6192-8481](https://orcid.org/0000-0002-6192-8481)

Recepción de trabajo: 17-06-2022 - Aceptación: 19-06-2022 - Publicado: 21-07-2022

Páginas: 320-325



Hace unos meses ha visto la luz la magnífica obra colectiva titulada *La reforma laboral de 2021: estudio técnico de su régimen jurídico*, a raíz de la nueva ordenación jurídico-legal que ha propuesto 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 trabajo, fruto del acuerdo en sede de concertación social.

En este sentido, la monografía aquí recensionada recaba un estudio jurídico, desde una perspectiva crítica, que analiza los principales hitos de la Reforma laboral de 2021 de la mano de las brillantes aportaciones de la doctrina más relevante y especializada del *iuslaboralismo* español. Todo ello con la finalidad de ofrecer respuestas o criterios interpretativos a los operadores jurídicos en la aplicación de la citada Reforma laboral.

- * Proyecto de Investigación I+D+i, "Los Sistemas de Protección Social ante la incidencia de la disrupción digital". Proyectos del Plan Nacional 2020. Referencia: PID2020-115701RB-I00. [Convocatoria 2020 de «Proyectos i+d+i» en el marco del programa estatal de generación de conocimiento y fortalecimiento científico y tecnológico del sistema de i+d+i y del Programa estatal de i+d+i orientada a los retos de la sociedad]
- Proyecto de Investigación de Investigación I+D+i, subvencionado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología, "Envejecimiento Activo y Vida Laboral: Trabajadores Maduros y Pensionistas Productivos" (DER2017-85096-R).
- Proyecto B-SEJ-213-UGR18 "Retos de la modernización de la asistencia sanitaria en Andalucía: cohesión interterritorial, envejecimiento y revolución digital". Proyectos I+D+i del Programa Operativo FEDER 2018.
- Proyecto P18-RT-4634: "Instrumentos para la Protección Integral de las Personas Discapacitadas en una Sociedad Inclusiva y del Bienestar. Especial referencia a Andalucía en el marco de las Estrategias Nacionales y de la Unión Europea". Proyectos I+D+i (PAIDI 2020) Convocatoria 2018.

“LA REFORMA LABORAL DE 2021: ESTUDIO TÉCNICO DE SU REGIMEN JURÍDICO”

La calidad de la presente obra colectiva es corroborada por su magnífica dirección a cargo de los profesores Monereo Pérez (Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada, Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social y Director de la Revista de Derecho de la Seguridad Social y de la Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, ambas de *Laborum*), Rodríguez Escanciano (Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de León y Subdirectora de la Revista Crítica de Relaciones de Trabajo *Laborum*) y Rodríguez Iniesta (Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Murcia y Subdirector de la Revista Crítica de Relaciones de Trabajo *Laborum*). Asimismo, la edición a cargo de *Laborum*, referente en el estudio teórico-práctico del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, supone un aval de que la obra aquí recensionada se convertirá en un estudio de obligada consulta por parte de toda persona que quiera acercarse a la comprensión y aplicación de la Reforma laboral de 2021.

En cuanto a la estructura de las 674 páginas que componen el libro objeto de reseña, esta se constituye por una breve presentación a cargo de los directores y 17 capítulos, en los cuales se aborda de forma detallada, minuciosa y omnicomprensiva cada una de las aristas del Real Decreto-ley 32/2021 a través de un rigor científico-técnico inigualable. En concreto:

