

Trabajo y Seguridad Social. CEF

Revista mensual núm. 454 | Enero 2021

ISSN: 1138-9532

De las macrocifras a la letra pequeña laboral y social de los PGE 2021

Cristóbal Molina Navarrete

¿Es el teletrabajo una forma de empleo verde?

Margarita Miñarro Yanini

Límites al despido por COVID

Paz Menéndez Sebastián e
Iván Antonio Rodríguez Cardo

Inteligencia emocional y bienestar laboral

Pablo González Rico,
Eloísa Guerrero Barona y
María José Chambel

TJUE: nuevos envites

Los 90 días determinantes del despido colectivo: *certus an, ¿certus quando?*
Yolanda Maneiro Vázquez

El abuso con las ETT

Ignacio González del Rey Rodríguez

CEF.-

Que nada te impida seguir formándote

+30 Másteres

+200 Cursos

ÁREAS

Asesoría de Empresas • Contabilidad y Finanzas • Dirección y Administración de Empresas • Jurídica • Laboral • Marketing y Ventas • Prevención, Calidad y Medioambiente • Recursos Humanos • Sanidad • Tributación

[Consulta nuestra oferta formativa completa en www.cef.es]



TELEPRESENCIAL | ONLINE

Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

Núm. 454 | Enero 2021

Directora editorial

M.^a Aránzazu de las Heras García. Doctora en Derecho

Consejo de redacción

- Director** **Cristóbal Molina Navarrete**. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Jaén
- Subdirector** **José Antonio Fernández Avilés**. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada
- Secretaria** **Margarita Miñarro Yanini**. Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Jaume I

Consejo asesor

- Carlos Alfonso Mellado**. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia
- Juan Pablo Borregón Baños**. Presidente de Aedipe y director de Recursos Humanos de SCI
- Laura Calafá**. Profesora titular de Derecho del Trabajo. Università di Verona (Italia)
- Faustino Cavas Martínez**. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia
- Eva Cifre Gallego**. Profesora titular de Psicología Social. Universidad Jaume I
- Manuel Fernández Ríos**. Catedrático de Psicología Social (Organización y Recursos Humanos). Universidad Autónoma de Madrid
- Jordi García Viña**. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Barcelona
- Ana Gómez Hernández**. Presidenta de la Asociación Nacional de Laboralistas
- Celia Gutiérrez Valero**. PhD, HR Director, Southern Europe & North Africa, de Westcon & Comstor
- Eugenio Lanzadera Arecibia**. Doctor en Derecho y Ciencia Política. Profesor de Derecho del Trabajo. Universidad a Distancia de Madrid
- Loïc Lerouge**. Director de investigación del Centro Nacional de Investigación Científica. Centro de Derecho Comparado del Trabajo y de la Seguridad Social. Université de Bordeaux (Francia)
- Gianni Loy**. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Università degli Studi di Cagliari (Italia)
- Nelson Manrrih**. Presidente da Academia Nacional de Direito do Trabalho (Brasil)
- Verónica Martínez Barbero**. Directora general de Trabajo. Ministerio de Trabajo y Economía Social
- Lourdes Mella Méndez**. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Santiago de Compostela
- Antonio Ortega Parra**. Consejero ejecutivo y director general de Personas, Medios y Tecnología de Bankia
- Roberto Pereira Costa**. Presidente de Economistas Asesores Laborales
- Vanesa Pérez Torres**. Ayudante doctora de Psicología del Trabajo y de las Organizaciones. Universidad Rey Juan Carlos
- José Ramos López**. Catedrático de Psicología del Trabajo y de las Organizaciones. Universidad de Valencia
- Alfredo Rodríguez Muñoz**. Profesor titular de Psicología Social, del Trabajo y Diferencial. Universidad Complutense de Madrid
- Raquel Sanz Valle**. Catedrática de Organización de Empresas y Finanzas. Universidad de Murcia
- Aránzazu Vicente Palacio**. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Jaume I

Evaluación externa

- Juan García Blasco**. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Zaragoza
- Juan López Gandía**. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Politécnica de Valencia
- Carolina Martínez Moreno**. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo
- Jesús Rafael Mercader Uguina**. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Carlos III
- Antonio Ojeda Avilés**. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla (jubilado)
- Sofía Olarte Encabo**. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada
- Margarita Isabel Ramos Quintana**. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de La Laguna
- Susana Rodríguez Escanciano**. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León
- Eduardo Rojo Torrecilla**. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Barcelona
- José Luis Tortuero Plaza**. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid

Coordinación y edición

Teresa Díez Meriel y Domingo J. Panea Hernando

Centro de Estudios Financieros

P.º Gral. Martínez Campos, 5, 28010 Madrid • Tel. 914 444 920 • editorial@cef.es

Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

Redacción, administración y suscripciones

P.º Gral. Martínez Campos, 5, 28010 MADRID
Tel. 914 444 920
Correo electrónico: info@cef.es

Suscripción anual (2021) (11 números) **165 €**

Solicitud de números sueltos (cada volumen)

Suscriptores/as **20 €**

No suscriptores/as **25 €**

En la página www.ceflegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm encontrará publicados todos los artículos de la *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF* desde el número 100. Podrá acceder libremente a los artículos que se correspondan con su periodo de suscripción. Los anteriores a la fecha de alta en el producto tendrán un coste de 7,5 € por artículo, con un descuento del 50 % para las personas suscritas.

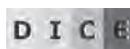
Edita

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

Imprime

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

Indexada en



Acuerdos de colaboración

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

© 2021 CENTRO DE ESTUDIOS FINANCIEROS

La editorial, a los efectos previstos en el artículo 32.1, párrafo segundo, del vigente TRLPI, se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).

Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

ISSN: 1138-9532
ISSN-e: 2531-212X

Sumario

Editorial

- Innovación tecnológica, organización del trabajo y sostenibilidad ambiental: ¿es el teletrabajo una forma de empleo verde? 5-16
Margarita Miñarro Yanini

Estudios

- Límites al despido por COVID: alcance y significado de la «prohibición de despedir» y la cláusula de salvaguarda 17-55
Limits to dismissal due to COVID-19: scope and meaning of the «prohibition of dismissal» and the safeguard clause
Paz Menéndez Sebastián e Iván Antonio Rodríguez Cardo
- La caducidad del procedimiento de revocación y reintegro de la prestación por desempleo: la especificidad de su impugnación 57-89
Limitation period of the procedure for revocation and reimbursement of unemployment benefit: the specificity of its judicial challenge
Brais C. Iglesias Osorio

Análisis de actualidad

- ¿Adiós a la austeridad, viva la «inversión» social? De las macrocifras a la letra pequeña laboral y social de los presupuestos generales del Estado para un tiempo pos-COVID-19 91-122
Goodbye to austerity, long live social «investment»? From large numbers to small print, labor and social, of the general state budgets for a post-COVID-19 time
Cristóbal Molina Navarrete
- Corrección de errores 123

Diálogos con la jurisprudencia

Monográfico: Jurisprudencia comunitaria, derecho del trabajo español y experiencia jurídica: nuevos envites

- Presentación. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, alerta continua: una jurisprudencia ambivalente y de «textura abierta» 125-135
Cristóbal Molina Navarrete
- Los 90 días determinantes del despido colectivo: *certus an*, ¿*certus quando*? Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de noviembre de 2020, asunto C-300/19 137-145

The 90 days determining collective redundancy: certus an, ¿certus quando? Commentary on the judgment of the ECJ 11 November 2020, case C-300/19

Yolanda Maneiro Vázquez

Trabajo fijo discontinuo y empresas de trabajo temporal. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de octubre de 2020, asunto C-681/18, y a la Sentencia del Tribunal Supremo 728/2020, de 30 de julio

146-153

Discontinuous fixed work and temporary agency work. Commentary on the judgment of the Court of Justice of the European Union of October 14, 2020 (case C-681/18), and the judgment of Spanish Supreme Court of Justice of July 30, 2020 (appeal on a point of Law 3898/2017)

Ignacio González del Rey Rodríguez

La indemnización por finalización del contrato predoctoral: fin del debate judicial. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 903/2020, de 13 de octubre

154-163

Compensation for termination of the predoctoral contract: end of the judicial debate. Commentary on the Supreme Court ruling 903/2020, of October 13

Josep Moreno Gené

Permisos por nacimiento y recelo comunitario de acumularlos en la mujer: ¿y si elige ser familia monoparental? Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de noviembre de 2020, asunto C-463/19

164-178

Permissions by children and community caution to accumulate them in women: what if you choose to be a monoparental family? Commentary on the judgment of the Court of Justice of the European Union of November 18, 2020, case C-463/19

Cristóbal Molina Navarrete

Caso práctico

Cuerpo de Gestión de la Administración de la Seguridad Social

179-206

Management of the Social Security Administration

Mónica Modamio Miguel

Recursos humanos

Inteligencia emocional y bienestar laboral: un estudio de mediación moderada

207-230

Emotional intelligence and well-being at work: a moderated mediation study

Pablo González Rico, Eloísa Guerrero Barona y María José Chambel

Normas de publicación

231-232

Las opiniones vertidas por los autores y las autoras son de su única y exclusiva responsabilidad. CENTRO DE ESTUDIOS FINANCIEROS, sin necesariamente identificarse con las mismas, no altera dichas opiniones y responde únicamente a la garantía de calidad exigible en artículos científicos.

La suscripción a la revista implica la recepción quincenal por correo electrónico de un **BOLETÍN** informativo sobre novedades legislativas, jurisprudenciales y convenios colectivos. Asimismo, el seguimiento diario de las novedades puede hacerse consultando la página <http://www.laboral-social.com>.

Innovación tecnológica, organización del trabajo y sostenibilidad ambiental: ¿es el teletrabajo una forma de empleo verde?

Margarita Miñarro Yanini

Secretaria

Estamos en guerra contra la naturaleza y hay que hacer las paces.

A. Guterres (secretario general de la ONU, 2020)

1. La [Agenda social mundial para el periodo 2015-2030](#) está determinada por los «[objetivos de desarrollo sostenible](#)» (ODS), entre los que destacan los relacionados, directa o indirectamente, con la «sostenibilidad ambiental» y la «sostenibilidad social» de la vida económica. La magnitud y ambición de estos objetivos requiere la implicación y el compromiso tanto de las instituciones públicas, en todos los planos –internacional, comunitario, nacional, autonómico y local–, como de las empresas y, en general, del conjunto de la sociedad. Esta misión, crucial en un tiempo en el que no solo está declarada una emergencia pandémica –COVID-19–, sino también climática, tiende a reconducirse, restrictivamente, a los planes de responsabilidad ambiental de las empresas, a fin de buscar la neutralidad de su actividad respecto de la contaminación, reduciendo su huella de carbono a cero o al menor porcentaje posible.

La pandemia y la crisis climática interactúan entre sí de manera dicotómica. Así, por una parte, al margen de la relación del origen de la pandemia con la invasión y degradación de hábitats naturales y biodiversidad, como se viene denunciando en los medios, el uso masivo de mascarillas y guantes desechables está teniendo un impacto contaminante muy negativo, dejando su rastro en el mar. Por otra, las medidas implantadas como respuesta

Las medidas implantadas como respuesta inmediata para combatir el SARS-CoV-2, consistentes en el cierre de la actividad económica y el confinamiento social, permitieron reducir temporalmente la contaminación, mejorando las expectativas de sostenibilidad ambiental y acelerando al tiempo la transformación digital de la economía, la sociedad y el trabajo

inmediata para combatir el SARS-CoV-2, consistentes en el cierre de la actividad económica y el confinamiento social, permitieron reducir temporalmente la contaminación, mejorando las expectativas de sostenibilidad ambiental y acelerando al tiempo la transformación digital de la economía, la sociedad y el trabajo. En este sentido, una consecuencia de la emergencia sanitaria ha sido la «migración masiva» desde los centros de trabajo hacia el trabajo remoto y, en especial, al teletrabajo domiciliario. Podría pensarse, por ello, que el modelo de reindustrialización al que apunta la era digital es favorable en la lucha contra el cambio climático, y que el nuevo ecosistema económico-productivo-laboral propio de la era digital favorece la mejora de la salud del planeta.

A partir de esta estimación surgen dos cuestiones con evidente incidencia laboral. La primera es si existe una relación positiva entre digitalización y sostenibilidad ambiental, que pueda determinar expectativas más favorables de mejora climática. La segunda, si en particular el teletrabajo, como expresión de una forma de organización del trabajo basada en usos intensivos de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación y desarrollada fuera de los centros de trabajo, puede considerarse, por sí mismo, un «empleo verde».

2. Respecto de esta última cuestión, hace casi una década que se viene considerando, con base en datos concretos –cifras que cuantifican la reducción de contaminación por la menor emisión de CO2 debido al descenso de la movilidad–, la relación positiva entre el teletrabajo y la mejora del desarrollo sostenible y eficiencia ambiental –«Libro blanco del teletrabajo en España», 2012–. Asimismo, se afirma que mejora la productividad –beneficio para las empresas– y el bienestar de las personas trabajadoras –mayor autodeterminación del tiempo de trabajo–. Esta convicción parece estar presente en la mente legislativa, pues al señalar las razones por las que ha regulado de forma específica el trabajo a distancia en general, y el teletrabajo en particular, expresamente menciona su contribución positiva a la reducción del impacto ambiental de las empresas. Así lo señala la exposición de motivos del [Real Decreto-Ley 28/2020, de 22 de septiembre](#), de trabajo a distancia, al disponer que:

Hace casi una década que se viene considerando, con base en datos concretos –cifras que cuantifican la reducción de contaminación por la menor emisión de CO2 debido al descenso de la movilidad–, la relación positiva entre el teletrabajo y la mejora del desarrollo sostenible y eficiencia ambiental –«Libro blanco del teletrabajo en España», 2012–

Con esta norma se avanza en el cumplimiento [...] de las metas 8.4 y 11.6 de la Agenda 2030, relativas a la mejora progresiva de la producción y el consumo eficientes, procurando desvincular el crecimiento económico de la degradación del medio ambiente; y a la reducción del impacto ambiental negativo per cápita de ciudad.

Más concretamente, según exige la meta 8.4 ODS, se han de promover marcos normativos, políticas y prácticas para:

[...] mejorar progresivamente, de aquí a 2030, la producción y el consumo eficientes de los recursos mundiales y procurar desvincular el crecimiento económico de la degradación del medio ambiente, conforme al Marco decenal de Programas sobre modalidades de consumo y producción sostenibles, empezando por los países desarrollados.

A tenor de la meta 11.6, es preciso, «de aquí a 2030, reducir el impacto ambiental negativo per cápita de las ciudades, incluso prestando especial atención a la calidad del aire y la gestión de los desechos municipales y de otro tipo».

La inclusión de este fundamento socioambiental en la regulación del teletrabajo es una novedad respecto del preámbulo que acompañaba el [Anteproyecto de Ley del trabajo a distancia](#), que fue sometido a dictamen del Consejo Económico y Social de España, pues solo hacía referencia a la meta 8.5 ODS –pleno empleo productivo y trabajo decente para mujeres y hombres, con mención específica a personas jóvenes y con discapacidad, e igualdad de remuneración–. Consecuentemente, con la introducción de aquellas metas –8.4, 11.6–, la legislación ha reafirmado su compromiso con los ODS y la instrumentación de la regulación de instituciones típicamente sociolaborales y económico-empresariales, como es el trabajo a distancia en general, y especialmente el teletrabajo, como herramienta de lucha contra el cambio climático.

Con la introducción de las metas 8.4 y 11.6, la legislación ha reafirmado su compromiso con los ODS y la instrumentación de la regulación de instituciones típicamente sociolaborales y económico-empresariales, como es el trabajo a distancia en general, y especialmente el teletrabajo, como herramienta de lucha contra el cambio climático

No obstante, la norma finalmente aprobada ha prescindido del artículo 21 del [Anteproyecto de Ley del trabajo a distancia](#), relativo al «trabajo a distancia ocasional por causa de fuerza mayor empresarial». Este señalaba que:

En el caso de que concurra fuerza mayor que interrumpa o impida temporalmente la actividad, incluidas razones de protección medioambiental, las empresas deberán adoptar formas de prestación de trabajo a distancia, siempre que resulte técnica y razonablemente posible, con carácter preferente a las medidas de suspensión y reducción de jornada previstas en el artículo 47.3 del Estatuto de los Trabajadores, previa comunicación a la representación legal de las personas trabajadoras.

En consecuencia, la protección ambiental en situaciones de emergencia climática, como situación de fuerza mayor causante de la interrupción de la actividad empresarial, se preveía

como causa imperativa, o al menos preferente –siempre que resultase una medida técnica y organizativamente posible–, de teletrabajo, al nivel de las circunstancias excepcionales familiares –art. 20, por razones de conciliación de la vida laboral y familiar, por accidente o enfermedad de familiar de hasta segundo grado, se reconocía a la persona trabajadora derecho a teletrabajar en un porcentaje de hasta el 60 % de la jornada–. Si bien esta última causa se mantiene, aunque reconducida hacia otras previsiones legislativas, la primera ha desaparecido del texto legislativo vigente, entre otras razones porque las organizaciones empresariales entendían que se trataba de una causa excesivamente abierta, indeterminada e imprecisa, que podía generar inseguridad jurídica.

En cualquier caso, la regulación del trabajo a distancia en general, y muy en particular del teletrabajo, mantiene su configuración como una de las modalidades organizativas del empleo y del trabajo que mejor pueden contribuir a los objetivos de la sostenibilidad ambiental. Consecuentemente, desde el punto de vista jurídico, sería adecuado que, bien en sede de negociación colectiva –su ámbito más propicio, dado que incorpora cláusulas de gestión medioambiental, aunque todavía marginalmente–, bien en vía judicial, puedan preverse soluciones de teletrabajo para la mejora de la sostenibilidad ambiental de la empresa y, por lo tanto, incluirse en los planes específicos a tal fin.