- El Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Málaga, Francisco Vila Tierno, analiza en el primer capítulo “El contrato formativo en sus dos modalidades”. Esto es, analiza desde una perspectiva técnica y jurídico-crítica (señaladamente, objeto y ámbito subjetivo, aspectos laborales y aspectos formativos) los dos nuevos contratos formativos, que sustituyen a los anteriores, y que ahora pasan a conocerse como “contrato de formación en alternancia” y “contrato formativo para la obtención de la práctica profesional”. Por último, expone los elementos comunes de ambos contratos formativos.
- La Profesora María Nieves Moreno Vida, Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada, por su parte, se encarga de desarrollar el capítulo segundo titulado: “Del contrato eventual por circunstancias de la producción al contrato temporal por razones productivas”. Un capítulo que aborda la compleja tarea, pero con éxito, de sistematizar e interpretar la nueva regulación del contrato temporal por circunstancias de la producción, en su doble modalidad por incremento ocasional e imprevisible de la actividad o bien por situaciones ocasionales, previsibles y de duración reducida. A su vez, la Profesora Moreno Vida resalta los principales mecanismos introducidos por la Reforma con el fin de atajar el problema de la temporalidad en el mercado de trabajo español.
- En el tercer capítulo, Olimpia Molina Hermosilla, Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Jaén, afronta el análisis del contrato para la sustitución de la persona trabajadora, no sin antes comparar esta nueva regulación con su predecesora y con el correspondiente anterior contrato de interinidad, haciendo hincapié en el uso y abuso de la contratación temporal a través de esta figura contractual. Asimismo, la autora recoge una referencia expresa a este contrato en el sector público, así como explicita las causas y consecuencias de la extinción del contrato para la sustitución.

“LA REFORMA LABORAL DE 2021: ESTUDIO TÉCNICO DE SU RÉGIMEN JURÍDICO”

- El capítulo IV, “El nuevo contrato fijo-discontinuo en la Reforma laboral de 2021”, autoría del Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Murcia, Faustino Cavas Martínez, muestra un excelente estudio acerca de esta modalidad de contrato de trabajo, ciertamente relanzado tras la reciente reforma laboral. Capítulo que no solo se limita a conformar el régimen jurídico del contrato fijo-discontinuo (como puede ser su forma y contenido, deber de llamamiento, protección por desempleo, etc.), sino que, además, se ocupa de su distinción con el resto de las modalidades contractuales para facilitar una mejor aprehensión.
- La Profesora Susana Rodríguez Escanciano, Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de León, elabora en el capítulo V un magnífico estudio sobre “El nuevo contrato “indefinido adscrito a obra” en el sector de la construcción”. Para ello, la autora elabora, en primer lugar, una apreciación general del empleo en el sector de la construcción y analiza, en un segundo lugar, el derogado “contrato fijo de obra” para, en último lugar, exponer el régimen jurídico-laboral del nuevo “contrato indefinido adscrito a la obra”, sin dejar de aprovechar la ocasión para proponer ciertas restricciones a la subcontratación con el fin de atajar el problema de la temporalidad en la construcción.
- En el sexto capítulo, la Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Málaga, Marina Fernández Ramírez, aborda la cuestión del contrato a tiempo parcial. Contrato que, si bien casi no ha sido modificado por la Reforma laboral, está llamado tras el endurecimiento de la contratación temporal a ejercer un protagonismo especial en los nuevos contratos indefinidos o fijos-discontinuos que se concierten. Así lo destaca la autora a lo largo de su exposición, analizando los cambios normativos en este sentido y los aspectos medulares de la contratación a tiempo parcial, a la vez que plantea las bases para un debate en torno al posible aumento de este tipo de contrato y los efectos que ello pueda tener sobre la parcialidad involuntaria, sobre todo femenina.
- “Principio de causalidad en la contratación (tras la reforma operada por el RD-ley 32/2021)”, capítulo elaborado por las Catedráticas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Jaume I de Castellón, Arántzazu Vicente-Palacio e Inmaculada Ballester Pastor, es el lugar en el que se analiza la reconfiguración del elemento causal en las diferentes modalidades de contratación. Concretamente, se estudia el restablecimiento de la presunción sobre el carácter indefinido del contrato, la derogación del contrato para obra y servicio determinado y el significado y alcance de la previsión del art. 15.1 ET en cuanto al deber de consignar en el contrato temporal la causa habilitante, las circunstancias concretas que lo justifican y su conexión con la duración prevista. Además, las autoras enlazan la causa habilitante y su renovada importancia con los diferentes contratos de trabajo: por circunstancias de la producción, “indefinido adscrito a obra” y fijo-discontinuo en el marco de contratos mercantiles o administrativos.
- En el capítulo VIII, el Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada, José Luis Monereo Pérez, contribuye a la presente obra colectiva con una brillante aportación en torno a la “Subcontratación empresarial y reforma laboral”. El autor