3. Sin embargo, evidenciada la convicción normativa sobre las bondades del teletrabajo al servicio de una economía y una sociedad más sostenible ambientalmente, y existiendo estudios e informes económico-ambientales que la avalan, debe examinarse si la evidencia científica lo confirma. En suma, ha de plantearse si teletrabajar es una forma de «empleo verde» y, en consecuencia, una buena noticia para la sostenibilidad ambiental de nuestro modo de vida y de producción cada vez más digitalizado.

Con carácter previo, es preciso plantearse qué es un «empleo verde», y si el adjetivo «verde» determina realmente una condición cierta y determinada. En este sentido, resulta

La regulación del trabajo a distancia en general, y muy en particular del teletrabajo, mantiene su configuración como una de las modalidades organizativas del empleo y del trabajo que mejor pueden contribuir a los objetivos de la sostenibilidad ambiental

Resulta de interés la Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de julio de 2015, sobre la Iniciativa de Empleo Verde: aprovechar el potencial de creación de empleo de la economía verde. En ella se evidencia que la transición hacia una economía dominada por empleos verdes debe entenderse de forma transversal, pues no incide solo en nuevos yacimientos de empleo ecológicamente sostenibles, sino en el conjunto de la economía y de la sociedad, en la medida en que se vuelvan neutrales respecto de las emisiones de carbono

de interés la [Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de julio de 2015, sobre la Iniciativa de Empleo Verde: aprovechar el potencial de creación de empleo de la economía verde –2014/2238\(INI\)–](#). En ella se evidencia, de un lado, que la transición hacia una economía dominada por empleos verdes debe entenderse de forma transversal, pues no incide solo en nuevos yacimientos de empleo ecológicamente sostenibles –etiquetado verde–, sino en el conjunto de la economía y de la sociedad, en la medida en que se vuelvan neutrales respecto de las emisiones de carbono. Así señala que:

[...] una transición hacia sociedades y economías sostenibles, con pautas de consumo y producción igualmente sostenibles, puede generar oportunidades de crear nuevos puestos de trabajo de calidad y transformar el empleo existente en empleo verde en prácticamente todos los sectores y a lo largo de toda la cadena de valor: desde la investigación hasta la producción, la distribución y el mantenimiento, y tanto en nuevos sectores verdes de tecnología punta, como las fuentes de energía renovables, como en industrias tradicionales (agricultura, turismo...).

De otro, incide en que, además de crear o mantener una gran cantidad de empleos, la inversión en una economía baja en carbono –basada en el uso solo de energías renovables– y en la eficiencia energética contribuye al mantenimiento de la competitividad industrial de Europa, reduciendo su dependencia energética. Esta cuestión es importante y, más allá de la dimensión laboral, se refleja en numerosos conflictos de esta naturaleza, algunos de ellos de especial actualidad. Es el caso de la pugna existente entre Extremadura y Cataluña por la alternativa al cierre de Nissan en Barcelona. Una adecuada apuesta estratégica por parte del Gobierno español en acuerdo con la Unión Europea –a través del Instituto de Innovación y Tecnología, en su apartado de Energía, EIT InnoEnergy– podría propiciar la unión entre los activos que dejará Nissan tras el cierre de sus plantas de Cataluña y el litio de Cáceres, clave para hacer [fábricas de baterías](#), las que necesitan los coches eléctricos, desplazando a los que funcionan con combustibles fósiles. En cualquier caso, la «solución» de abrir la mina de litio es rechazada por la ciudadanía cacereña, precisamente por el deterioro medioambiental que ello puede suponer, proponiendo como alternativa la [creación de una factoría de reciclaje de baterías](#). Se revela así lo complejo, pero también esencial, que resulta calcular adecuadamente todas las repercusiones que puede producir cualquier medida pretendidamente positiva desde el punto de vista medioambiental, pues estos «efectos colaterales» negativos de medidas teóricamente ecosostenibles aparecen con mucha frecuencia. En otros casos, mucho más reprobables por la argucia que implican, por desgracia, la etiqueta «verde» es utilizada por algunas empresas –generalmente con

Además de crear o mantener una gran cantidad de empleos, la inversión en una economía baja en carbono –basada en el uso solo de energías renovables– y en la eficiencia energética contribuye al mantenimiento de la competitividad industrial de Europa, reduciendo su dependencia energética

balances contables millonarios– como un mero producto de *marketing* enfocado a mejorar o lavar su imagen.

Por no abundar en esta cuestión, que será tratada con más detalle en próximos números de esta revista, pero conexas a ella, se ha de advertir que es un error la creencia ciertamente extendida de que los empleos verdes son cuestión de grandes empresas y de cuantiosas inversiones macroeconómicas, pues la realidad revela que ello no es así. Como recuerda desde hace años el Parlamento Europeo, con base en los datos del Eurobarómetro,

son las pymes las que crean más empleos verdes, por lo que favorecen el ahorro de energía, la reducción de residuos y un consumo menor de materias primas, lo que se convierte para estas en una notable ventaja económica, mejorando su competitividad y, por tanto, su continuidad, logrando así la sostenibilidad económica por efecto de la ambiental.

4. A la luz de estas reflexiones, puede considerarse que el teletrabajo podría ser una forma de empleo verde, si entendemos por tal aquella prestación de servicios socioeconómicamente útil que se realice a cambio de una retribución, sea por cuenta ajena o por cuenta propia, y que tenga un efecto neutro, o muy escaso, en carbono. No obstante, debe plantearse si, efectivamente, cumple la condición básica de ser un modo de organización del trabajo bajo en carbono.

Aunque, como se ha apuntado, *a priori* parece que el teletrabajo cumple dicha condición, nuevas investigaciones parecen cuestionarlo, al menos si se concibe de forma general y automática. De este modo, un reciente estudio de una consultoría británica especializada en ingeniería, aunque no niega que el teletrabajo puede contribuir al cuidado del medioambiente, lo matiza, al condicionarlo a la manera en la que este se desarrolle. Así, es muy posible que la persona teletrabajadora gaste más cantidad de energía –en muchos casos no renovable–, sea en invierno o verano, por la intensificación del consumo relativo de calefacción o de aire acondicionado, respectivamente, pues el consumo se torna en individual. En consecuencia, aunque se redujera la «huella de carbono» al disminuir la emisión de CO2 ocasionada por sus desplazamientos hasta/ desde el trabajo, el elevado consumo energético resultante de la suma de los individuales lleva a un balance negativo en términos «verdes».

Son las pymes las que crean más empleos verdes, por lo que favorecen el ahorro de energía, la reducción de residuos y un consumo menor de materias primas, lo que se convierte para estas en una notable ventaja económica, mejorando su competitividad y, por tanto, su continuidad, logrando así la sostenibilidad económica por efecto de la ambiental

El teletrabajo podría ser una forma de empleo verde, si entendemos por tal aquella prestación de servicios socioeconómicamente útil que se realice a cambio de una retribución, sea por cuenta ajena o por cuenta propia, y que tenga un efecto neutro, o muy escaso, en carbono

De este modo, el eventual balance ambiental positivo del teletrabajo no es un efecto derivado que se produzca de forma necesaria, puesto que no depende tanto de la forma de organización del trabajo como de sus condiciones de desarrollo. En consecuencia, tal efecto positivo dependerá del modo en el que este se realice efectivamente. Se aprecia en este punto nuevamente la interacción existente entre las «condiciones de vida» en el «ambiente externo» al trabajo y las «condiciones de trabajo» en el ámbito interno. En este sentido, para que el teletrabajo pueda desarrollar en la práctica todo su potencial de mejora de la sostenibilidad ambiental debe complementarse con medidas de adecuación del domicilio, como lugar de trabajo, a los imperativos de eficiencia energética. Así, el teletrabajo puede ser una medida adecuada para luchar contra el cambio climático y la degradación medioambiental que producen los gases de efecto invernadero y el CO₂, corrigiendo parcialmente la huella de contaminación del actual modelo de vida industrial, pero para ello es imprescindible que vaya acompañado de cambios más amplios.

A tal efecto, entre otras medidas, debería fomentarse el consumo de energía 100 % renovable, unido a la aplicación de pautas de reducción de consumo energético, puesto que no hay gasto totalmente inocuo. Entre estas últimas, debería establecerse como pauta general el apagado de dispositivos fuera del tiempo de trabajo, propiciando con ello la desconexión digital, que tiene, de este modo, un efecto positivo amplificado, al incidir favorablemente no solo en la salud, la conciliación y la intimidad de la persona trabajadora, sino también en la eficiencia energética y la preservación del planeta. Por lo que respecta al consumo de energías renovables para hacer del teletrabajo una alternativa verde, es precisa la decidida apuesta pública por un sistema eléctrico 100 % renovable, pues España cuenta con un potencial en este ámbito **suficiente para abastecer 56 veces la demanda de energía eléctrica**. Este fomento de las energías renovables en aras de la eficiencia del teletrabajo desarrollado desde la organización del trabajo –pues ha de recordarse que los costes de esta actividad deben ser abonados por las empresas– incrementaría la demanda y consumo de estas energías, ampliando el poder de las personas consumidoras con las empresas suministradoras –que dejan de ser absolutas protagonistas–. Asimismo, se podrá incidir y presionar más a través de los modelos de regulación para garantizar el origen renovable de la energía –certificaciones–.

Debería fomentarse el consumo de energía 100 % renovable, unido a la aplicación de pautas de reducción de consumo energético como el apagado de dispositivos fuera del tiempo de trabajo, propiciando con ello la desconexión digital, que tiene, de este modo, un efecto positivo amplificado, al incidir favorablemente no solo en la salud, la conciliación y la intimidad de la persona trabajadora, sino también en la eficiencia energética y la preservación del planeta

El eventual balance ambiental positivo del teletrabajo no es un efecto derivado que se produzca de forma necesaria, puesto que no depende tanto de la forma de organización del trabajo como de sus condiciones de desarrollo

5. Otra experiencia de empleo verde, conectada con esta exigencia de capacitación de las personas teletrabajadoras más allá de su actividad puramente profesional, que supone la interacción entre «lo externo» –faceta de ciudadanía– y lo «interno» –faceta laboral– a fin de hacer ecosostenible la actividad económica, es la gestión de residuos. Este sector creciente es un importante generador de empleo, retribuido y estable, para la población activa, por lo que se encuentra entre los «yacimientos de **empleos verdes**» más relevantes y con más expectativa de crecimiento.

No obstante, su futuro depende de un importante factor de colaboración ciudadana, a través de una tarea que es socioeconómicamente útil, gratuita mercantilmente, pero que puede incentivarse a través de la fiscalidad verde. Sobre la base de esta actividad ciudadana derivada de una mayor concienciación en torno a sus ventajas, el porcentaje de población que recicla experimentó un incremento de un 8 % en 2019 respecto del año anterior, **haciendo crecer, en paralelo, las cifras de personas trabajadoras, sea por cuenta propia o ajena, hasta las 10.143 personas directamente empleadas en este sector**, ascendiendo a más de 45.000 entre empleos directos e indirectos, lo que supone un aumento de casi el 20 % entre 2013 y 2017. El sistema de obligaciones e incentivos normativos trata de propiciar en mayor medida este incremento, como es el caso del **Real Decreto 646/2020, de 7 de julio**, por el que se regula la eliminación de residuos mediante depósito en vertedero.

La gestión de residuos como yacimiento de empleo verde, fruto de la cooperación entre la labor ciudadana y el trabajo mercantil socialmente sostenible, ha evidenciado una capacidad de generación de empleo mayor que la tasa general, que en ese mismo periodo fue de apenas el 10 %, según la EPA

De este modo, la gestión de residuos como yacimiento de empleo verde, fruto de la cooperación entre la labor ciudadana y el trabajo mercantil socialmente sostenible, ha evidenciado una capacidad de generación de empleo mayor que la tasa general, que en ese mismo periodo fue de apenas el 10 %, según la Encuesta de Población Activa (EPA). Asimismo, muestra una distribución equilibrada en todo el territorio español, contribuyendo a la lucha contra el desempleo –uno de sus principales problemas–, y con ello a la estabilización de la población, también en la llamada «España vaciada». En este sentido, precisamente **la digitalización se presenta como una nueva oportunidad para la España vaciada**, pues la crisis sanitaria de la COVID-19 y el consecuente desarrollo acelerado del teletrabajo están despertando un renovado interés por el retorno a la vida en los entornos rurales, que se revitalizan social y ocupacionalmente.

En consecuencia, en las políticas activas de mercado de teletrabajo intervendrán otros actores, como son las entidades locales –**art. 4 Ley de empleo**–, el Estado –a través de sus inversiones– y los interlocutores sociales –en el marco de acuerdos/concertación–. El teletrabajo, por lo tanto, aparece como un instrumento de promoción de un nuevo ecosistema híbrido entre lo rural –paradigma de sostenibilidad– y lo urbano –paradigma de modernidad–.

En este sentido, el teletrabajo favorece la «deslocalización» del desarrollo del trabajo, y con ello, nuevamente, la interacción entre los planos externo –ambiente, consumo...– e interno –laboral–. Así, permite trasladar el lugar de residencia a entornos no urbanos, o bien extender la permanencia en segundas residencias, lo que fomenta el redescubrimiento de productos «de proximidad» –huerta, artesanía, comercio local...– para el abastecimiento familiar, con lo que promueve la creación o mantenimiento de empleo sostenible. Ha de puntualizarse, desde el prisma opuesto, que evidentemente la posibilidad que brinda el teletrabajo de habitar fuera de grandes ciudades, en entornos menos poblados y también en los que el precio de la vivienda es más económico, en ningún caso podría [justificar una rebaja salarial, como parece apuntar la web de empleo americana Glassdoor](#).

Podría plantearse, con base en todo ello, si el teletrabajo –no considerado reductivamente como mera fórmula de trabajo, sino valorando todo su impacto potencial en la organización social– puede ser revulsivo de una gran revolución socioindustrial en la que la gran ciudad deje de ser el centro neurálgico, cobrando mayor peso otros entornos más saludables. Con todo, esta hipótesis, aun siendo razonable, presentada en términos de cambio de modelos sociales, despierta cierto escepticismo –al menos respecto de España– dada la dificultad de alterar modelos vitales arraigados.

6. Estas mismas cautelas deben mostrarse respecto de los efectos positivos de la digitalización de la economía, la sociedad y el trabajo en el equilibrio medioambiental. Precisando algo más la definición dada en las anteriores páginas de «empleo verde», puede considerarse que este es en el que concurren al menos dos de los tres rasgos que integran el nuevo modelo productivo, a saber:

- Ha de ser sostenible: la sostenibilidad debe poder predicarse desde la esfera ecológica, pero también de la social, lo que significa que ha de ser un empleo que respete el estándar del trabajo decente –objetivo 8 ODS–. Ello supone que ha de ser «de calidad», lo que implica una cierta seguridad en el empleo, sin perjuicio de su capacidad innovadora, polivalente y de cambios, a través de la correspondiente capacitación-promoción.
- Ha de ser inclusivo: si la ecología es global, los empleos verdes deben ofrecer una oportunidad real de acceso y mantenimiento en el mercado de trabajo a todas las

En las políticas activas de mercado de teletrabajo intervendrán otros actores, como son las entidades locales –art. 4 Ley de empleo–, el Estado –a través de sus inversiones– y los interlocutores sociales –en el marco de acuerdos/concertación–

La sostenibilidad debe poder predicarse desde la esfera ecológica, pero también de la social, lo que significa que ha de ser un empleo que respete el estándar del trabajo decente –objetivo 8 ODS–

personas, de modo que se reduzcan las dualidades y fragmentaciones actuales. En este sentido, como ya se ha apuntado, el empleo verde puede y debe ofrecer soluciones óptimas a la «España vaciada». Algunas ya se están aplicando, como es el caso de los cada vez más numerosos proyectos de transformación de la biomasa en fuente de energía renovable, que buscan conciliar el compromiso ambiental y el respeto al medio rural con el desarrollo de este y la creación de empleos en zonas rurales que han quedado despobladas. De este modo, estas empresas, estimuladas por los crecientes incentivos públicos, adoptan un modelo de negocio que es rentable y tiene escaso riesgo.

El apuntado carácter inclusivo ha de comprender, asimismo, a las personas migrantes, así como de los países del «tercer mundo». En este sentido, una economía circular debería evitar y prevenir movimientos de personas forzados precisamente por devenir inhabitables los lugares de origen debido a los efectos del cambio climático, tema que fue tratado en el [editorial del número 451 \(octubre 2020\) de esta revista](#). Asimismo, debe eliminar de inmediato la contradictoria, además de infame, práctica de promover una política de gestión de residuos eficiente en Europa y convertir otras zonas del mundo en [vertederos de la basura electrónica](#) procedente del primer mundo.

- Ha de ser digital: el empleo verde precisa de innovación tecnológica, por lo que ha de enlazarse con la transición digital. Así lo establece el [Acuerdo Marco sobre Digitalización, de 22 de junio de 2020](#), que insta a una gobernanza colectiva de estos procesos –también los de transición ecológica socialmente justa y sostenible–, según quedó expuesto en el [editorial de esta revista del número 452 \(noviembre 2020\)](#). Con todo, en este ámbito las relaciones son más ambiguas, por lo que es preciso crear un espacio de condiciones socioeconómicas y laborales adecuadas y justas, a fin de que no se abuse de la etiqueta «empleo verde» y esta se utilice de forma engañosa.

El empleo verde precisa de innovación tecnológica, por lo que ha de enlazarse con la transición digital. Así lo establece el Acuerdo Marco sobre Digitalización, de 22 de junio de 2020, que insta a una gobernanza colectiva de estos procesos –también los de transición ecológica socialmente justa y sostenible–

La necesidad de establecer estas imprescindibles cautelas puede ilustrarse con varios ejemplos. En primer lugar, con el que representa el trabajo en «plataformas digitales». Este, aunque se base en el trabajo de jóvenes que se desplazan en bicicleta, con la consiguiente reducción de emisiones de carbono, no puede considerarse «empleo verde», pues no resulta ni social ni humanamente sostenible al no garantizar unas condiciones de empleo decente. Por supuesto, mucho menos verde aún es –pues implica gasto energético y económico– cuando el reparto no se realiza en bicicleta sino mediante un vehículo de motor, aunque se trate de un coche eléctrico. La nueva regulación proyectada en nuestro país es

consciente de ello y busca cambiar esta situación, por más que **las empresas, aun condenadas por sentencias firmes, se resistan a introducir los cambios necesarios** para que este empleo digital sea socialmente sostenible.

En segundo término, necesariamente debe traerse a colación el debate más general entre los vértices luminoso y oscuro de la digitalización. Así, aunque algunos estudios ilustran con datos la eficiencia energética de este proceso de digitalización –v. gr., **consultora medioambiental Green Globe, «Guía práctica de sostenibilidad para pymes»**–, otros evidencian lo contrario. De este modo, aunque, por supuesto, **las empresas que gestionan los recursos fósiles son las que más destruyen el ecosistema**, diversos informes alertan sobre el pernicioso impacto ambiental de la **contaminación tecnológica**. En consecuencia, desde esta perspectiva, la transformación digital no sería inocua para el planeta. A ello hay que añadir que la lucha por las materias primas necesarias para su desarrollo es fuente de conflictos sociales, e incluso bélicos, en los países productores –como es el caso del coltán–. En suma, si bien es cierto que **unas empresas tecnológicas están trabajando por esa transición verde**, simultáneamente, **otras** aparecen entre **las más contaminantes del planeta**. Por tanto, debe requerirse un control mucho mayor de su actividad, no solo a efectos de su fiscalidad, sino también de su responsabilidad social y laboral.

Si bien es cierto que unas empresas tecnológicas están trabajando por esa transición verde, simultáneamente, otras aparecen entre las más contaminantes del planeta. Por tanto, debe requerirse un control mucho mayor de su actividad, no solo a efectos de su fiscalidad, sino también de su responsabilidad social y laboral

Enlazando con esta idea, en tercer lugar, afortunadamente puede hallarse un amplio abanico de experiencias en las que la tecnología se pone al servicio de una economía verde, con empleos sostenibles y de calidad, incluso en sectores primarios en los que la exigencia de sostenibilidad es aún más apremiante, ante la amenaza cierta del cambio climático. En este sentido, buen ejemplo de ello son los proyectos de transformación verde de la agricultura. Así, de la colaboración entre la comunidad científica –Universidad de Huelva– y el tejido económico-empresarial, como promueve la **Resolución del Parlamento Europeo de 2015** citada, surge el **proyecto TecnOlivo**, que se presenta como solución de gestión integral para el olivar. En síntesis, se trata de un proyecto de control digitalizado del proceso de cultivo que busca hacerlo más sostenible, con menos consumo de recursos –en especial de agua– y, por lo tanto, más eficiente y productivo, de modo que proporcione más y mejores empleos en zonas más necesitadas, contribuyendo así a la fijación de la población, con sus ventajas ambientales.

7. Con sus luces y sus sombras, el nuevo marco regulador del teletrabajo se presenta en el horizonte como un instrumento adecuado para contribuir a los **ODS**, aunque para ser realmente efectivo precisa del desarrollo de políticas que lo adecúen y le confieran utilidad práctica –desde las convencionales a las institucionales que promocionen su utilización–. Así, en

la actual situación en la que urge la adopción de medidas que contribuyan a la transición a la neutralidad de carbono, desde el ámbito económico-laboral, el teletrabajo puede desempeñar un papel importante, siempre y cuando se establezcan las condiciones necesarias para maximizar sus potencialidades en términos de mejora de la eficiencia ambiental y se trabaje para reducir a la mínima expresión o hacer desaparecer sus impactos negativos. En este sentido, como ha reclamado Inger Andersen, directora ejecutiva del Programa

ONU de Medio Ambiente en la conmemoración del quinto aniversario del Acuerdo de París, los fondos europeos para la recuperación económica habrían de utilizarse para sembrar un mejor futuro –verde– para todas las personas, con un importante componente de beneficio solidario –personas, colectivos y generaciones–, que es lo opuesto a lo que parece haber sucedido hasta ahora. De este modo, como ha puesto de manifiesto el secretario general de la ONU, Antonio Guterres, «no es aceptable que las generaciones futuras reciban un montón de deuda y que se haya utilizado para destruir el planeta».

Los fondos europeos para la recuperación económica habrían de utilizarse para sembrar un mejor futuro –verde– para todas las personas, con un importante componente de beneficio solidario –personas, colectivos y generaciones–, que es lo opuesto a lo que parece haber sucedido hasta ahora

Cómo citar: Miñarro Yanini, Margarita. (2021). Innovación tecnológica, organización del trabajo y sostenibilidad ambiental: ¿es el teletrabajo una forma de empleo verde? *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 454, 5-16.



Límites al despido por COVID: alcance y significado de la «prohibición de despedir» y la cláusula de salvaguarda

Paz Menéndez Sebastián

*Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Oviedo*
pazms@uniovi.es | <https://orcid.org/0000-0001-6311-7773>

Iván Antonio Rodríguez Cardo

*Profesor titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Oviedo*
Experto nacional en la European Labour Law Network
rodriguezivan@uniovi.es | <https://orcid.org/0000-0003-0721-467X>

Extracto

La COVID-19 ha provocado una pandemia mundial que, además del impacto sanitario, ha menoscabado sustancialmente la situación social y económica. La repercusión en España no ha sido en modo alguno menor, como demuestra el recurso del Gobierno a un mecanismo previsto en la Constitución ante situaciones de emergencia, el estado de alarma, que confiere al Ejecutivo poderes extraordinarios dirigidos en este caso a evitar la propagación de la enfermedad. En uso de esas facultades se han introducido instrumentos para proteger el empleo en un contexto con riesgo real de destrucción de puestos de trabajo. Las dos principales medidas son la denominada «prohibición de despedir» por causa COVID y el compromiso de mantenimiento del empleo durante 6 meses tras un expediente de regulación de empleo COVID, cuya formulación legal resulta aparentemente clara, pero un análisis detenido pone de manifiesto que su contenido y alcance no se encuentran completamente perfilados y son susceptibles de provocar conflictos, no solo durante su vigencia efectiva, sino también tras su finalización. El presente estudio analiza en profundidad ambas restricciones a las facultades empresariales, ofrece pautas para determinar qué extinciones contractuales pueden resultar lícitas bajo la vigencia de esas reglas e identifica las consecuencias de su vulneración.

Palabras clave: COVID-19; ERTE; fuerza mayor; despido; cláusula de salvaguarda.

Fecha de entrada: 15-10-2020 / Fecha de aceptación: 22-10-2020

Cómo citar: Menéndez Sebastián, Paz y Rodríguez Cardo, Iván Antonio. (2021). Límites al despido por COVID: alcance y significado de la «prohibición de despedir» y la cláusula de salvaguarda. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 454, 17-55.



Limits to dismissal due to COVID-19: scope and meaning of the «prohibition of dismissal» and the safeguard clause

Paz Menéndez Sebastián

Iván Antonio Rodríguez Cardo

Abstract

The COVID-19 pandemic has had a great impact in Spain. With the purpose of slowing down the spread of the virus and taking control of the situation, the Government declared the state of alarm and imposed restrictions to people's movement and social contact (including temporary confinement of the population at home). Moreover, with the aim of reducing the economic and social impact of such extraordinary circumstances, protecting workers and allowing to resume working activities after the crisis, the Government approved a package of urgent legislation, including a large list of measures in the field of Labour Law and Social Security. One of the main concerns has been the prevention of the loss of jobs. Therefore, dismissals on grounds of COVID were not allowed and the employers that have obtain economic support from the state to overcome the situation through the suspension of contracts, the change in working conditions or the reduction of working hours cannot dismiss the workers for 6 months. This paper assesses these two limitations to the employer's ordinary powers, offers criteria to identify which contractual terminations are lawful and which are not under those rules and determines the consequences of their breach.

Keywords: COVID-19; temporary lay-offs; force majeure; dismissals; safeguard clause.

Citation: Menéndez Sebastián, Paz y Rodríguez Cardo, Iván Antonio. (2021). Limits to dismissal due to COVID-19: scope and meaning of the «prohibition of dismissal» and the safeguard clause. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 454, 17-55.



Sumario

1. A modo de introducción: un entramado normativo de emergencia para afrontar el impacto laboral de una pandemia sanitaria
2. La «prohibición de despedir» por causa COVID
 - 2.1. Marco normativo, naturaleza y rasgos característicos
 - 2.2. Consecuencias del incumplimiento
3. La cláusula de salvaguarda durante 6 meses tras un ERTE COVID
 - 3.1. Marco normativo, naturaleza y ámbito de aplicación
 - 3.2. Duración
 - 3.3. Las fronteras de la cláusula de salvaguarda: formas lícitas de extinción del contrato
 - 3.4. Consecuencias del incumplimiento
4. El despido objetivo y colectivo a la luz de las singularidades COVID
 - 4.1. Despido por causas objetivas
 - 4.2. Despido colectivo
5. Consideraciones finales: el incierto futuro ante un derecho de emergencia, la profundización de la crisis económica y la indefinición del alcance de la «causa COVID»

Nota: el presente trabajo se ha elaborado en el marco del contrato de investigación celebrado entre el Grupo de Derecho Social de la Universidad de Oviedo y el Excmo. Colegio de Graduados Sociales de Asturias, del que los dos autores son investigadores principales (IP) (Ref: FJO-20-300).



1. A modo de introducción: un entramado normativo de emergencia para afrontar el impacto laboral de una pandemia sanitaria

La comprensión del sentido y alcance de las restricciones al despido que se introdujeron ya en los albores del estado de alarma en marzo de 2020 requiere de una somera contextualización sacionormativa de lo que se ha ido sucediendo desde entonces. Desde una perspectiva económica y laboral, la declaración del estado de alarma supuso, en un primer momento, la suspensión de toda actividad comercial, cultural, de ocio o deportiva, así como de hostelería y restauración (salvo servicios a domicilio), y de la educativa presencial, con priorización del teletrabajo allí donde fuera posible (Real Decreto –RD– 463/2020, de 14 de marzo). Es más, el 29 de marzo (Real Decreto-Ley –RDL– 10/2020), el Gobierno decidió suspender todas las actividades presenciales de carácter no esencial hasta el 9 de abril (situación solventada, como se sabe, por un permiso retribuido obligatorio y recuperable). Superada esta primera fase, el estado de alarma, con mayores o menores limitaciones, fue extendiéndose hasta el 21 de junio, momento en el que se inició la denominada «nueva normalidad», que se acompañó no solo de medidas específicas de salud pública, sino también de la aprobación de un marco normativo novedoso orientado a facilitar la recuperación de las actividades empresariales a la par que a garantizar la conservación del empleo, pues los diversos avatares del estado de alarma habían repercutido gravemente en la viabilidad de la actividad empresarial.

En efecto, un alto porcentaje de empresas sufrieron una paralización total de su actividad, o como mínimo una reducción muy notable de su volumen de negocio, lo que podía desembocar en ajustes de plantilla vía extinciones. Desde el primer momento (RDL 8/2020), el Gobierno apostó por incentivar los llamados expedientes de regulación temporal de empleo (ERTE), que suponían, a la postre, sustituir las extinciones por medidas menos traumáticas, como la suspensión de la relación laboral o la reducción de jornada. Pero su implementación se llevó a cabo haciendo prevalecer la urgencia sobre la precisión técnica, por lo que el marco normativo resultante de aquella norma, y de sus sucesivas reformas de acomodación a los nuevos escenarios¹, no ha sido el resultado de madurar, reflexionar y sopesar ventajas e inconvenientes, sino un remedio para una situación de emergencia, y por ello no sorprende que su encaje con el resto del ordenamiento evidencie defectos de técnica legislativa, falta de coordinación y cierta inseguridad jurídica.

¹ En concreto, a través de los RRDDL 9, 15, 24 y 30/2020.

En un primer momento, el protagonismo absoluto lo asumieron los ERTE de fuerza mayor ex artículo 22 del RDL 8/2020, por el convencimiento de que el impacto del virus sería breve, con lo que bastaba con articular medidas que permitiesen superar una problemática coyuntural de muy escasa duración, estimada seguramente en 2 semanas (la extensión prevista inicialmente para el estado de alarma) o 1 mes a lo sumo. Esa norma calificó la pandemia como causa justificativa específica para esos ERTE COVID por fuerza mayor², y agilizó los trámites para facilitar las suspensiones y reducciones de jornada y con ello rebajar los costes empresariales, lo que se acompañó también de exoneraciones y reducciones en las cotizaciones de las personas trabajadoras incorporadas al expediente (a las que además se facilitaba el acceso a desempleo). El propósito consistía en que las empresas pudieran reanudar a pleno rendimiento la actividad, sin pérdida de puestos de trabajo, una vez concluido el estado de alarma, mediante un remedio provisional y acotado en el tiempo, pues la suspensión de actividades, exigida en algunos sectores por mandato expreso de la norma, era una medida con graves repercusiones sociales y económicas. Sin embargo, pronto se constató que la reanudación de la actividad en las condiciones previas al estado de alarma resultaría inviable a corto plazo, por razones sanitarias³.

Las empresas también podían fundar estas medidas de ajuste laboral en causas ETOP, pero en esta primera etapa (que se prolongó hasta el 26 de junio) la contribución estatal se limitó a la simplificación de los trámites para el acceso al ERTE (art. 24 RDL 8/2020)⁴. A diferencia de los ERTE por fuerza mayor, estos ERTE ETOP COVID no disfrutaron de las mismas

² La fuerza mayor tenía dudoso encaje en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores (ET), que no fue modificado. El RDL 8/2020 amplió el radio de acción de la fuerza mayor a la situación derivada del COVID, causa, por cierto, que no podían invocar en esos primeros albores del estado de alarma las empresas privadas de sectores esenciales (*v. gr.*, centros sociosanitarios), limitación suprimida tras el RDL 15/2020, de 21 de abril. Estos ERTE de fuerza mayor permitieron afrontar situaciones relacionadas con la COVID, tales como cierres de actividad por el confinamiento, falta de suministro grave por las restricciones del transporte (anteriormente causa económica, técnica, organizativa o de producción -ETOP-), contagios en las plantillas (que obligaron a guardar cuarentenas), imposibilidad de apertura de establecimientos por medidas de aislamiento impuestas por las autoridades, etc.

³ El retorno al trabajo debía producirse de manera gradual cuando las condiciones lo permitieran, decisión que se demoró prácticamente 2 meses, hasta el 13 de mayo de 2020. Los ERTE, por tanto, no finalizaban su vigencia, sino que se convertían en parciales, puesto que algunas personas trabajadoras se reincorporaron a sus puestos de trabajo, pero otras se mantuvieron con su contrato en suspenso (y aún pueden continuar en tal situación hasta el 31 de enero de 2021).

⁴ Con reglas que reducían los plazos generales de duración del periodo de consultas (7 días en lugar de los 15 o 30 ordinarios según el tamaño de la empresa) y que identificaban a la interlocución válida por parte de las personas trabajadoras en empresas que, por su pequeño tamaño (menos de 10 personas trabajadoras), no contasen con representación unitaria elegida en las pertinentes elecciones. También se incluyeron medidas específicas de protección para las personas trabajadoras afectadas. En teoría, los ERTE por causas ETOP no relacionadas por la COVID debían seguir los trámites ordinarios, sin particularidades derivadas de esta normativa de urgencia, ya se hubiese iniciado su tramitación antes o después del estado de alarma.

ventajas de cotización hasta el 27 de junio de 2020, tras la entrada en vigor del RDL 24/2020, si bien desde ese momento adquirieron innegable protagonismo y tuvieron acceso a idénticas ventajas de cotización (al menos hasta el 1 de octubre de 2020)⁵.

La conclusión del estado de alarma debería haber supuesto, o al menos esa era la pretensión inicial, el fin de esta legislación de emergencia y la aplicación sin matices del derecho del trabajo estructural. Sin embargo, esto no ha sido posible por el momento, pues la enfermedad está muy lejos de considerarse bajo control. De hecho, el plazo inicial de vigencia de esas medidas laborales excepcionales se ha ido prologando sucesivamente, primero hasta el 30 de septiembre y después hasta el 31 de enero de 2021 (RDL 30/2020, de 30 de septiembre)⁶. Parece evidente que estas normas han pretendido aliviar los efectos económicos de la pandemia sobre las empresas convirtiendo los ERTE en la piedra angular de toda la regulación, lo que supone, y es objetivo declarado, que las medidas de flexibilidad interna tienen prioridad sobre las extinciones de contratos. Ese propósito se traduce en dos reglas principales, sin perjuicio de alguna otra de gran interés⁷, de nada sencilla articulación. La primera, la que se ha dado en llamar «prohibición de despedir» (art. 2 RDL 9/2020, de 27 de marzo), que sustancialmente consiste en no considerar como razones justificativas de la extinción de contratos la fuerza mayor o las causas ETOP cuando fuesen producto de la situación generada por la COVID. A pesar de esa denominación –mediática–, esa limitación no conforma una verdadera prohibición de despido, sino más bien la

⁵ La diferencia inicial con los ERTE de fuerza mayor parece razonable, porque en un primer momento se estimaba que la práctica totalidad de los ERTE COVID se canalizarían por causa de fuerza mayor. Desde el 27 de junio (fecha de entrada en vigor del RDL 24/2020) hasta el 30 de septiembre, los ERTE por fuerza mayor cedieron protagonismo a los ERTE ETOP, porque el vencimiento del estado de alarma dificultaba la consideración de la COVID como causa de fuerza mayor *per se*, de modo que se optó por prorrogar los ERTE ya autorizados hasta el 30 de septiembre (luego hasta el 31 de enero de 2021), y posibilitar el acceso a nuevos ERTE de fuerza mayor solo por «rebrote» en caso de empresas que «vean impedido el desarrollo de su actividad por la adopción de nuevas restricciones o medidas de contención que así lo impongan en algunos centros de trabajo» (disp. adic. primera RDL 24/2020). La tramitación de estos nuevos ERTE de fuerza mayor se remitió a las reglas del artículo 47 del ET (no les resultaban de aplicación las reglas procedimentales especiales diseñadas durante el estado de alarma), aunque se mantuvo un sistema específico de exoneración de cuotas. En tal tesitura, los ERTE ETOP adquirieron una posición de preeminencia, que vino acompañada de algunas novedades normativas interesantes introducidas por el RDL 24/2020: se prorrogó el procedimiento simplificado del artículo 23 del RDL 8/2020 hasta el 30 de septiembre (y se extendería aún más allá posteriormente); se admitió la conversión/concatenación de ERTE de fuerza mayor a ETOP, con efectos desde la finalización del primero; y, lo que es más importante, se extendieron las exoneraciones de cotización previstas para los expedientes de fuerza mayor a los ETOP.