“LA REFORMA LABORAL DE 2021: ESTUDIO TÉCNICO DE SU REGIMEN JURÍDICO”

analiza exhaustivamente el fenómeno de la descentralización productiva y, en especial, la “subcontratación económica” de obras y servicios del art. 42 ET, que viene siendo utilizada en los últimos años como un mecanismo de ahorro de costes en mano de obra que ahonda, a su vez, en la precarización del trabajo y la competencia desleal entre empresas, sobre todo en lo que respecta a las empresas multiservicios. En este sentido, el Profesor Monereo Pérez cataloga como positiva la reforma del art. 42.6 ET en cuanto al convenio colectivo aplicable en las operaciones de subcontratación, más aún si se tiene en cuenta que el convenio de empresa ya no podrá regular materias salariales por si este fuera finalmente de aplicación (art. 84.2 ET). Tras analizar los problemas aplicativos de las recientes modificaciones, el autor vierte una serie de conclusiones críticas y de *lege ferenda* entre las que destaca la necesidad de suprimir la referencia a la subcontratación de “propia actividad” por el efecto de expulsión de las garantías, especialmente preventivas, en materia salarial, de Seguridad Social o de prevención de riesgos laborales que tiene esta noción para el resto de contratas.

- El Profesor Juan José Fernández Domínguez, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de León, aborda la cuestión de los “Procedimientos de regulación temporal de empleo (artículo 47 ET)” en el noveno capítulo. En este capítulo el Profesor Fernández Domínguez ahonda en los diferentes cambios que ha introducido la Reforma laboral 2021 tras la experiencia de la COVID-19 en la regulación del Expediente de Regulación Temporal de Empleo (art. 47 ET), ya sea por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas, ya sea por fuerza mayor temporal (en su modalidad común o por decisiones de la autoridad pública), sin olvidar las disposiciones comunes a ambos procedimientos.
- Jesús R. Mercader Uguina y Ana de la Puebla Pinilla, catedráticos de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Carlos III y de la Autónoma de Madrid, respectivamente, son los encargados de elaborar el capítulo X de la obra aquí recensionada con el título: “El mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo: un marco permanente para la conservación del empleo en situaciones de crisis”. Se trata, por tanto, de un trabajo en el que se analiza el nuevo mecanismo RED, como una herramienta de flexibilidad interna de carácter estructural, en su doble modalidad cíclica o sectorial. Los autores, tras unas consideraciones introductorias y de configuración general del mecanismo RED, pasan a profundizar en el modo de activación de carácter político de este instrumento, en su procedimiento de solicitud “mestizo” y en el régimen prestacional aparejado al mecanismo RED.
- En el capítulo XI, titulado “Despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el sector público”, la Profesora Colaboradora Doctora del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada Raquel Vida Fernández, experta en la materia de empleo público, plantea los posibles efectos de la derogación de la disposición adicional 16ª ET por el RD-ley 32/2021, disposición donde se regulaba la posibilidad de realizar despidos por causas ETOP en el sector público. Para ello, la autora realiza un recorrido por los planteamientos previos y posteriores a la introducción de esta previsión de despedir con la Reforma laboral de 2012, al igual que analiza su ámbito de aplicación en función de que se trate

“LA REFORMA LABORAL DE 2021: ESTUDIO TÉCNICO DE SU REGIMEN JURÍDICO”

de Sector Público administrativo o empresarial y fundacional. Finalmente, la Profesora Vida Fernández discute en torno a las dos posibles interpretaciones de la derogación de la DA 16ª ET, una estricta y otra abierta, y sus consecuencias sobre la consideración del indefinido no fijo.