⁶ El régimen de exenciones/reducciones de cotización varía en función del sector de actividad a partir del 1 de octubre de 2020, ex disposición adicional primera del RDL 30/2020. Las nuevas exoneraciones para ERTE prorrogados o reconvertidos solo alcanzan a empresas pertenecientes a actividades especialmente castigadas por la pandemia, a las de su cadena de valor o a las dependientes de estas.

⁷ Como la dirigida a la protección de las personas trabajadoras temporales, pues la duración de esos contratos se interrumpe en tanto se encuentran suspendidos en virtud de un ERTE COVID (art. 5 RDL 9/2020, vigente hasta el 31 de enero de 2021 ex art. 6 RDL 30/2020).

desactivación de una causa legal de extinción, como instrumento para derivar la situación hacia medidas de flexibilidad interna (reducciones de jornada y suspensiones de contratos). Esta medida, en principio coyuntural y pretendidamente de muy corta duración (vinculada al estado de alarma), se extendió en el tiempo, perdurando en la llamada «nueva normalidad».

Por otro lado, la segunda de esas reglas se denomina legalmente «cláusula de salvaguarda» y se traduce en la obligación de las empresas que han intentado superar la crisis beneficiándose de un atractivo régimen de exoneraciones de cuotas a la Seguridad Social a través de ERTE de mantener el empleo durante al menos 6 meses tras la reanudación de la actividad. Esta cláusula de salvaguarda, a diferencia de la «prohibición de despedir», carece de alcance general, pues solo nace para empresas que hayan tramitado un ERTE COVID y que gracias al mismo hayan disfrutado de una reducción de las cotizaciones. De ahí que, en una primera etapa (hasta la entrada en vigor del RDL 24/2020, de 26 de junio), este compromiso de mantenimiento del empleo únicamente afectase a las empresas que habían tramitado un ERTE COVID por fuerza mayor, pero no un ERTE ETOP, que no llevó aparejado la exoneración de cuotas hasta la entrada en vigor del RDL 24/2020.

Tanto la prohibición de despedir como las cláusulas de salvaguarda siguen plenamente vigentes y operativas, pues la primera ha sido prorrogada hasta el 31 de enero de 2021 y la segunda pervivirá en tanto lo hagan los ERTE COVID. Sin dudar de su carácter bienintencionado, lo cierto es que su aplicación práctica despierta algunas incertidumbres, ya que las sucesivas reformas de sus normas reguladoras no han sido aprovechadas para acometer un oportuno proceso de depuración y perfeccionamiento técnico, y, por tanto, subsisten las dudas sobre su concreta configuración y alcance. Además, no es claro cómo se articulan esas medidas con las normas laborales de carácter estructural, y ni siquiera parece haberse valorado la viabilidad jurídica de mantener esas restricciones sin la cobertura del estado de alarma. Todo ello exige un análisis detenido de los rasgos configuradores de ambas medidas para clarificar su alcance y contenido, y, en particular, la repercusión sobre las facultades empresariales y los derechos que pueda invocar la persona trabajadora.

2. La «prohibición de despedir» por causa COVID

2.1. Marco normativo, naturaleza y rasgos característicos

De acuerdo con el artículo 2 del RDL 9/2020:

La fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción en las que se amparan las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada previstas en los artículos 22 y 23 del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido.

Es un precepto no suficientemente preciso, pues omite las consecuencias de su incumplimiento, y exige cierto esfuerzo interpretativo para perfilar sus contornos. La exposición de motivos del RDL 9/2020 ofrece alguna pista sobre la naturaleza y objetivos de esta regla, que se enmarcaba en el contexto del notable «estancamiento que está registrando nuestro mercado laboral, unido al importante volumen de ERTE presentados, desde la declaración del estado de alarma». Por consiguiente, tras 2 semanas de estado de alarma se disponía de los primeros indicadores sobre su repercusión en el entramado económico y empresarial, y los datos no eran halagüeños. Además, tampoco parecían serlo las perspectivas futuras, porque en ese momento ya se vislumbraba que la emergencia sanitaria no sería superada en esos 15 días iniciales, sino que se prolongaría en el tiempo, lo que incrementaba la incertidumbre. En suma, el Gobierno reconocía que las consecuencias económicas, organizativas y productivas derivadas de la COVID podían resultar muy intensas y justificaban ajustes laborales, pero de carácter temporal. De ahí, precisamente, que la regla del artículo 2 del RDL 9/2020 se bautizara como «prohibición de despedir»⁸; denominación simplista y quizá demasiado pretenciosa para la cobertura que ofrece, aunque desde una perspectiva política y periodística pueda resultar muy gráfica.

Es significativo que ya desde su propio nacimiento esta restricción desligara su vida útil de la duración del estado de alarma. El RDL 9/2020 se aprobó en ese contexto, y su vigencia se ceñía a la duración del estado de alarma y sus prórrogas, pero la disposición final tercera extendía los efectos de los dos preceptos hasta el 30 de junio de 2020. Por un lado, el artículo 5, relativo a la interrupción del cómputo de la duración máxima de los contratos temporales. Por otro, este artículo 2, que obstaculizaba la extinción de contratos por causas vinculadas a la COVID. La legislación anticipaba que las consecuencias de la pandemia podrían dilatarse en el tiempo, y con el propósito de proteger el empleo se articulaban medidas que se desvincularían de ese contexto de emergencia inmediata y subsistirían en tanto que la COVID continuara lastrando el mercado de trabajo.

Las sucesivas prórrogas de esta medida, que pervivirá como mínimo hasta el 31 de enero de 2021, demuestran confianza en su eficacia, máxime cuando cuenta con el respaldo de los agentes sociales y ha despertado escasa controversia en la práctica. Ahora bien, ante su llegada a término sin acuerdo para la extensión en septiembre de 2020 se suscitaban incertidumbres acerca del nuevo contexto que en apariencia se abría, aun cuando las empresas no habrían recuperado plenamente sus facultades empresariales⁹. Es claro que el artículo 2 del RDL 9/2020 tiene como propósito restringir los despidos por causa de la COVID para fomentar medidas menos traumáticas, y, en particular, suspensiones de contratos, reducciones de jornada o, eventualmente, modificaciones sustanciales de condiciones

⁸ Vid. https://cincodias.elpais.com/cincodias/2020/03/27/economia/1585300146_319220.html.

⁹ Esta limitación ha de ser conectada con el compromiso de mantenimiento del empleo durante 6 meses para las personas trabajadoras incluidas en ERTE COVID, así como también con la «prohibición de despedir», más novedosa, debido al ejercicio de los derechos relativos al trabajo a distancia (art. 5.2 RDL 28/2020).

de trabajo. Es una medida que formaría parte de lo que políticamente se ha llegado a calificar como «escudo social»; denominación con perfiles un tanto borrosos, pero que pone de manifiesto la intención de proteger a la parte más débil del contrato en un contexto tan particular como el surgido desde marzo de 2020.

No obstante, los efectos prácticos de esa limitación no llegan a la altura de su ambicioso sobrenombre, porque no se configura propiamente una prohibición de despedir. La lícita extinción del contrato durante la vigencia de esa regla, en el marco del estado de alarma o posteriormente, ha podido producirse, y sigue siendo posible, por causas muy diversas. Dos elementos resultan clave para determinar el alcance del precepto. El primero de ellos es que su operatividad se vincula a que la fuerza mayor o la causa ETOP en la que pretende fundarse el despido derive de la COVID. No hay otra opción interpretativa, pues el artículo 2 del RDL 9/2020 no se refiere a cualesquiera causas ETOP, ni a la fuerza mayor con un contenido clásico, sino que remite a las «medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada previstas en los artículos 22 y 23 del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo». Ese artículo 22 alude a la fuerza mayor que es «consecuencia del COVID-19» y el artículo 23 a las causas ETOP «relacionadas con el COVID-19».

El segundo de los aspectos potencialmente problemáticos es el alcance de esa limitación de facultades empresariales. Y, en este punto, la literalidad tampoco ofrece demasiadas dudas, pues en ningún momento se prohíbe, como tal, la extinción de contratos, sino que temporalmente –desde el 28 de marzo de 2020 al 31 de enero de 2021– se reduce el catálogo de justas causas para la extinción. La empresa que decida un despido por razones vinculadas a la COVID habrá de atenerse a las consecuencias que contempla el ordenamiento para los despidos sin causa lícita.

Bajo esas premisas, la extinción de un contrato de trabajo no supone *per se* un incumplimiento del artículo 2 del RDL 9/2020, que no impide extinciones contractuales por razones distintas a la pandemia. Un contrato de trabajo ha podido extinguirse bajo la vigencia de esa regla por multitud de causas lícitas, que nada hayan tenido que ver con la COVID. La dimisión, el despido disciplinario, la jubilación o la incapacidad permanente –de la persona titular de la empresa o de la persona trabajadora– son ejemplos evidentes, al no entrar en juego ni la fuerza mayor, ni causas ETOP, ni tampoco son circunstancias que en sentido estricto se vinculen o relacionen con la COVID. El catálogo de causas de extinción del contrato de trabajo es mucho más rico¹⁰.

Por supuesto, también pueden encontrarse zonas grises. A modo de ejemplo, las dificultades originadas por la COVID permiten adoptar otras decisiones diferentes al despido o a la extinción del contrato, como, por ejemplo, traslados o modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, y los artículos 40 y 41 del ET facultan a la persona trabajadora

¹⁰ *Vid.* Oficios de la Dirección General de Trabajo DGT-SGON-850CRA, de 11 de abril de 2020, y DGT-SGON-919CRA, de 29 de abril de 2020.

para extinguir el contrato con derecho a una indemnización. Esa extinción está relacionada, de forma mediata o inmediata, con la COVID, y la medida empresarial responde a una causa ETOP. No obstante, parece desmesurado calificar como ilícitas estas situaciones en tanto que la empresa respete los requisitos y límites previstos en esos preceptos. Es decir, si la empresa opta por el traslado o la modificación sustancial de condiciones de trabajo a causa de la COVID y la persona trabajadora se opone y prefiere extinguir su contrato y percibir la indemnización correspondiente, esta decisión no debería considerarse contraria al artículo 2 del RDL 9/2020. Debe tenerse en cuenta que ese precepto trata de obstaculizar las extinciones de contratos de trabajo decididas por la empresa, y en este caso es la propia persona trabajadora quien pone fin a la relación laboral¹¹.

Un especial cuidado en la valoración merecen otras causas de extinción contractual recogidas en el artículo 49 del ET por su alto potencial fraudulento, como el mutuo acuerdo y las causas consignadas válidamente en el contrato, así como el desistimiento empresarial, allí donde se admite, y en concreto durante el periodo de prueba (art. 14 ET) o en la relación laboral especial de personas empleadas de hogar (art. 11 RD 1620/2011). En algunos de esos supuestos, la empresa no ha de proporcionar explicaciones muy precisas sobre las razones que motivan su decisión, pero ello no es obstáculo para considerar incumplida la «prohibición de despedir» cuando la extinción esté relacionada con la COVID. La prueba puede resultar compleja para la persona trabajadora, aunque este es un supuesto en el que se justifica un cambio en la configuración tradicional de la distribución de la carga de la prueba, y en concreto una inversión, y no ya solamente por el hecho de que la empresa está en mejor posición para proporcionar las evidencias correspondientes, sino porque no cabe aplicar las causas de extinción del contrato del artículo 49 del ET ignorando el artículo 2 del RDL 9/2020. En el contexto de excepcionalidad en el que se aprobó esa norma, y en el que se desarrolla su vigencia, debe entenderse que la regla general es la continuidad de los contratos, mientras que la excepción es la extinción. Dicho de otro modo, no es desproporcionado derivar de esa «prohibición de despedir» una presunción de que las extinciones de contratos durante esta situación de emergencia COVID se deben al propio contexto. Las extinciones de contratos por otras razones son lícitas, pero, precisamente por el espíritu y finalidad de la norma, debería exigirse en todo caso a la empresa la prueba que demuestre que esas causas lícitas verdaderamente concurren. En un escenario tan provisional y característico como el que ha tenido lugar desde marzo de 2020, y con una regulación con

¹¹ Parece contrario al espíritu de esta regulación que la empresa pudiera sufrir una consecuencia negativa cuando actúa siguiendo las preferencias de la propia legislación. La «prohibición de despedir» pretende incentivar la adopción de medidas de ajuste menos traumáticas, como modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo. No es razonable que la empresa que actúa conforme a las pautas que proporciona la propia norma deba afrontar después la misma consecuencia aparejada al incumplimiento de esa «prohibición de despedir» que nunca pretendió vulnerar. Todo ello sin perjuicio de conductas abusivas, en las que el traslado o la modificación sustancial pretendan forzar a la persona trabajadora a decidir la extinción del contrato para eludir la limitación legal.

rasgos y propósitos tan evidentes, la decisión de extinguir contratos sin justificar la causa se antoja frontalmente contraria al espíritu de esas reglas. Evidentemente, ello no significa que la empresa no pueda, por ejemplo, desistir del contrato durante el periodo de prueba, pero habrá de demostrar que sus razones no están relacionadas con la COVID.

Más problemática se plantea la decisión de no prorrogar un contrato allí donde esa opción se admite, como sucede, por ejemplo, en los formativos y en el contrato eventual. Bien mirada, la limitación legal no ha de alcanzar a estos supuestos, porque la expiración del tiempo convenido no es contraria al artículo 2 del RDL 9/2020 (no se trata de fuerza mayor, ni causa ETOP), que proyecta sus efectos sobre la decisión de extinguir contratos. Resulta desmesurado deducir de ese precepto obligaciones de hacer o actuar para la empresa, como sucedería con la extensión de la vigencia del contrato. En definitiva, la decisión de no activar la prórroga del contrato que llega a su término no puede ser equiparada con una extinción *ante tempus*, incluso aunque esa decisión de no continuar con la relación laboral pueda estar relacionada con la COVID-19.

2.2. Consecuencias del incumplimiento

El artículo 2 del RDL 9/2020 no precisa las consecuencias de su eventual transgresión, de modo que deben aplicarse las reglas generales del ordenamiento laboral. Es decir, en ausencia de consecuencias específicas para este particular supuesto, la calificación de la decisión empresarial deberá ajustarse a las pautas ordinarias que ofrece el ET. La COVID no se encuentra en el catálogo de causas lícitas para la extinción del contrato (al menos temporalmente), y por ello, sea cual sea la modalidad extintiva elegida (despido objetivo, despido colectivo, despido por fuerza mayor o cualquier otra), la decisión de la empresa deviene ilícita ante la ausencia de justa causa, y la consecuencia es la calificación como despido improcedente.

Desde una perspectiva técnico-jurídica estricta, esa conclusión no habría de merecer dudas, pero el particular contexto de la pandemia, unido seguramente a la denominación un tanto grandilocuente de esta medida protectora, invita a interpretaciones demasiado generosas que ignoran el tenor literal para transformar la regla en una auténtica «prohibición de despedir». No sorprenden, por ello, ciertas resoluciones judiciales que apuestan por potenciar hasta su límite máximo esa restricción legal, convirtiéndola en un supuesto más de nulidad, o cuando menos de readmisión obligatoria¹². Esta clase de decisiones no son infrecuentes en los últimos años, y mucho menos en el orden social, donde las valoraciones asentadas en principios como la equidad o la justicia social parecen, hasta cierto punto,

¹² Vid. <https://elderecho.com/la-justicia-avala-la-prohibicion-despedir-estado-alarma-obliga-readmitir-una-empleada>.

naturales o propias de la materia. Pero desde la perspectiva de la aplicación del derecho suponen un exceso de la función jurisdiccional, porque la disconformidad con la norma o las preferencias por otro modelo u otro resultado no pueden derivar en la mera ignorancia de la ley y en la creación de un derecho diferente más ajustado a las convicciones del intérprete¹³. La jurisprudencia ha clarificado que las causas de nulidad del despido son aquellas previstas en las normas, y no el fraude de ley o el abuso de derecho¹⁴. La calificación del despido, así pues, no puede depender de una valoración ética o moral de la decisión empresarial, de cómo de reprochable se considere el incumplimiento.

Por supuesto, no es posible descartar la calificación de nulidad de los despidos producidos por causa COVID, siempre que concurren las condiciones pertinentes para ello, y, en particular, que se haya producido la lesión de un derecho fundamental. A modo de meros ejemplos, a la nulidad conducirán los despidos decididos por el ejercicio de derechos de conciliación vinculados al plan MeCuida (art. 6 RDL 8/2020). Y también el despido de una persona trabajadora tras un positivo por COVID, o por la sospecha de haber contraído la enfermedad o ser portadora del virus. El despido por enfermedad, en términos generales, debe ser calificado como improcedente, y puede resultar arduo equiparar las secuelas de la COVID a una discapacidad, en los términos de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹⁵; no obstante, el despido que obedece no a una enfermedad genérica, sino a una enfermedad concreta y, además, estigmatizante, conduce, sin duda, a la discriminación y, por tanto, merece la calificación de nulidad¹⁶.

¹³ La legislación podría haber incorporado una regla más protectora, y cabría tanto aplaudir esa opción, como efectuar una valoración crítica, cuestionando en su caso su adecuación a los estándares internacionales o al marco constitucional, pero no es posible simplemente eludirla o ignorarla. La transgresión de la «prohibición de despedir» por causa COVID debe calificarse como improcedente, sin que esa conclusión haya de variar porque la conducta empresarial se considere éticamente reprochable, o incluso porque se haya tratado de enmascarar la extinción contractual en una causa distinta para eludir la aplicación del artículo 2 del RDL 9/2020, o cualquier otra restricción o limitación.

¹⁴ *Vid.* Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 5 de mayo de 2015 (rec. 2659/2013).

¹⁵ *Vid.* Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (SSTJUE) Daouidi, de 1 de diciembre de 2016, asunto C-395/15, y HK Danmark, de 11 de abril de 2013, asunto C-335/11. Sobre la aplicación jurisprudencial de esta doctrina: SSTs de 22 de febrero de 2018 (rec. 160/2016), 22 de mayo de 2020 (rec. 2684/2017) y 15 de septiembre de 2020 (rec. 3387/2017).

¹⁶ Así sucede cuando el:

[...] factor enfermedad [es] tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato (Sentencia del Tribunal Constitucional –STC– 62/2008).

No admite ya discusión, en el contexto de la pandemia, que la COVID se ha convertido en una enfermedad estigmatizante, que genera alarma social y ha modificado como ninguna otra la vida ordinaria de la población y sus hábitos y usos sociales.

En un sentido análogo, el despido también habría de ser calificado como nulo cuando venga propiciado porque la persona trabajadora está en contacto con personas que sí padecen o han padecido COVID, principalmente familiares o convivientes. Este es un contexto propicio para que entre en juego la denominada «discriminación por asociación», que, como se sabe, fue aplicada en primer término para proteger a las personas trabajadoras que sufrían medidas laborales perjudiciales por su condición de familiar de una persona con discapacidad¹⁷.

Por supuesto, la calificación de nulidad del despido conllevaría la readmisión, amén del abono de los salarios de tramitación, pero también abriría la posibilidad de reclamar una indemnización adicional por vulneración de un derecho fundamental, cuyo importe fijará el juez o la jueza atendiendo a varios factores, como el daño moral producido (art. 183 Ley reguladora de la jurisdicción social). Es muy relevante a estos y otros efectos la confidencialidad de los datos médicos y el respeto al derecho a la protección de datos personales.

Esta indemnización adicional no se extiende a los supuestos en los que el despido sea calificado como improcedente, donde, más allá de los salarios de tramitación cuando legalmente procedan, la indemnización, si se opta por la extinción del contrato, se limita al importe legalmente prefijado, sin que en ningún caso pueda incrementarse atendiendo al mayor o menor reproche moral que merezca el comportamiento de la empresa en opinión del juzgador, y sin que, desde luego, el artículo 10 del Convenio número 158 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) permita desplazar el precepto legal que configura esa indemnización con carácter tasado de la indemnización (art. 56 ET), pues, aun cuando algunas sentencias de instancia recientes apunten en esa dirección, tal conclusión es desmesurada y poco realista, máxime si se atiende al modo de proceder de la OIT –preocupada por configurar normas mínimas, y no máximas, como sería este caso– e incluso a la fecha de ese convenio (1982), momento en el que lo primordial era garantizar una indemnización ante la extinción ilícita del contrato, y no mejorar las legalmente reconocidas por estimarlas insuficientes.

En fin, el artículo 2 del RDL 2/2020 no contempla sanciones administrativas. El principio de tipicidad en este ámbito no permite aplicar por analogía los tipos de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social, que tampoco se ajustan bien a esta regla en particular. Podrían generarse responsabilidades administrativas por otros incumplimientos, como la ya aducida vulneración del derecho a la protección de datos personales –Reglamento (UE) 2016/679 y Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre–, pero no estrictamente por la transgresión de la «prohibición de despedir». La empresa tampoco habrá de reintegrar cantidad alguna en concepto de exoneración de cuotas, porque esta restricción, a diferencia de la «cláusula de salvaguarda», no está supeditada a recibir esa clase de ayuda económica.

¹⁷ Vid. STJUE Coleman, de 17 de julio de 2008, asunto C-303/06, y STC 71/2020, de 29 de junio.

3. La cláusula de salvaguarda durante 6 meses tras un ERTE COVID

3.1. Marco normativo, naturaleza y ámbito de aplicación

La solicitud de un ERTE conforme a las reglas especiales aprobadas durante el estado de alarma gozaba de ciertas ventajas, pues se flexibilizaban las causas, se reducían los plazos, se simplificaba el procedimiento y, sobre todo, se concedían ayudas económicas específicas en forma de reducción de cuotas de Seguridad Social. Por supuesto, esta configuración respondía a una situación excepcional, de urgencia económico-empresarial derivada de una emergencia sanitaria. El propósito consistía en dar cobertura a necesidades empresariales temporales para facilitar la reanudación de la actividad en un breve plazo y en las mismas condiciones en las que se desarrollaba antes del estado de alarma. Precisamente por ello, la legislación condicionó estas ventajas, y en particular la exoneración/minoración de cotizaciones, a que la empresa mantuviera el empleo durante 6 meses, asumiendo que en ese plazo podría recuperarse la productividad anterior y quedarían garantizados los puestos de trabajo. Se trataba, en definitiva, de superar una coyuntura problemática y no una crisis estructural. Con ese propósito, la disposición adicional sexta del RDL 8/2020, en su redacción inicial, y bajo la rúbrica «salvaguarda del empleo», disponía que «[l]as medidas extraordinarias en el ámbito laboral previstas en el presente real decreto-ley estarán sujetas al compromiso de la empresa de mantener el empleo durante el plazo de 6 meses desde la fecha de reanudación de la actividad»¹⁸.

Esta cláusula de salvaguarda no es, en su esencia, un instrumento tuitivo desconocido en el ordenamiento, ni profundamente novedoso. Desde luego, así podría considerarse si únicamente se atiende a que está vinculado a medidas de ajuste laboral, ya que en tal caso no se encuentran precedentes. Pero esa es una perspectiva de aproximación demasiado limitada, por los claros paralelismos con las medidas de fomento del empleo. En efecto, la contratación de personas trabajadoras no requiere de colaboración económica pública, pero si la empresa decide acudir a esas ayudas, debe asumir las contrapartidas o condiciones aparejadas a su disfrute, y que suponen, habitualmente, la obligación de mantener vivo el contrato durante un determinado plazo; obligación cuyo incumplimiento conlleva las responsabilidades pertinentes, comenzando por la devolución de las cantidades indebidamente percibidas o ahorradas, según los casos¹⁹.

¹⁸ Ese precepto fue modificado en profundidad por el RDL 18/2020; complementado por la disposición adicional decimocuarta del RDL 11/2020; y extendido en su vigencia por el RDL 24/2020. Es, por tanto, una garantía que se ha ido conformando progresivamente, a medida que se suscitaban lógicas incertidumbres sobre su aplicación.

¹⁹ La cláusula de salvaguarda nace tras una decisión empresarial previa. La propia elección de las palabras es significativa, pues «compromiso», en atención al diccionario de la RAE, remite a alguna clase de

En cuanto a su ámbito de aplicación, y a diferencia de la «prohibición de despedir», el compromiso de mantenimiento del empleo carece de eficacia o alcance general, y no se extiende a cualesquiera empresas y personas trabajadoras, sino que se vincula a un «ERTE COVID» que lleve aparejadas exoneraciones de cotización. Esa expresión remite a los ERTE regulados en los artículos 22 y 23 del RDL 8/2020, y no a cualesquiera otros. De ese modo, las empresas que con carácter previo al estado de alarma y al RDL 8/2020 estaban incursas en un ERTE conforme a las reglas ordinarias no están vinculadas por la cláusula de salvaguarda, aunque los efectos del ERTE se mantuvieran en el tiempo tras la decisión gubernamental de marzo de 2020. Y a la misma conclusión debe llegarse en relación con los ERTE posteriores que no respondan a la situación generada por la COVID y que, por tanto, no se hayan tramitado por esa vía del RDL 8/2020²⁰.

Además, la cláusula de salvaguarda no protege *per se* a todas las personas trabajadoras de la empresa, sino exclusivamente a aquellas que fueron incluidas en un ERTE COVID. Lo relevante, así pues, es el ámbito de aplicación del ERTE COVID, y no que la persona trabajadora preste servicios en uno u otro centro, o que la empresa forme parte de un grupo. En consonancia, las personas trabajadoras no incorporadas al ERTE COVID quedarían al margen de esta garantía y su contrato podría extinguirse por cualesquiera causas legalmente permitidas en la legislación ordinaria²¹.

acuerdo o convenio, a una «obligación contraída» o a una «palabra dada». No se produce una imposición, sino una especie de acuerdo de voluntades, que consiste en que la empresa solicita ayuda pública para superar la situación coyuntural negativa, el Estado la proporciona –a través de un ERTE «subvencionado»– y como contrapartida a ese auxilio requiere que los contratos de las personas trabajadoras afectadas subsistan al menos durante 6 meses. La cláusula de salvaguarda puede ser considerada como una medida de fomento del empleo, si bien no pone el acento en la contratación de personas trabajadoras desempleadas, sino en la conservación de puestos de trabajo. Las medidas de fomento del empleo pueden dirigirse a la conversión de contratos temporales en indefinidos, o de contratos a tiempo parcial en contratos a tiempo completo, de modo que la mejora del empleo o su conservación pueden ser legítimos propósitos de la política de empleo, sea con carácter más estructural, o bien más coyuntural, e incluso de emergencia.

²⁰ Es menester una precisión temporal, pues la cláusula de salvaguarda no se vincula únicamente a un ERTE COVID, sino también a que la empresa haya disfrutado de exoneración de cuotas a resultados de ese ERTE. En la versión inicial del RDL 8/2020, la exoneración de cuotas alcanzaba exclusivamente a los ERTE por fuerza mayor, y no a los derivados de causas ETOP. De este modo, entre el 27 de marzo (fecha de entrada en vigor del RDL 8/2020) y el 26 de junio, el compromiso de mantenimiento del empleo únicamente pudo afectar a los ERTE por fuerza mayor. A partir del 27 de junio, el RDL 24/2020 extendió esos beneficios de cotización a los ERTE ETOP, y con ello la cláusula de salvaguarda comenzaría a ser operativa también para ese tipo de ERTE.

²¹ Esa conclusión deriva, por un lado, de la propia configuración del compromiso de mantenimiento del empleo, pues la conexión entre la conservación del empleo y la exoneración de cotizaciones conduce lógicamente a amparar a las personas trabajadoras cuyas cuotas se han visto reducidas a consecuencia del ERTE. Y, por otro, del apartado 2 de la disposición adicional sexta del RDL 8/2020, a cuyo tenor «este compromiso se entenderá incumplido si se produce el despido o extinción de los contratos de cualquiera de las personas afectadas por dichos expedientes». Por consiguiente, la extinción de contratos de personas no «afectadas» por un ERTE COVID no supone un incumplimiento del compromiso.

Esta configuración normativa adquiere relevancia porque no está protegiendo el empleo, en abstracto, sino específicamente a la persona trabajadora incluida en un ERTE COVID. Es, por así decirlo, una «garantía nominativa»²², que se vulnera cuando la empresa decide extinguir el contrato de la persona trabajadora incluida en el ERTE, aun cuando contrate a una sustituta con condiciones laborales equivalentes o mejores. Desde la perspectiva de la empresa, el compromiso de mantenimiento del empleo no conlleva la obligación de conservar el mismo nivel de empleo durante 6 meses. Es decir, el respeto a esa cláusula de salvaguarda no depende de que el número de personas trabajadoras en plantilla sea el mismo o diferente, sino de que la extinción de contratos no afecte a quienes quedaron incluidas en un ERTE.

El hecho de que se trate de una «garantía nominativa» para las personas trabajadoras no significa que el mismo carácter pueda predicarse de la empresa, puesto que no es un compromiso inherente a la persona –física o jurídica– empleadora, sino que pone el acento en la persona trabajadora. De ahí que en supuestos de transmisión de empresa la empleadora que se subroga en el contrato de las personas trabajadoras afectadas deba cumplir el compromiso de mantenimiento del empleo. Por tanto, la sucesión de empresas no supone un incumplimiento de la cláusula de salvaguarda, que seguiría plenamente operativa en ese nuevo escenario.

Los grupos de empresas –a efectos laborales– pueden provocar alguna dificultad interpretativa, máxime cuando tenga lugar una prestación de servicios indiferenciada para varias empresas del grupo. Este particular supuesto de cesión podría suscitar dudas si la extinción del contrato es decidida por una empresa distinta a la que solicitó el ERTE COVID, pero el carácter de garantía nominativa de la cláusula de salvaguarda conduce a extender las eventuales consecuencias y responsabilidades a la empresa del grupo que tome dicha decisión. De lo contrario, la garantía legal podría ser eludida a través de acuerdos internos de grupo, privando de su efecto útil a la cláusula de salvaguarda y conduciendo a un resultado contrario a su espíritu.

Conviene, asimismo, tener presente la posibilidad de perfiles sectoriales en aplicación de estas reglas, pues, como determina el apartado 3 de la disposición adicional sexta del RDL 8/2020:

Este compromiso del mantenimiento del empleo se valorará en atención a las características específicas de los distintos sectores y la normativa laboral aplicable, teniendo en cuenta, en particular, las especificidades de aquellas empresas que presentan una alta variabilidad o estacionalidad del empleo.

²² Así lo entendió la Dirección General en su Oficio DGT-SGON-919CRA, de 29 de abril de 2020.

Sin embargo, esa opción únicamente se ha previsto para las empresas de los sectores de las artes escénicas, musicales y del cinematográfico y audiovisual (disp. adic. decimocuarta RDL 11/2020), y sin un adecuado grado de detalle. En efecto, la regla legal del RDL 8/2020 solamente advierte que el alcance del compromiso «se valorará» sin precisar el órgano administrativo competente para efectuar dicha valoración, ni tampoco cuáles son las posibles consecuencias. En tanto la legislación no proporcione pautas específicas, la litigiosidad parece inevitable, ya que no es posible anticipar si la potencial exención debe afectar a sectores completos –ni a qué sectores–, a zonas geográficas o a empresas específicas²³.

En fin, también se contempla una excepción a la aplicación de la cláusula de salvaguarda, pues el apartado 4 de la disposición adicional sexta del RDL 8/2020 desactiva el compromiso respecto de «aquellas empresas en las que concurra un riesgo de concurso de acreedores en los términos del artículo 5.2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal». Esa remisión legal debe entenderse producida al artículo 5.2 del texto refundido de la Ley concursal, aprobado por Real Decreto legislativo 1/2020, de 5 de mayo, en el que se precisa que «salvo prueba en contrario, se presumirá que el deudor ha conocido que se encuentra en estado de insolvencia cuando hubiera acaecido alguno de los hechos que pueden servir de fundamento a una solicitud de cualquier otro legitimado»²⁴. El precepto obliga a la persona empleadora («deberá») a solicitar la declaración de concurso en los 2 meses siguientes «a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer el estado de insolvencia actual». La falta de tal solicitud o los actos u omisiones dirigidos a eludir la cláusula de salvaguarda suponen un incumplimiento que generará las consecuencias y responsabilidades pertinentes (nótese que no hay obligación legal de presentar el concurso hasta el 14 de marzo de 2021, ex RDL 34/2020, de 17 de noviembre). En todo caso, se contempla únicamente la situación preconcursal, pues en el contexto del concurso el juez o la jueza no se ven constreñidos por la cláusula de salvaguarda, ni por la «prohibición de despedir», porque sus decisiones no responden propiamente a una causa COVID (presupuesto para la entrada en juego de la «prohibición de despedir»), ni tampoco cabe limitar su actuación

²³ Las decisiones corresponderán primero a la Administración, pero en último término los conflictos desembocarán en vía judicial, debiendo valorarse si la empresa está sometida a una «alta variabilidad o estacionalidad del empleo». No parece estrictamente necesario que la empresa pertenezca a un sector de «alta variabilidad o estacionalidad del empleo», sino que más bien debe ser la propia empresa la que cumpla ese requisito para quedar eximida del cumplimiento de la cláusula de salvaguarda, pero conviene insistir en que, en ausencia de mayor claridad legal, será necesario esperar a la pertinente aclaración judicial.

²⁴ Esta regla excluye la aplicación de la cláusula de salvaguarda –que no de la «prohibición de despedir»– en su integridad, y no se ha optado por una posición más matizada. Quizá habría sido más razonable admitir la compatibilidad con ese compromiso de despidos por causas ETOP, precisamente por la delicada situación empresarial, pero probablemente no se justifique su inaplicación en otros supuestos, como extinciones a instancias de la persona trabajadora ante incumplimientos graves y culpables de obligaciones empresariales. No es una cuestión de la calificación del despido, sino del reintegro de los beneficios obtenidos por la exoneración de cuotas. Seguramente, se ha estimado contraproducente incrementar las cargas para la empresa, por cuanto ello dificultaría la viabilidad de la misma, pero el resultado no es completamente satisfactorio.

por un compromiso que nace a partir de las exoneraciones de cuotas producto de un ERTE no decidido por el juez o la jueza. Todo ello sin olvidar que la propia lógica del concurso requiere conceder cierto margen de actuación al juez o la jueza para que tome las decisiones más razonables en orden a garantizar la viabilidad de la empresa, lo que podría resultar incompatible con esta clase de restricciones.

3.2. Duración

La disposición adicional sexta del RDL 8/2020 precisa que el compromiso de mantenimiento del empleo vincula a la empresa «durante el plazo de 6 meses desde la fecha de reanudación de la actividad». Una interpretación literal supone que la cláusula de salvaguarda no resulta operativa hasta que se produzca la reanudación de la actividad, de modo que la extinción de contratos no generaría consecuencias negativas hasta entonces, y en particular no obligaría a reintegrar cotizaciones. Esta interpretación es contraria al espíritu de la norma, y parece evidente que desde el mismo inicio de los efectos del ERTE y, en particular, de la exoneración de cuotas, comienza a desplegarse la protección y pueden generarse responsabilidades. La regla legal debe referirse a la extensión en el tiempo del compromiso de mantenimiento del empleo, que es operativo durante una eventual cesación temporal de la actividad –y la extinción de contratos en ese periodo supone un incumplimiento de la cláusula de salvaguarda–, pero también con posterioridad, y en concreto durante los 6 meses siguientes a la reanudación de la actividad. En otras palabras, esa reanudación no pone en marcha la cláusula de salvaguarda, que se encuentra activa desde el momento en el que la empresa se beneficia de la exoneración de cuotas, sino que en puridad inicia la cuenta atrás para su final, que se producirá en el plazo de 6 meses desde ese momento²⁵.