- El Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia, Carlos L. Alfonso Mellado, realiza una aproximación a “La reforma de la negociación colectiva en el Real Decreto-ley 32/2021: orígenes y contenido” en el capítulo XII. Capítulo que se inicia con un análisis al sentido general de la Reforma de 2021, seguido de una configuración en torno a las funciones de la institución de la negociación colectiva en el ámbito de las relaciones laborales y la influencia que ha tenido sobre ellas la Reforma laboral de 2012. Por último, el autor se ocupa de la situación actual de la negociación colectiva en España, además de analizar ya de forma detallada las modificaciones introducidas por el RD-ley 32/2021, concretamente: la recuperación del papel esencial del convenio de sector en la determinación del salario, la rehabilitación del régimen de prórroga indefinida del contenido del convenio denunciado en defecto de que otra cosa se pacte, y la determinación del convenio aplicable en los casos de contrataciones entre empresas.
- El capítulo XIII, dedicado a “La vigencia y ultraactividad de convenios en el marco del modelo constitucional de negociación colectiva”, es tratado de forma brillante por los profesores del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social la Universidad de Granada José Luis Monereo Pérez, Catedrático de Universidad, y Pompeyo Gabriel Ortega Lozano, Profesor Ayudante Doctor. En esta parte de la obra colectiva aquí recensionada se expone la recuperación de la denominada ultraactividad indefinida de los convenios colectivos, una vez han sido denunciados y ha transcurrido el proceso de negociación sin acuerdo alguno, no sin antes resaltar la problemática y las diferentes interpretaciones judiciales en cuanto al régimen jurídico anterior y, además, elaborar un panorama general sobre la inserción de la negociación colectiva en el modelo constitucional.
- El Profesor Guillermo Rodríguez Iniesta, Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Murcia, se ocupa de tratar los “Aspectos de Seguridad Social vinculados a la reforma laboral: perspectiva de conjunto” en el capítulo XIV. En este espacio el autor elabora una referencia a las principales novedades en materia de Seguridad Social introducidas por la Reforma laboral de 2021 relacionadas con los supuestos de contratación, subcontratación e instrumentos de flexibilidad interna, el ERTE y el mecanismo RED. Asimismo, el Profesor Rodríguez Iniesta desgrana los novedosos aspectos relacionados con la gestión y control, la cotización y las medidas de protección social y sus modificaciones.
- El capítulo XV, “Régimen sancionador: perspectiva de conjunto”, en coautoría entre el Profesor Joaquín García Murcia, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Complutense de Madrid, e Iván Antonio Rodríguez Cardo, Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Oviedo, aborda la cuestión de los cambios introducidos por el RD-ley 32/2021 en la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social. En concreto, se detallan las nuevas infracciones en materia de relaciones laborales individuales

“LA REFORMA LABORAL DE 2021: ESTUDIO TÉCNICO DE SU RÉGIMEN JURÍDICO”

y colectivas o en materia de empresas de trabajo temporal y empresas usuarias. Además, se hace una mención especial al incremento de las sanciones en determinados incumplimientos y al nuevo estándar sancionador en torno al número de trabajadores afectados.