²⁵ El RDL 24/2020 extendió las exoneraciones de cotización a los ERTE ETOP y muchas empresas disfrutaron de beneficios de cotización desde su entrada en vigor. A tal efecto, deben distinguirse cuatro situaciones:

- Empresa que no se benefició previamente de ventajas de cotización y reanudó la actividad antes del 27 de junio, para la cual el plazo de 6 meses del compromiso del empleo se puso en marcha el 27 de junio.
- Empresa que no se benefició previamente de ventajas de cotización y reanudó la actividad después del 27 de junio, para la que el plazo de 6 meses del compromiso se inicia desde el reinicio de la actividad.
- Empresa que ya disfrutaba de un ERTE por fuerza mayor con ventajas de cotización, para la cual el plazo de 6 meses se reinició desde el 27 de junio; es decir, los tiempos previos en ERTE de fuerza mayor no reducen el plazo del compromiso de mantenimiento del empleo, aunque se hubiese reanudado parcialmente la actividad.
- Empresa que solicita el ERTE ETOP por vez primera después del 27 de junio, para la que el plazo de 6 meses del compromiso empieza a computar desde la reanudación de la actividad.

En esos términos, el inicio de ese plazo de 6 meses coincide con la «reanudación de la actividad», definida como «la reincorporación al trabajo efectivo de personas afectadas por el expediente, aun cuando esta sea parcial o solo afecte a parte de la plantilla». Por tanto, no se exige un retorno de la producción a pleno rendimiento, sino simplemente la puesta en marcha de la actividad tras el ERTE, aun cuando haya tenido lugar únicamente con un número reducido de personas trabajadoras tras una paralización total del proceso productivo. No obstante, esta «reanudación» requiere una interpretación acorde al contexto, y no se satisface simplemente con tareas de mantenimiento o preparación, sino que exige una puesta en marcha efectiva de la actividad²⁶.

Resulta evidente que la norma está concebida para ERTE de suspensión del contrato, porque tiene su origen en un contexto muy particular en el que muchas empresas se vieron abocadas a ERTE COVID por fuerza mayor de paralización absoluta de la actividad. No obstante, una vez superada la fase más crítica, muchas empresas han optado por ERTE ETOP de reducción de jornada o de modificación de las condiciones de trabajo, sin suspensión o paralización de la actividad; supuesto para el que no se ofrece una respuesta adecuada, al no producirse técnicamente una «reincorporación al trabajo». Es probable que «reanudación de la actividad» deba equivaler en estos supuestos al retorno a la situación precedente, esto es, a una vuelta al trabajo a tiempo completo o a las condiciones de trabajo previas²⁷.

En el otro extremo, la fecha de finalización, la regla legal es clara, pues la duración se extiende durante 6 meses desde el inicio del cómputo (de día de inicio al mismo día del sexto mes). Esta duración de 6 meses no se configura con carácter «nominativo», porque no es una garantía individual. Dicho de otro modo, la cláusula de salvaguarda no protege durante 6 meses a cada persona trabajadora que se reincorpora, sino que ofrece una cobertura de 6 meses a todas las personas trabajadoras afectadas por un ERTE COVID desde que se reanuda la actividad, aun cuando no todas ellas se reincorporen al mismo tiempo o incluso aunque alguna o algunas no lo hayan hecho. La cláusula de salvaguarda, por tanto, finaliza

²⁶ En el sector del comercio, por ejemplo, difícilmente podría considerarse como reanudación el retorno al trabajo del personal con el fin de acondicionar las instalaciones para la reapertura, porque en el comercio, y en otros sectores –como la restauración–, no cabe entender reanudada la actividad sin atención efectiva al público, sin que el proceso productivo/negocio se encuentre verdaderamente en funcionamiento. Se requiere un análisis caso por caso, pues el servicio a domicilio o la venta a través de internet ya implicarían reanudación, pese a que el volumen de ventas pueda haberse visto reducido sustancialmente. La Tesorería General de la Seguridad Social defiende esta interpretación, como muestra el Boletín Noticias RED 14/2020, en el que se afirma, en relación con el paso de fuerza mayor total a parcial, que la reanudación efectiva de la actividad no es equiparable a la «mera preparación de la misma» (<http://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/e500c3a4-a206-4d54-af78-50993abab0f3/BNR+14-2020.pdf?MOD=AJPERES&CVID=>).

²⁷ No es una opción plenamente satisfactoria, pues no cabe distinguir entre tareas preparatorias y puesta en marcha del proceso productivo, toda vez que la actividad ha continuado, por lo que el retorno a la situación precedente de cualquier persona trabajadora debería iniciar el cómputo de los 6 meses para el final de la cláusula de salvaguarda, lo que podría perjudicar significativamente la eficacia de esta garantía.

al mismo tiempo para todas las personas trabajadoras afectadas por el ERTE COVID, porque comienza en el mismo momento para todas ellas y su vigencia y operatividad no se supeditan a la duración del ERTE COVID, que podría seguir produciendo efectos o haber finalizado. A diferencia de la «prohibición de despedir» por causa COVID, cuya vigencia expirará en una fecha fija, el compromiso de mantenimiento del empleo llegará a término en un momento diferente para cada empresa, porque depende de cuándo se reanudó la actividad. Es más, esa cláusula de salvaguarda no ha nacido para las empresas que no han tramitado un ERTE COVID, y el plazo de 6 meses no empieza a computar en las empresas que están bajo los efectos de uno en tanto la actividad no se reanude.

Desde otra perspectiva, el RDL 30/2020, de 29 de septiembre, introdujo la posibilidad, hasta entonces no viable, de que una misma empresa deba respetar varias cláusulas de salvaguarda por beneficiarse, en momentos distintos, de exoneraciones vinculadas a ERTE COVID. La pandemia ha provocado consecuencias organizativas, productivas, económicas y laborales más intensas de lo que en un principio se estimó, de modo que las medidas iniciales, de claro carácter coyuntural, han debido extenderse ante la imposibilidad de muchas empresas de retornar al volumen de actividad precedente, lo que aboca a distintos escenarios.

Cuando una empresa tramite por vez primera un ERTE COVID tras el 30 de septiembre de 2020, la cláusula de salvaguarda nacerá en los términos ya indicados, sin peculiaridades. En cambio, las empresas que antes del 30 de septiembre debían respetar un compromiso de mantenimiento del empleo no podrán acceder sin más a nuevas ventajas desde ese momento, sino que deberán renovar dicho compromiso, aunque la situación es distinta en atención a si la cláusula de salvaguarda precedente continúa vigente o si ya ha concluido. En este último caso, es decir, cuando la empresa se beneficia de exoneraciones de cuotas tras el 30 de septiembre de 2020, pero ya no es operativo el compromiso anterior al haber transcurrido 6 meses desde la reanudación de la actividad, nace nuevamente la cláusula de salvaguarda conforme a las reglas generales, y el plazo de 6 meses comenzará tras la reanudación de la actividad en este segundo momento.

No obstante, el artículo 5 del RDL 30/2020 contempla también la concatenación de cláusulas de salvaguarda sucesivas sin solución de continuidad, pues es posible que el plazo de 6 meses del compromiso precedente aún no haya concluido cuando debería iniciarse el nuevo; situación en la que no se reinicia el plazo del compromiso anterior, sino que se apuesta por una sucesión ordenada de cláusulas de salvaguarda, de modo que el plazo de 6 meses derivado del compromiso asumido en virtud de las exoneraciones que contempla el RDL 30/2020 comienza cuando concluyan íntegramente los 6 meses del compromiso previo.

Esta regla, aparentemente clara, suscita alguna dificultad interpretativa si se conecta con el ya aludido carácter de «garantía nominativa» de la cláusula de salvaguarda, que protege a la concreta persona trabajadora incluida en el ERTE y no a la totalidad de la plantilla. Esta configuración de compromisos sucesivos del RDL 30/2020 parece asumir que las personas trabajadoras afectadas por el ERTE previo coinciden con las incluidas en las medidas de ajuste

posteriores a esa norma, lo que no siempre sucederá, porque la exoneración de cuotas previa al 30 de septiembre podría no mantenerse para algunas personas trabajadoras. En tal supuesto, la cláusula de salvaguarda se aplicará en los términos originales, pero esa limitación no se renovará ni será sustituida por otra. A la inversa, es posible que personas trabajadoras afectadas por medidas posteriores al 30 de septiembre no lo hubieran sido con anterioridad, de modo que nunca estuvieron protegidas por la cláusula de salvaguarda. Los beneficios de cotización que nacen a resultas del RDL 30/2020 conllevan para la empresa la obligación de respetar, por vez primera para esas personas trabajadoras, el compromiso de mantenimiento del empleo, si bien la norma no aclara cuándo empezaría a computar el plazo de 6 meses. Por supuesto, podría entenderse que resultan de aplicación las reglas generales de la disposición adicional sexta del RDL 8/2020, y con ello el inicio del plazo tendría lugar en el momento de reanudación de la actividad. Pero esa opción interpretativa es poco realista, pues en la mayoría de supuestos la actividad empresarial se reanudó meses antes del 30 de septiembre; presupuesto para que la cláusula de salvaguarda naciera para otras personas trabajadoras.

En ese contexto, parece razonable entender que estas personas trabajadoras de nueva incorporación a un ERTE COVID disfrutarán de la cláusula de salvaguarda durante los 6 meses siguientes al momento en el que la empresa se haya beneficiado –por ellas– de la exoneración de cotizaciones al amparo del RDL 30/2020. Se respetaría así el carácter de «garantía nominativa» de la cláusula de salvaguarda y, aunque se produciría una asimetría en su duración entre las distintas personas trabajadoras, la diferencia se justificaría por el ámbito de aplicación de cada concreto ERTE.

3.3. Las fronteras de la cláusula de salvaguarda: formas lícitas de extinción del contrato

La cláusula de salvaguarda pretende evitar cualquier extinción contractual, derive o no directamente de la COVID. Sin embargo, sus efectos no son absolutos, porque el catálogo de causas de extinción del artículo 49 del ET contempla circunstancias muy diversas que no siempre dependen de la voluntad de la persona empleadora. En este sentido, la cláusula de salvaguarda no es obstáculo para la extinción del contrato por razones conectadas a la persona trabajadora, como la jubilación, la dimisión/abandono, la muerte o la incapacidad permanente, ni tampoco protege de un despido disciplinario por un incumplimiento grave y culpable²⁸. Este compromiso de mantenimiento del empleo decae, asimismo, cuando el contrato de trabajo se extingue por su propia dinámica, sin necesidad de un acto empresarial en tal sentido, como sucede con la expiración del tiempo convenido o el fin de la obra o servicio en los contratos de duración determinada²⁹.

²⁸ En este sentido, *vid.* Oficio de la DGT-SGON-863CRA, de 7 de abril de 2020.

²⁹ No es obstáculo para tal conclusión la interrupción de la duración de esta clase de contratos (incluidos los formativos, de relevo e interinidad) cuando hayan sido suspendidos por un ERTE COVID (art. 5 RDL 9/2020),

La disposición adicional sexta del RDL 8/2020 resulta suficientemente ilustrativa al afirmar que:

No se considerará incumplido dicho compromiso cuando el contrato de trabajo se extinga por despido disciplinario declarado como procedente, dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de la persona trabajadora, ni por el fin del llamamiento de las personas con contrato fijo-discontinuo, cuando este no suponga un despido sino una interrupción del mismo [ni tampoco, en el específico caso de los contratos temporales] cuando el contrato se extinga por expiración del tiempo convenido o la realización de la obra o servicio que constituye su objeto o cuando no pueda realizarse de forma inmediata la actividad objeto de contratación.

Este precepto suscita dudas interpretativas de entidad, principalmente si el listado ofrecido por la norma constituye o no un *numerus clausus*. La respuesta ha de ser negativa, porque algunas de las causas de extinción de contratos no recogidas en el precepto deben resultar compatibles con la cláusula de salvaguarda, como sucede con la jubilación, la incapacidad permanente o la muerte del «empresario» individual. En el contexto de la cláusula de salvaguarda, la interpretación literal no puede llevar al absurdo de calificar el fallecimiento o la incapacidad permanente de la persona empleadora como un incumplimiento del compromiso de mantenimiento del empleo. La ruptura de un «compromiso», esa es la terminología legal, requiere un acto volitivo, una decisión consciente a tal efecto, y no un hecho ajeno por completo a la voluntad de quien es parte en el mismo, como la muerte, la incapacidad permanente u otra serie de situaciones que impidan continuar con la actividad, como, por ejemplo, pérdida de licencias o prohibiciones administrativas o judiciales.

Sin embargo, a partir de esa premisa podría entenderse que la jubilación de la persona empleadora individual que conlleve el cierre del negocio sí supone una vulneración de la cláusula de salvaguarda, porque el motivo de la extinción es una decisión de esta. De

de modo que la expiración del tiempo convenido no tiene lugar en la fecha inicialmente pactada, sino que su finalización se pospone teniendo en cuenta ese periodo de interrupción. La norma crea una suerte de paréntesis, de modo que los contratos de duración determinada no pueden llegar a término durante el periodo de suspensión, sino que «hibernan» en ese intervalo y se reanudan una vez que la persona trabajadora se reincorpora a la actividad. La vigencia de esta regla se ha extendido hasta el 31 de enero de 2021 (art. 6 RDL 30/2020), de modo que la expiración del tiempo convenido podría no producirse hasta la segunda mitad de 2021, según los casos. Esta interrupción no equivale a la cláusula de salvaguarda, y tampoco debe interpretarse en términos absolutos. Por ejemplo, los contratos de interinidad por sustitución finalizan cuando se reincorpora la persona sustituida. La interrupción del cómputo durante el ERTE COVID no puede implicar que dos personas trabajadoras ocupen el mismo puesto, ni puede posponer el reingreso de la persona trabajadora con derecho a la reserva de puesto de trabajo; *vid.* Oficio de la DGT-SGON-850CRA, de 11 de abril de 2020.

hecho, esa es la interpretación por la que se ha decantado la Administración, al considerar que la persona empleadora es consciente en el momento de solicitar el ERTE de que el compromiso no puede ser respetado, pues restan menos de 6 meses para la jubilación³⁰. Es una exégesis cuestionable, porque la persona empleadora no toma la decisión de extinguir contratos y ni siquiera en sentido estricto de concluir la actividad, sino únicamente de poner fin a su propia carrera profesional. La jubilación de la persona empleadora individual no conlleva *per se* la extinción de contratos, que dependerá de si el negocio continúa o no en funcionamiento regido por otras personas. La vulneración del compromiso de mantenimiento del empleo es, por definición, un acto antijurídico, porque la empresa decide extinguir un contrato incumpliendo una limitación legal. Pero la jubilación es un derecho de quien reúne los pertinentes requisitos de edad y cotización; derecho que no ha sido limitado normativamente, ni siquiera durante el estado de alarma. La cláusula de salvaguarda no debería prevalecer sobre el derecho de una persona trabajadora –porque quien se jubila lo hace no en condición de titular de la empresa o persona empleadora, sino de trabajadora autónoma– a poner fin a su carrera profesional, y más en unas condiciones muy especiales³¹.

Lógicamente, la cláusula de salvaguarda actúa en su máxima intensidad en relación con el despido, pues son esa clase de decisiones empresariales las que se consideran frontalmente contrarias a esta garantía. No obstante, las consecuencias difieren en atención a la concreta modalidad de despido y a su calificación, como pone de manifiesto la propia disposición adicional sexta del RDL 8/2020 al considerar compatible con esta restricción el «despido disciplinario declarado como procedente». Por supuesto, el cumplimiento del compromiso no puede depender de que la persona trabajadora impugne la decisión de la empresa y de que el órgano judicial se pronuncie expresamente, de modo que no es imprescindible que el despido sea «declarado como procedente». Dicho de otra forma, lo determinante no es en sí misma la intervención del juez o de la jueza, sino la calificación final de la extinción del contrato, lo que supone, por tanto, que la cláusula de salvaguarda se vulnera cuando la empresa reconoce la improcedencia del despido en cualquier momento (*v. gr.*, en el instante en el que se lo comunica a la persona trabajadora o con posterioridad, incluso en conciliación).

La improcedencia del despido disciplinario supone un incumplimiento del compromiso, pero no conviene olvidar que el artículo 55.2 del ET contempla la posibilidad de un nuevo

³⁰ *Vid.* Oficio de la DGT-SGON-919CRA, de 29 de abril de 2020.

³¹ La solicitud de un ERTE COVID constituía prácticamente la única opción en un primer momento. Un buen número de actividades fueron suspendidas durante el estado de alarma, de modo que esos negocios no podían operar por expreso mandato legal. Si en tal momento esa persona empleadora/trabajadora autónoma no cumplía los requisitos para solicitar la jubilación y la norma introdujo una «prohibición de despedir» por causa COVID, difícilmente puede apreciarse una conducta irregular o fraudulenta, ni un abuso de derecho, en la solicitud del ERTE, con la correspondiente exoneración de cotizaciones. Se trataba, por lo general, de la única opción tanto desde una perspectiva jurídica, como económica, y, por tanto, no se justifica una penalización por la posterior decisión de jubilarse, aun dentro del plazo legal del compromiso.

despido cuando en el primero no fueron respetadas las exigencias formales. Deben evitarse interpretaciones literales que conduzcan a resultados absurdos, de modo que, si este segundo despido disciplinario subsana las deficiencias, y es, por tanto, procedente, no puede estimarse vulnerada la cláusula de salvaguarda por el error en el primero.

Muchas más dudas plantea la improcedencia por motivos de fondo en supuestos de interpretación jurídica compleja, por ejemplo, en situaciones donde se acredite el incumplimiento de la persona trabajadora, pero en virtud del criterio de proporcionalidad los tribunales concluyan declarando la improcedencia. No resulta inhabitual que en vía judicial se constate el incumplimiento, pero que se estime que la sanción impuesta, el despido disciplinario, resulta excesiva, y que habría debido imponerse una sanción menos grave. La improcedencia no admite dudas, y de ello se deriva el incumplimiento del compromiso de mantenimiento del empleo y la consecuente responsabilidad derivada de la exoneración de cotizaciones. Desde luego, en estos supuestos fronterizos, de calificación jurídica muy dudosa y controvertida (*v. gr.*, ofensas verbales o físicas), la improcedencia del despido no debería conducir necesariamente a consecuencias tan gravosas para la empresa y se impone un análisis casuístico que tome en consideración el criterio de proporcionalidad, pues si opera para matizar la calificación del despido, debería también modular la responsabilidad de la empresa.

Por su parte, la nulidad genera las consecuencias legalmente previstas (readmisión, salarios de tramitación y eventual indemnización por vulneración de derechos fundamentales), pero la norma no aclara qué sucede con la cláusula de salvaguarda. En principio, parece que esa garantía –nominativa, como se dijo– debe entenderse incumplida, porque «se produce el despido o extinción» del contrato en los términos de la disposición adicional sexta del RDL 8/2020. Sin embargo, la readmisión conlleva el pago de los salarios de tramitación y el abono de las pertinentes cotizaciones, por lo que, aun cuando no parece razonable que la empresa pueda beneficiarse de exoneraciones por el periodo que transcurre entre el despido y la readmisión, lo cierto es que el erario no se ve perjudicado, porque debe producirse una regularización de las prestaciones por desempleo que eventualmente percibiera la persona trabajadora. Por decirlo de otro modo, los efectos de la readmisión neutralizan las consecuencias negativas de la extinción del contrato, y si no hay perjuicio para el erario (la eventual responsabilidad del Estado respecto de los salarios de tramitación por demoras en el proceso judicial se limita al despido improcedente)³², cabría cuestionar la pertinencia de responsabilidades adicionales, máxime cuando la nulidad supone técnicamente una retroacción de efectos contractuales. La extinción del contrato tuvo lugar fácticamente, pero no en un sentido estrictamente jurídico una vez que el vínculo se restablece.

No obstante, se generen o no esas responsabilidades, debe, asimismo, determinarse si esa retroacción de efectos también opera sobre la cláusula de salvaguarda. La propia dinámica del proceso judicial implicará de ordinario que en el momento de readmisión de la persona trabajadora hayan transcurrido 6 meses desde la reanudación de la actividad, y con ello el

³² *Vid.* artículo 56.5 del ET y RD 418/2014, de 6 de junio, por el que se modifica el procedimiento de tramitación de las reclamaciones al Estado por salarios de tramitación en juicios por despido.

compromiso ya no sería operativo. Por más que la declaración de nulidad del despido previo dificulte otra extinción del contrato próxima en el tiempo, que se podría presumir que deriva de la misma causa prohibida y que probablemente sería contraria a la garantía de indemnidad, podría parecer razonable retrotraer el plazo del compromiso de mantenimiento del empleo al momento del despido declarado nulo, de manera que la persona trabajadora que se reincorpora estaría amparada por la cláusula de salvaguarda durante el mismo tiempo que restaba entonces. Sin embargo, esta retroacción únicamente se justificaría en la hipótesis de que la cláusula de salvaguarda protegiera a cada persona trabajadora afectada por el ERTE durante 6 meses desde su reincorporación a la actividad. En su configuración actual, el plazo de 6 meses se inicia para todas las personas trabajadoras al mismo tiempo –la fecha de reanudación de la actividad de la empresa– y finaliza, por tanto, también de manera simultánea, por lo que carece de sentido la retroactividad indicada, que daría lugar a una asimetría en la duración del compromiso que no está prevista legalmente, y que solo parece admisible, como se dijo, ante la concatenación de compromisos sucesivos a resultados de varios ERTE.

En el terreno del despido, la extinción contractual fundada en causas ETOP es contraria a la cláusula de salvaguarda, que pretende, de forma prioritaria, impedir extinciones de contrato por fuerza mayor o causas ETOP –ya se trate de despido objetivo, ya de colectivo–, pues la ayuda económica en forma de exoneraciones de cuotas es el remedio que ha de permitir paliar temporalmente las dificultades empresariales. Esa contribución económica del erario exige a la empresa, por tanto, un mayor esfuerzo para resistir los efectos negativos de la pandemia, y ni siquiera parece que la aparición sobrevenida de causas ETOP –relacionadas o no con la COVID– permita eludir el compromiso de mantenimiento del empleo.

En cambio, el despido objetivo por cualesquiera otras causas del artículo 52 del ET (ineptitud, falta de adaptación de la persona trabajadora a modificaciones técnicas o ausencia de consignación presupuestaria) parece compatible con la cláusula de salvaguarda en tanto la causa efectivamente exista y se respeten los requisitos de forma. Pese a la literalidad del precepto, la cláusula de salvaguarda no debería suponer una protección desorbitada del empleo, y las medidas adoptadas a través de ERTE no han de desactivar legítimas facultades empresariales cuando no se cumplen las condiciones mínimas para el normal desarrollo de la prestación de servicios, como sucede nítidamente cuando se constata la ineptitud de la persona trabajadora, por ejemplo.

Menos dudas suscita, en principio, el desistimiento empresarial durante el periodo de prueba, que, a diferencia del desistimiento de la persona trabajadora, debe considerarse contrario a la cláusula de salvaguarda, porque no figura en el listado de la disposición adicional sexta del RDL 8/2020, aunque, en hipótesis, cabe contemplar excepciones a esa regla general³³. Por su parte, la extinción contractual por las causas consignadas

³³ El desistimiento podría obedecer a un incumplimiento grave y culpable de la persona trabajadora, y en tal caso no parece razonable exigir a la persona empleadora que acuda al procedimiento de despido disciplinario, que, incluso, en función de las circunstancias, podría resultar más perjudicial para la propia persona trabajadora, su reputación y sus expectativas de encontrar un empleo.

válidamente en el contrato debería ser compatible con la cláusula de salvaguarda, siempre que no constituya abuso de derecho.

La norma dirige sus esfuerzos a limitar las facultades extintivas de la empresa, pero la cláusula de salvaguarda debe activarse, asimismo, ante determinadas decisiones de la persona trabajadora, como sucede en supuestos de solicitud de extinción del contrato por incumplimientos graves y culpables de la empresa (art. 50 ET). Son situaciones equiparadas legalmente al despido improcedente a los efectos de la indemnización, y también han de serlo en relación con el compromiso de mantenimiento del empleo.

Al margen de ese supuesto, la aquiescencia de la persona trabajadora para poner fin a la relación laboral desactiva la cláusula de salvaguarda, al menos con carácter general, pues cabe plantear situaciones fronterizas. Por ejemplo, la extinción por mutuo acuerdo, potencialmente admisible, podría esconder verdaderamente una extinción contraria al espíritu de la cláusula de salvaguarda, y a estos efectos deben valorarse con cautela esta clase de acuerdos cuando vengán acompañados de indemnizaciones iguales o superiores al importe de la indemnización legal («bajas incentivadas»). Evidentemente, el fraude no se presume y ha de ser probado.

En fin, el compromiso de mantenimiento del empleo no se ve afectado si quien decide la extinción del contrato es la propia persona trabajadora en ejercicio de la facultad concedida legalmente tras una movilidad geográfica o una modificación sustancial de condiciones de trabajo (arts. 40 y 41 ET). Siempre que se respeten las exigencias de la norma y esos cambios sean legítimos no se produce una vulneración de la cláusula de salvaguarda, simplemente porque la decisión no la toma la empresa, ni el objetivo de la medida consiste en forzar la marcha de la persona trabajadora.

3.4. Consecuencias del incumplimiento

Las consecuencias del incumplimiento de la cláusula de salvaguarda coinciden parcialmente con las que genera la vulneración de la «prohibición de despedir» por causa COVID, pero también se aprecian significativas diferencias. En el plano de la calificación de la decisión empresarial, las similitudes resultan evidentes, pues este compromiso no se vincula a un derecho fundamental, ni conecta directamente con uno, por lo que la extinción contractual deberá calificarse como improcedente, salvo que concorra alguna circunstancia que motive la nulidad (*v. gr.*, discriminación). Como se advirtió en el contexto de la «prohibición de despedir», no cabe desplazar las reglas legales del ET, desde luego vigentes, por otras creadas *ad hoc* con la intención de penalizar a la empresa por una conducta que se entiende moralmente reprobable.

Por los paralelismos existentes, quizás pudiera extrapolarse a este contexto la doctrina jurisprudencial que ha dejado sin efecto un compromiso de empleo adquirido en el marco

de negociaciones sobre medidas de flexibilidad interna en la empresa. Con muchas cautelas, porque el supuesto es diferente y una norma de rango legal no puede ser desplazada sin argumentos de peso, conviene tener en cuenta que la jurisprudencia ha admitido la procedencia del despido, pese al compromiso citado, cuando se prueba un empeoramiento de la situación económica de la empresa³⁴, se demuestra la insuficiencia de las medidas adoptadas³⁵ o aparecen nuevas causas que justifican el despido, en particular circunstancias sobrevenidas que de forma grave imposibiliten el cumplimiento del compromiso³⁶. Por supuesto, no cabe postular la aplicación automática de dicha doctrina a este nuevo contexto, pero tampoco es posible descartar que esta particular manifestación del principio *rebus sic stantibus* pueda modular en algún caso la calificación de esta clase de despidos que afectan a personas trabajadoras protegidas por la cláusula de salvaguarda. Todo ello sin perjuicio, claro está, de que la procedencia del despido no eximiría de otras responsabilidades, como el reintegro de las cotizaciones correspondientes.

En efecto, la transgresión de la cláusula de salvaguarda no limita sus efectos a la calificación del despido, porque supone además un enriquecimiento injusto para la persona empleadora. La cláusula de salvaguarda es una contrapartida por el disfrute de exoneraciones de cuotas a la Seguridad Social y su cumplimiento da lugar a que la empresa abone cotizaciones inferiores a las ordinarias, a cambio, precisamente, de garantizar la conservación de puestos de trabajo. Es razonable, por tanto, que, si ese compromiso no es respetado, la persona empleadora haya de responder en ese ámbito de las cotizaciones. El apartado 5 de la disposición adicional sexta del RDL 8/2020 así lo contempla, al disponer que:

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

La regla legal puede dar lugar a disfunciones en su aplicación práctica, porque interpretada en su tenor literal da lugar a resultados en los que no se garantiza la adecuada proporcionalidad entre el incumplimiento y la consecuencia, que es única cualquiera que haya sido la conducta transgresora: el reintegro de todas las cotizaciones objeto de exoneración. Esa configuración se compadece mal con el carácter de garantía nominativa de la cláusula de salvaguarda, que no afecta a todas las personas trabajadoras de la empresa, sino únicamente a las incluidas en el ERTE. Es una protección para cada persona

³⁴ Vid. STS de 16 de abril de 2014 (rec. 57/2013).

³⁵ Vid. STS de 24 de septiembre de 2014 (rec. 271/2013).

³⁶ Vid. SSTs de 11 de diciembre de 2013 (rec. 84/2013), 19 de mayo de 2015 (rec. 286/2014) y 28 de abril de 2017 (rec. 214/2016).

trabajadora, y por ello la empresa deberá reintegrar únicamente las cuotas correspondientes a la persona trabajadora cuyo contrato se ha extinguido ilícitamente, pero no las del resto de personas trabajadoras protegidas por la cláusula de salvaguarda. De lo contrario, la protección de estas otras personas trabajadoras se vería cualitativamente desmejorada, pues desaparecería uno de los mayores obstáculos –económicos– para la empresa en orden a extinguir sus contratos, ya que, aun cuando esos despidos pudieran calificarse también como improcedentes, el coste total ya no se vería incrementado por esa otra partida vinculada a las cotizaciones a la Seguridad Social, que la empresa ya habría tenido que afrontar en todo caso.

Por consiguiente, el principio de proporcionalidad debería suponer, en primer lugar, una delimitación de la responsabilidad que tomara únicamente en cuenta a las personas trabajadoras afectadas por la decisión empresarial (aunque no lo ha entendido así la Dirección General de Trabajo, que ha apostado por la interpretación literal y por la devolución íntegra de lo ahorrado³⁷). Y, en segundo lugar, también debería repercutir sobre el alcance de esa responsabilidad, que ha de modularse en atención a la intensidad del incumplimiento.

En efecto, el precepto exige devolver la «totalidad» de las cotizaciones objeto de exoneración; consecuencia que no parece demasiado acorde con el espíritu de la propia regla, porque castiga más duramente los incumplimientos leves. Probablemente habría sido más razonable acompañar esta regulación de una infracción administrativa por vulneración de la cláusula de salvaguarda, pero desde una perspectiva de protección de la persona trabajadora, y de desincentivo de extinciones contractuales, es cuestionable la eficacia de una regla que penaliza más a quien más tiempo cumple el compromiso, y prácticamente no repercute negativamente en quien lo incumple completamente³⁸. Habría sido más razonable introducir una infracción administrativa cuya sanción dependiera del tiempo en el que el compromiso ha sido incumplido, y no a la inversa. De este modo, la vulneración del compromiso pasado 1 mes obligaría a abonar una cantidad equivalente a 5 meses de exoneraciones, mientras que su transgresión cuando resten escasos días para su finalización daría lugar a una penalización mucho más contenida, equivalente a las exoneraciones que se hubieran recibido por esos días.

³⁷ Vid. <https://graduadosocialmadrid.org/images/PDF/ITSS.pdf>.

³⁸ La persona empleadora que extingue el contrato de una persona trabajadora en los primeros momentos de vigencia de la cláusula de salvaguarda deberá afrontar una responsabilidad muy reducida, porque el importe de las cuotas exoneradas no resultará elevado. En cambio, quien extinga el contrato ilícitamente en los últimos momentos del plazo de 6 meses deberá hacer frente a una responsabilidad de mucha más envergadura, pese a que, comparativamente, su incumplimiento resulta menos significativo.

4. El despido objetivo y colectivo a la luz de las singularidades COVID

4.1. Despido por causas objetivas

Las limitaciones a la extinción de contratos introducidas por las normas de emergencia a resultas de la COVID tienen una vigencia temporal acotada y, por más que haya sido extendida –y no sean descartables nuevas prórrogas–, dejarán de producir efectos previsiblemente en algún momento de 2021, pues los incentivos económicos a ellas aparejados no pueden mantenerse indefinidamente. Es previsible que en ese momento muchas empresas no puedan continuar desarrollando la actividad en los mismos términos y se vean obligadas a despedir a personas trabajadoras. Estos despidos objetivos (individuales y colectivos) habrán de tramitarse conforme a la legislación ordinaria (ET y normas de desarrollo), que no ha sido concebida, como es natural, para atender debidamente las singularidades del extraordinario contexto COVID, y que tampoco ha sido adaptada, por lo que resulta imprescindible analizar su adecuación a una nueva realidad, rescatando los criterios jurisprudenciales más pertinentes³⁹.

En primer lugar, y como se sabe, el artículo 52 del ET permite el despido cuando concurren «causas objetivas», mencionando, en primer término, la ineptitud de la persona trabajadora conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa. Pues bien, aunque no se tiene certeza absoluta sobre las consecuencias a largo plazo de haber padecido COVID, sí parecen haberse constatado clínicamente casos de persistencia de afecciones respiratorias y de pérdida permanente del sentido del gusto o el olfato, circunstancias estas que pudieran ser determinantes en algunas actividades profesionales con exigencias específicas. A nuestro entender, resulta posible despedir a una persona trabajadora por ineptitud derivada de esa secuela permanente cuando no procede la extinción ex artículo 49.1 e) del ET⁴⁰, pues a este supuesto no alcanza la prohibición de despido COVID, cuyo esencial propósito es llevar al ERTE las dificultades empresariales que pudieran justificar un despido, inviable para solventar el caso descrito, ni tampoco la cláusula de salvaguarda, como ya se advirtió (epígrafe 3 c).

³⁹ En el ámbito del despido disciplinario pueden despertar evidente interés las decisiones derivadas de conductas individuales de la persona trabajadora que supongan riesgo de contagio o extensión del virus en el ámbito laboral, y más aún sanciones por comportamientos extralaborales que la empresa considere irresponsables, a pesar de que no repercuten propiamente en la prestación de servicios. No obstante, estos supuestos pueden encauzarse sin mayor dificultad por los canales sancionadores comunes y no se ven afectados por las prohibiciones y restricciones especiales introducidas en el contexto COVID.

⁴⁰ Nótese que no se trata de despedir por la enfermedad en sí misma, pues ya dijimos que este tipo de despido podrá considerarse nulo por el carácter estigmatizante que puede tener la patología, sino de fundamentar la decisión en las reducciones anatómicas o funcionales de carácter duradero que ha provocado y que disminuyen la capacidad laboral de la persona para ese puesto concreto.

La segunda causa legal de despido objetivo se refiere a la falta de adaptación de la persona trabajadora a las modificaciones técnicas operadas en el puesto de trabajo, cuando dichos cambios sean razonables. A nadie se le escapa que la COVID puede derivar en modificaciones técnicas del modelo productivo de diversa intensidad, incluida la integración o ampliación de formas telemáticas de prestación del servicio. Sin perjuicio del cumplimiento de las reglas legales, las modificaciones técnicas exigidas por la COVID podrían convertirse en causa válida del despido objetivo si la persona trabajadora no consigue adaptarse a ellas. Ahora bien, la procedencia de un despido por esta causa dependerá de las concretas circunstancias en las que se hayan llevado a efecto las variaciones técnicas (mientras persista la pandemia, claro está)⁴¹. Cuando los cambios técnicos se refieren a la incorporación de medios telemáticos y, en concreto, a la prestación de servicios a distancia, será determinante cuándo y cómo se ha adoptado la decisión. Si el trabajo a distancia deriva de un acuerdo entre la empresa y la persona trabajadora en el marco del RDL 28/2020, no será posible el despido por falta de adaptación, pues el artículo 5.2 de esta norma dispone que:

[...] las dificultades para el desarrollo adecuado de la actividad laboral a distancia que estén exclusivamente relacionadas con el cambio de una prestación presencial a otra que incluya trabajo a distancia no serán causas justificativas de la extinción de la relación laboral [...]⁴².