- La Jefa de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Almería y Doctora en Derecho, María del Mar Pérez Hernández, protagoniza el capítulo XVI dedicado a “El rol de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en la aplicación efectiva de la reforma laboral: un enfoque transversal”. A lo largo de estas páginas, la autora realiza una reflexión sobre la finalidad y función de la ITSS en cuanto al cumplimiento de las normas laborales, realizando un recorrido desde el origen de la institución hasta nuestros días. Asimismo, establece una relación entre los principales cambios introducidos por la Reforma laboral de 2021 y el reciente Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo 2021-2023, sin dejar de destacar los principales retos a los que se tiene que enfrentar la ITSS en un futuro próximo: el robustecimiento de sus medios humanos y materiales y la mejora en la estrategia de comunicación.
- El último capítulo, en autoría de Carlos Hugo Preciado Domènech, Magistrado Especialista en el Orden Social del TSJ de Cataluña y Doctor en Derecho, titulado “Análisis y tablas comparativas del 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”, recoge un magnífico cuadro comparativo de las novedades introducidas en el Estatuto de los Trabajadores tras la entrada en vigor de la Reforma laboral, lo cual supone un preciso colofón a modo de resumen de todas las materias tratadas en la presente obra colectiva.

En definitiva, *La reforma laboral de 2021: estudio técnico de su régimen jurídico* viene a constituir una obra de máxima referencia doctrinal para los estudiosos del Derecho, y del Derecho del Trabajo en particular, de obligada consulta si se quiere comprender de forma exhaustiva y omnicomprendensiva el alcance de la Reforma laboral tras el RD-ley 32/2021. Además, la obra recensionada, realizada por los autores más prestigiosos provenientes del mundo académico, está llamada a cubrir un vacío en el mercado editorial, pues hasta el momento son pocas las publicaciones que analizan de forma detallada y minuciosa cada una de las aristas de la reciente reforma en materia laboral. Solo me queda, pues, recomendar su atenta lectura.

RESEÑA DE “LA FATIGA INFORMÁTICA EN EL TRABAJO”

(TRUJILLO PONS, F., BOMARZO, ALBACETE, 2022)

Arturo Montesdeoca Suárez

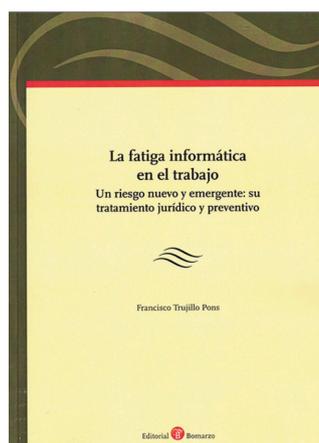
Personal Investigador en Formación (PIF)

Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

arturo.montesdeoca@ulpgc.es ORCID [0000-0002-1519-4923](https://orcid.org/0000-0002-1519-4923)

Recepción de trabajo: 06-07-2022 - Aceptación: 12-07-2022 - Publicado: 21-07-2022

Páginas: 326-328



Francisco Trujillo Pons, profesor ayudante doctor de la Universitat de València, presenta al lector la monografía titulada “La fatiga informática en el trabajo”, en la que externaliza la preocupación sobre el uso desenfrenado de las tecnologías en el entorno laboral con la consecuente materialización de efectos nocivos en la salud física y mental de las personas trabajadoras.

Como consecuencia del auge y la tendencia a una mayor interacción entre los seres humanos y los dispositivos tecnológicos, se previó necesario poner el foco sobre los riesgos que la hiperconexión digital puede causar en la salud física y mental de las personas. Así, el legislador en un primer momento, con la aprobación de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (LOPDGDD) introdujo por primera vez, ex art. 88.3, una obligación preventiva que se materializa, por un lado, con el estricto cumplimiento del disfrute del derecho a la desconexión digital y, por otro, de trasladar a las personas trabajadoras a través de acciones de formación y sensibilización sobre uso razonable de las herramientas tecnológicas la identificación de los riesgos como las consecuencias negativas que para la salud puede causar la “fatiga informática” intrínseca al contexto digital actual.

Y, posteriormente, a través de la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia previendo la necesidad de efectuar una evaluación de riesgos ex art. 16.1, “poniendo especial atención en los factores psicosocia-

* Contrato predoctoral cofinanciado por la Consejería de Economía, Industria, Comercio y Conocimiento del Gobierno de Canarias y del Fondo Social Europeo.

El presente artículo se enmarca en las líneas de actuación del Grupo de Investigación: Desconexión digital en el trabajo. DesC-Labor (GIUV2020-473) Universitat de València (España).

“LA FATIGA INFORMÁTICA EN EL TRABAJO”

les, ergonómicos y organizativos y de accesibilidad del entorno laboral efectivo (...), y en particular, la distribución de la jornada, los tiempos de disponibilidad y la garantía de los descansos y desconexiones durante la jornada”. En cierto modo, porque precisamente cuando las personas trabajadoras desarrollan la prestación laboral a través de esta modalidad contractual se encuentran sujetas a una mayor exposición a este tipo de riesgos como consecuencia de la utilización prolongada tanto personal como profesional de dispositivos tecnológicos. En consecuencia, la deslocalización de la prestación laboral de la persona teletrabajadora pudiera difuminar la salvaguarda de la seguridad y salud laboral y, por ende, la actividad preventiva podría decaer por completo con la evidente repercusión que ello conlleva.

Tal y como adelanta la profesora Núñez-Cortés Contreras, firmante del prólogo de la obra, “el autor parte de la caracterización de la fatiga informática como riesgo laboral multidimensional y propone como actuación clave para evitarla hacer más efectivo el derecho a la desconexión digital en el trabajo, lo cual racionaliza los límites saludables entre el trabajo y el descanso. El derecho a la desconexión digital se dibuja, pues, por el autor, como una herramienta preventiva adecuada para evitar el riesgo emergente de fatiga informática”. Por tanto, tras la experiencia sufrida por todos y todas tras la irrupción del COVID-19, se antoja oportuno el tratamiento jurídico-preventivo del concepto de “fatiga informática” como riesgo laboral emergente a fin de analizar las consecuencias que puede materializar en la salud física y mental de las personas trabajadoras.

En cuanto a la estructura sistemática de la obra, se encuentra dividida en seis partes que integran hasta ocho capítulos que pasan a ser examinados a continuación.

En la primera parte introductoria al tema el autor comienza a desgranar pormenorizadamente el análisis del derecho a la seguridad y salud de las personas trabajadoras tomando como referencia el nuevo contexto y/o entorno de digitalización de las relaciones laborales.

En la segunda parte se procede al análisis crítico del marco jurídico preventivo actual y el planteamiento del derecho a la desconexión digital como herramienta práctica de protección frente a la fatiga informática en un contexto de presentismo y deslocalización de la prestación laboral. Tras lo anterior, se adentra en el marco sancionador y de responsabilidades en materia de prevención de riesgos laborales tanto desde la perspectiva de las personas trabajadoras como del empresario. El autor recuerda atinadamente que la fatiga informática está tipificada como riesgo laboral a prevenir obligatoriamente tanto en el art. 88 LOPDPGDD como en el art. 18 LTD. A continuación puntualiza desde los factores de riesgo psicosocial derivados de la conectividad permanente, la fatiga informática, el “*burnout*”, la carga mental, el ciberacoso o “*network mobbing*” hasta los factores de riesgo físico y ambiental como pueden ser los trastornos musco-esqueléticos y las pantallas de visualización de datos.

En la tercera parte dedicada al marco práctico, el autor hace hincapié en los peligros que ofrece el presentismo digital y adelanta una propuesta de reformulación de la cultura empresarial en este sentido por la que se realce el papel que le corresponde a la seguridad y salud en el trabajo. En suma, lleva a cabo un recorrido por las propuestas de actuación y herramientas prácticas que se han preocupado por ofrecer una respuesta práctica para evitar, eliminar y reducir la fatiga informática. Así, se incorporan, por un lado, el papel que ha asumido la negociación colectiva (tanto a nivel de empresa

como a nivel de sector) como desde las políticas corporativas que han adoptado una respuesta en este sentido y por las que se permitiría garantizar la salvaguarda de la salud mental y física de las personas trabajadoras en este contexto de digitalización disruptiva que caracteriza la cuarta y, principia actualmente, la quinta revolución industrial.

En la cuarta parte y a modo de conclusiones aporta una interesante reflexión por la que propone un cambio de modelo o paradigma de la empresa en este nuevo contexto en el que se encuentran inmersas las relaciones laborales caracterizado por una política corporativa que entrelaza el bienestar laboral como clave para alcanzar el éxito empresarial.

Y, en adicción, en el anexo de la obra se incorporan gran cantidad de documentos tales como propuestas de formación, cuestionarios o *check-list* para evaluar los factores de riesgo analizados previamente así como aplicaciones informáticas que constituyen una actuación práctica-preventiva que favorecen la desconexión digital de las herramientas digitales.

En definitiva, una obra monográfica completa, práctica y útil que analiza un tema de rabiosa actualidad y que reclama necesariamente esta atención jurídico-preventiva a fin de adoptar una respuesta con garantías para hacer frente al reto de la continua, constante, inevitable y, posiblemente, interminable digitalización e interacción humano-tecnológica.

De hecho, la reciente Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de julio de 2002, sobre salud mental en el entorno laboral digital aborda precisamente este tema, la preocupación sobre los riesgos psicosociales como riesgos específicos asociados al teletrabajo como consecuencia de, entre otras, la extralimitación de la jornada de trabajo que podría desencadenar en la aparición de situaciones de ansiedad, agotamiento o depresión. Además, señala que garantizar el disfrute del derecho a la desconexión sería esencial para alcanzar el bienestar mental de las personas trabajadoras, especialmente, cuando la prestación laboral se desarrolla a través de fórmulas atípicas. Por tales motivos, insta a la Comisión a adoptar una iniciativa legislativa sobre la gestión de los riesgos psicosociales y el bienestar laboral a fin de contrarrestar este tipo de riesgos.

Y, por todo ello, esta obra puede ser una referencia orientativa para la gestión de la fatiga informática en el trabajo por los destinatarios encargados de la seguridad y salud en el marco de las relaciones laborales.

RESEÑA DE “LA PROTECCIÓN DE SEGURIDAD SOCIAL A LAS PERSONAS MAYORES, RETOS PARA EL SIGLO XXI: Estudio comparado de los países latinoamericanos y del sur de Europa”

(PERÁN QUESADA, S. Y VILA TIERNO, F. (DIRECTORES); RASO DELGUE, J., SÁNCHEZ-CASTAÑEDA, A. ET. AL. (CODIRECTORES); FERNÁNDEZ RAMÍREZ, M.; GÓMEZ SALADO, M.A., Y RUIZ SANTAMARÍA, J. L., (SUBDIRECTORES); BOMARZO, ALBACETE, 2022)

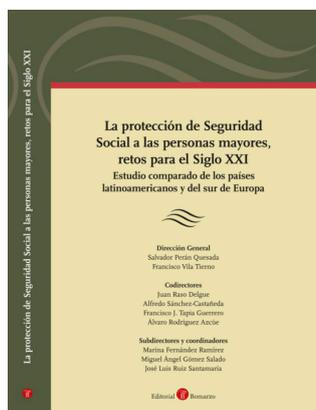
Violanda Marshavka Trach

Universidad de Málaga

violandamars98@uma.es ORCID [0000-0002-6839-7812](https://orcid.org/0000-0002-6839-7812)

Recepción de trabajo: 08-07-2022 - Aceptación: 12-07-2022 - Publicado: 21-07-2022

Páginas: 329-330



Recientemente se ha publicado el libro titulado «La protección de Seguridad Social a las personas mayores, retos para el siglo XXI: estudio comparado de los países latinoamericanos y del sur de Europa», que se ha realizado mediante la colaboración de diversos investigadores y profesionales de lo más relevantes en el ámbito del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Como resultado tenemos la presente obra, la cual versa sobre la protección social de las personas mayores, tema de absoluta importancia y de notable preocupación en el ámbito laboral y en el contexto actual.

Como bien indica su nombre, en esta obra se lleva a cabo un minucioso estudio comparado sobre los sistemas de protección de la seguridad social de las personas mayores en los países latinoamericanos y del sur de Europa. Además, también tratan las cuestiones más problemáticas de este asunto y los retos a superar, partiendo de la base de que nuestras sociedades actuales se caracterizan por “una mayor presencia de la población anciana en la estructura poblacional”¹. Es

1 Perán Quesada, S. y Vila Tierno, F. (Dir. Gen.): *La protección de Seguridad Social a las personas mayores, retos para el siglo XXI: estudio comparado de los países latinoamericanos y del sur de Europa*, Bomarzo, Albacete, 2022. Pág. 868.

“LA PROTECCIÓN DE SEGURIDAD SOCIAL A LAS PERSONAS MAYORES, RETOS PARA EL SIGLO XXI”

preciso destacar, el planteamiento del desarrollo de un derecho subjetivo a *envejecer con dignidad* que, junto a los conceptos de *envejecimiento activo y saludable*, deben de servir como “*fundamento de políticas públicas heterogéneas de naturaleza garantista y promocional*”².

La obra se estructura en tres títulos divididos a su vez en varios. En el primero, se muestra la perspectiva y los retos de la protección de las personas mayores en el Derecho Internacional. Se analiza esta cuestión bajo el punto de vista de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), y desde la rúbrica del Derecho de la Unión Europea y de la Carta Social Europea. También se estudia el contexto, causas y retos de este asunto en América Latina, y se examina la cuestión en el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social.

El segundo título se dedica a puntualizar cada una de las cuestiones problemáticas presentes que se enfrenta esta materia de protección de las personas mayores, entre los cuales podemos mencionar el desempleo, la edad, el género, la migración, las nuevas tecnologías, etc. Estas preocupaciones se han de tener en consideración para conseguir el amparo adecuado de las personas mayores, pues de lo contrario, “*la discriminación y la vulnerabilidad de los adultos mayores fomentarán un aumento de la dependencia, la marginación y la pobreza*”³.

Por último, el título tercero se centra en examinar los sistemas de protección social de las personas mayores de nuestros países vecinos Italia y Portugal, y además de bastantes países latinoamericanos como México, Argentina, Brasil, Uruguay, etc. Respecto del ordenamiento jurídico español, precisa el nuevo marco de sistema de pensiones que está en proceso de construcción.

En definitiva, como se acaba de hacer referencia, nos encontramos ante una obra muy completa y precisa, que analiza en profundidad un tema tan relevante en la actualidad y que todo ordenamiento jurídico debe tener presente, como lo es la protección de las personas mayores en la Seguridad Social. Se pone de manifiesto la necesidad de una adecuación de esta protección, tendente a superar los distintos obstáculos que frustran tal objetivo. Se trata sin duda de una obra trascendental y crucial para entender la base de los sistemas de protección de las personas mayores de los países latinoamericanos y de Europa del Sur, y nos ofrece una visión muy pormenorizada sobre hacia donde los gobiernos deben incidir y dirigir su actuación para lograr una efectiva protección de este colectivo. Por ello, esta obra es interesante no sólo a nivel académico, sino que también resulta de gran utilidad para el legislador en las futuras políticas que traten esta cuestión. Finalmente, debemos de felicitar por el gran trabajo realizado por todos los autores que han participado en la elaboración de este libro, además de recomendar la lectura del mismo, ya que este asunto constituye uno de los pilares básicos que se debe de garantizar en la actualidad.

2 Perán Quesada, S. y Vila Tierno, F. (Dir. Gen.): *La protección de Seguridad Social ... op.cit.* Pág. 10.

3 Perán Quesada, S. y Vila Tierno, F. (Dir. Gen.): *La protección de Seguridad Social ... op.cit.* Pág. 869.