Pero este mecanismo de desactivación de la causa objetiva de despido ahora examinada no alcanza al resto de contextos de prestación telemática de los servicios. En efecto, si el empleo de medios telemáticos para el desarrollo ordinario de todo o parte de la actividad laboral es una decisión impuesta por la pandemia (y no pactada ex RDL 28/2020), la prohibición de despido específica del teletrabajo no entrará en juego⁴³. Por tanto, la falta de adaptación de la persona trabajadora a estos cambios tecnológicos podrá justificar la extinción del contrato por causa objetiva (mientras persista la pandemia, claro está)⁴⁴. Lo mismo cabe decir respecto

⁴¹ Con carácter general, el ET exige a la empresa que haya ofrecido a la persona trabajadora el curso formativo correspondiente, y que no se haya producido efectivamente la adaptación a los cambios en el plazo de 2 meses que prevé el precepto.

⁴² Es verdad que la ambigüedad de la fórmula legal puede derivar en una interpretación judicial diferente, pero *prima facie* puede adivinarse que el propósito de la legislación es evitar el despido de quien no ha conseguido adaptarse al cambio de la presencialidad al trabajo a distancia, ofreciendo en su caso la oportunidad de retornar a la forma original de prestación laboral. De hecho, el requerimiento para volver al trabajo presencial (lo que se denomina «ejercicio de la reversibilidad al trabajo presencial») tampoco puede justificar la decisión extintiva ex artículo 5.2 de la señalada norma.

⁴³ Así se deduce de la disposición transitoria tercera del RDL 28/2020 cuando advierte que al trabajo a distancia implantado excepcionalmente en aplicación del artículo 5 del RDL 8/2020 o como consecuencia de las medidas de contención sanitaria derivadas de la COVID-19, y mientras estas se mantengan, le seguirá resultando de aplicación la normativa laboral ordinaria, que como es lógico no contiene esta salvaguarda específica.

⁴⁴ Es cierto que la prohibición general de despedir inhabilita la causa ETOP-COVID para los despidos objetivos, pero, en este supuesto, la COVID no habrá sido la causa de despido –como se desarrollará

de los nuevos empleos, diseñados ya en términos de prestación telemática, para los que ninguna restricción en el despido habrá de funcionar cuando la persona trabajadora manifieste de forma sobrevenida su ineptitud para desarrollar la actividad en tales condiciones.

En tercer lugar, las causas ETOP pueden derivar en el despido objetivo de personas trabajadoras, siempre que el número de personas afectadas no exija acudir al despido colectivo, y teniendo en cuenta la prioridad de permanencia de la representación de las personas trabajadoras. Cuando la empresa tramitó un previo ERTE ETOP por causa COVID, esta causa de despido será el desenlace natural si aquella coyuntura de dificultad ha devenido estructural y permanente⁴⁵. Ahora bien, esta posibilidad de reconducción del ERTE al expediente de regulación de empleo (ERE) encuentra hoy en día dos obstáculos: de un lado, la posible cláusula de salvaguarda que proteja a la persona trabajadora integrada en su día en el ERTE durante 6 meses tras el reinicio de la actividad; de otro, que en el contexto del artículo 52 c) del ET rige con plenitud la «prohibición de despido» COVID. Así las cosas, hasta el 31 de enero de 2021, el despido objetivo por esta causa solo será viable por circunstancia ETOP ajena a la COVID, debiendo apostarse, como se desarrollará en el epígrafe final, por una interpretación estricta de causa COVID.

El último motivo que justifica el despido objetivo en la ordenación legal es el relativo a la insuficiencia de consignación presupuestaria, que afecta a los contratos indefinidos concertados por entidades sin ánimo de lucro para la ejecución de planes y programas públicos sin dotación económica estable y financiados por las Administraciones públicas mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales consecuencia de ingresos externos finalistas. Esta causa podrá invocarse para la extinción de contratos en la medida en que las restricciones presupuestarias producto de la situación económica se traduzcan

en el último epígrafe—, pues la pandemia habrá sido el detonante de la modificación sustancial de condiciones de trabajo impuesta por la empresa en su día a la persona trabajadora para variar el modo de prestación de servicios, pero, una vez modificadas las condiciones, el despido se deberá, única y exclusivamente, a la falta de adaptación de la persona trabajadora a esos cambios, no pudiendo, por ello, extenderse a estas situaciones la «prohibición de despedir» COVID.

⁴⁵ Las causas organizativas o de producción se valoran con respecto al ámbito –unidad productiva autónoma, departamento, sección, etc.– en el que es necesaria la amortización de un puesto de trabajo, y no respecto a la totalidad de la empresa (SSTS de 13 de febrero de 2002, rec. 1436/2001; 19 de marzo de 2002, rec. 1979/2001; 21 de julio de 2003, rec. 4454/2002; 29 de noviembre de 2010, rec. 3876/2009; 16 de mayo de 2011, rec. 2727/2010; 8 de julio de 2011, rec. 3159/2010; 25 de mayo de 2015, rec. 72/2014). De otro lado, en las empresas de servicios, la pérdida o disminución de encargos de actividad es por su origen una causa productiva, en cuanto que significa una reducción del volumen de producción contratada, y por su ámbito causa organizativa, en cuanto que afecta a los métodos de trabajo y a la distribución de la carga de trabajo entre las personas trabajadoras (por todas, SSTS de 8 de julio de 2011, rec. 3159/2010; 18 de diciembre de 2012, rec. 1117/2012; 26 de abril de 2013, rec. 2396/2012; 15 de marzo de 2013, rec. 2062/2012; 30 de junio de 2015, rec. 2769/2014; 25 de mayo de 2015, rec. 72/2014; 1 de febrero de 2017, rec. 1595/2015; 26 de septiembre de 2017, rec. 2030/2015).

en una menor inversión en el ámbito público, pero, lógicamente, para ello habrá que esperar a la evolución de la situación económica y a la afectación a las finanzas públicas⁴⁶.

4.2. Despido colectivo

La jurisprudencia ha sido determinante en la conformación de los rasgos característicos del despido colectivo y algunos de los criterios ya consolidados pueden resultar de suma utilidad en el contexto COVID, en tanto no se disponga de pronunciamientos específicos sobre las extinciones en la coyuntura de la crisis sanitaria⁴⁷. Es muy pertinente, por tanto, recordar las líneas maestras de la jurisprudencia reciente y conectarlas con el contexto COVID para constatar en qué medida esos criterios pueden ser extrapolados a esta nueva realidad.

Comenzando por la delimitación de las causas, la económica concurre cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación negativa, lo que se entiende acontece en casos tales como (no es una enumeración exhaustiva): pérdidas actuales o previstas (hechos futuros), o disminución persistente del nivel de ingresos ordinarios o ventas en tres trimestres consecutivos. La referencia a los trimestres –que deben ser consecutivos, aunque no necesariamente los tres últimos trimestres naturales– no supone la necesidad de su concurrencia para apreciar la causa que nos ocupa. Eso sí, se entenderá que la disminución de ingresos es persistente si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior, con lo que su prueba comporta ya de por sí la causa económica⁴⁸. Si se tiene en cuenta la situación económica de muchas empresas producto de la pandemia, es probable que desde noviembre de 2020 una parte de ellas pueda acreditar las pérdidas continuadas en el intervalo legal señalado⁴⁹. Ese es un contexto que se ha vuelto más complejo con las sucesivas prórrogas de la «prohibición de despedir», que conllevaría la ilicitud del despido

⁴⁶ Un último recuerdo, en este punto, al ya inexistente despido por absentismo (derogado primero por el RDL 4/2020 y después por la Ley 1/2020). Con su derogación, por lo que a este estudio interesa, se previenen despidos por inasistencia producto de obligaciones de conciliación (especialmente problemas de escolarización) en el marco del plan MeCuida (que, entre otros propósitos, pretende evitar sanciones, inclusive un despido disciplinario por faltas de asistencia al trabajo ante la necesidad de atender al cuidado de personas a su cargo).

⁴⁷ No resulta difícil vaticinar que una porción relevante de nuestro tejido empresarial se verá abocada a la tramitación de ERE como consecuencia del daño que la COVID-19 ha causado en la actividad productiva. De hecho, es muy probable que una parte importante de las empresas que se acogieron en su día a un ERTE ETOP hayan de transformarlo en un intervalo relativamente breve en un ERE por la agravación e insuperabilidad de las circunstancias.

⁴⁸ *Vid.* STS de 20 de octubre de 2015 (rec. 172/2014).

⁴⁹ Es cierto que el estado de alarma comenzó en marzo, pero el impacto económico de la COVID se produjo en otros lugares del mundo antes y el efecto que tuvo en algunos de esos países, como China, repercutió en todo el mundo.

colectivo aun cuando la empresa encadenara 9 meses con pérdidas⁵⁰. Sin embargo, la conexión directa de la situación económica con la pandemia, que daba sentido a la prohibición legal, se irá diluyendo y disipando a medida que la dificultad económica se cronifique, adquiriendo, sin duda, tras 9 meses de pérdidas suficiente sustantividad como para hacerla acreedora de la condición de causa específica de despido, desligada de la COVID, y, por tanto, la «prohibición de despedir», incluso aunque se extienda más allá del 31 de enero de 2021, no debería obstaculizar esos procesos de regulación de empleo.

Más compleja puede resultar la aplicación de este argumento a las pretensiones de despido en las que no se acredite esta cronificación. Es cierto que, antes de la pandemia, se había venido entendiendo que la empresa no tenía que esperar necesariamente a mantener las pérdidas durante 9 meses, sino que, si la realidad de la situación económica negativa se manifestaba de forma definitiva y contundente con anterioridad, podía tramitar el despido colectivo. No en vano, la fórmula legal referencia no solo las pérdidas actuales y pasadas, sino también las previstas⁵¹. En la coyuntura COVID esta doctrina puede colisionar con la «prohibición de despido», con lo que quizá solo pueda extrapolarse a los casos más evidentes de previsión firme de pérdidas⁵², aunque habría de respetar una eventual cláusula de salvaguarda.

Un criterio similar puede emplearse a propósito del resto de causas ETOP. En los casos en los que la empresa se vea obligada al abandono de parte del proceso productivo, o de líneas de producción, al cambio de métodos productivos o sufra de forma persistente faltas graves de suministro, cabe preguntarse si la «prohibición de despedir» impide que estas dificultades se solventen vía despidos colectivos⁵³. Si este tipo de decisiones organizativas o técnicas

⁵⁰ No es imprescindible que el despido contribuya a la superación de situaciones económicas negativas, sino que es suficiente con que pueda afectar a la viabilidad de la empresa o a su capacidad de mantener el volumen de empleo (STS de 12 de junio de 2012, rec. 3638/2011). Además, ante una situación económica negativa, se permite efectuar despidos escalonados (STS de 18 de mayo de 2017, rec. 71/2016).

⁵¹ La justificación de la causa económica no exige un saldo final desfavorable, siempre que la decisión extintiva sea razonable en atención a las circunstancias (STS de 12 de septiembre de 2017, rec. 2562/2015). La jurisprudencia entendía que, aunque este tipo de pérdidas no tenían existencia contable por no ser actuales, si se podía demostrar que eran sencillamente previsibles, podían justificar el despido colectivo, bastando la prueba de la necesidad de extinción de contratos para acomodar la plantilla a esa nueva situación (SSTS de 13 de octubre de 2016, rec. 56/2016, y 25 de enero de 2018, rec. 176/2017). Entre los hechos actuales de pérdida en la producción y la consecuencia prevista de la correspondiente disminución de ingresos ha de existir una relación lógica que lleve a la necesidad de recurrir a extinciones contractuales (SSTS de 13 de octubre de 2016, rec. 56/2016, y 25 de enero de 2018, rec. 176/2017).

⁵² *V. gr.*, la pérdida de un/una cliente importante, si ello obliga a reducir drásticamente la producción general de la empresa, pudiera entenderse como causa autónoma justificativa del despido, aunque en su origen dicha pérdida hubiera sido provocada por la pandemia.

⁵³ Por ejemplo, si ante la drástica disminución de la actividad presencial la empresa adopta procesos y procedimientos telemáticos, es probable que el personal de atención a la clientela (presencial) y cierto personal de mantenimiento de instalaciones quede sin actividad, de modo que las personas empleadas

resultan definitivas e irreversibles, no tiene sentido obligar a la empresa a transitar por un ERTE por el juego de la prohibición de despido (es más, legalmente sería discutible siquiera la opción de tramitar un ERTE para una situación que no es temporal), pues el aplazamiento de la decisión extintiva no exime de continuar costeadando otros gastos (alquileres, sistemas de seguridad, etc.) completamente superfluos en un contexto no productivo, y que lógicamente debería poder eludir si el propósito consiste en cerrar líneas concretas de producción. Dicho de otro modo, pudiera entenderse que la causa técnica, organizativa o de producción ha ganado cierta autonomía en este contexto de la pandemia, hasta el punto de desplazar la «prohibición de despido» COVID.

Sin perjuicio de que se imponga finalmente una interpretación jurisprudencial diferente a la aquí propuesta, resulta evidente que, una vez vencida la vigencia de la «prohibición de despedir», algunos criterios jurisprudenciales previos probablemente seguirán siendo de utilidad para los ERE que se tramiten en los próximos tiempos. Conviene recordar que la empresa habrá de justificar qué puestos pretende amortizar y la razón que la impulsa a ello, tanto en la coyuntura económica como en la técnica, organizativa y de producción, pero el ámbito de esta justificación es diverso según la causa⁵⁴. En efecto, en las causas productivas, a diferencia de las económicas, el ámbito natural de apreciación es el espacio o sector concreto de la actividad empresarial en el que ha surgido la dificultad que impide el buen funcionamiento empresarial⁵⁵. Y esta realidad puede resultar determinante en el contexto

que no puedan reconducirse a la prestación no presencial del servicio se incorporarán sin remedio a un ERE (a despidos colectivos plurales ETOP si el umbral de personas afectadas es inferior al que determina la consideración como colectivo).

⁵⁴ Tomada la decisión extintiva, la empresa habrá de aportar prueba plena de los hechos que alega como constitutivos de la causa de despido (pérdidas continuadas, descenso de ingresos, etc.), e indicios y argumentos sólidos de la conexión finalista, es decir, de que las extinciones acordadas constituyen una medida adecuada para mantener o mejorar la viabilidad de la empresa o el volumen de empleo. La jurisprudencia ha insistido en que la utilidad de la medida no puede ser objeto de prueba en sentido estricto, porque solo se conocerá el resultado en el futuro, por lo que ha de aceptarse que la empresa presente los indicios y argumentos pertinentes y estos se admitan si no resultan irrazonables o desproporcionados (por todas, STS de 3 de diciembre de 2014, rec. 2253/2013). Una vez acreditada esta relación y presentados indicios de que las extinciones propuestas son un modo racional y proporcional de superar la dificultad empresarial, quien juzgue no debería adentrarse en la valoración de la perfecta oportunidad de la medida. Dicho de otro modo, el juez o la jueza someterá a test la medida desde la estricta perspectiva de la racionalidad y la proporcionalidad, pero no de la optimización (SSTS de 27 de enero de 2014, rec. 100/2013; 15 de abril de 2014, rec. 136/2013; 25 de junio de 2014, rec. 165/2013; 15 de abril de 2014, rec. 136/2013; 23 de septiembre de 2014, rec. 231/2013; 20 de octubre de 2015, rec. 172/2014; 20 de abril de 2016, rec. 105/2015; 26 de enero de 2016, rec. 144/2015; 20 de julio de 2016, rec. 323/2014; 2 de mayo de 2017, rec. 210/2015; 17 de mayo de 2017, rec. 221/2016; 12 de septiembre de 2017, rec. 2562/2015; 3 de mayo de 2018, rec. 123/2017). La extinción de contratos no debe ser necesariamente la única medida posible, pero sí una que contribuya al fin pretendido. Se consideran ilícitas las decisiones empresariales extintivas que ofrezcan patente desproporción entre el objetivo legalmente fijado y los sacrificios impuestos a las personas trabajadoras (STS de 20 de junio de 2018, rec. 168/2017).

⁵⁵ *Vid.* STS de 8 de julio de 2011 (rec. 3159/2010).

COVID, pues si la empresa ha decidido prescindir de parte de sus servicios por la conveniencia sanitaria de rebajar al máximo la proximidad interpersonal, parece evidente que la justificación de la medida quedará constreñida a la concreta porción del proceso productivo, con independencia de lo que acontezca en otros entornos de la empresa y de su situación económica. Lo contrario sucederá en el caso de causa económica, que exige la valoración de los restantes centros de trabajo de la empresa⁵⁶, o incluso del grupo de empresas⁵⁷.

Pero es que incluso este ajuste entre la justificación de la medida extintiva y su ámbito de ejecución tiene trascendencia en la propia regla de cómputo del umbral numérico legal del despido⁵⁸. Deben calificarse como despido colectivo tanto las extinciones de contratos que superan los umbrales legales tomando la totalidad de la empresa como unidad de referencia, como las extinciones que excedan esos mismos umbrales en los casos en que afecten a un único centro de trabajo siempre que en el mismo presten servicios más de veinte personas trabajadoras⁵⁹. Así, si la medida extintiva se adopta respecto de un único y concreto centro de trabajo⁶⁰, la unidad de referencia a efectos del cómputo del umbral numérico será ese centro de trabajo. Paralelamente, si la empresa opta por el cese completo de la actividad empresarial, deberá tramitar un despido colectivo⁶¹. No así cuando la decisión afecta a un único centro de trabajo –cierre de un centro de trabajo, que no de la empresa–, pues si los despidos no superan los umbrales numéricos, no constituirán un despido colectivo⁶².

⁵⁶ Vid. STS de 17 de marzo de 2016 (rec. 178/2015).

⁵⁷ Lógicamente, lo dicho trasciende también a la información que debe proporcionarse a la representación de las personas trabajadoras, que deberá ser una información relativa al conjunto de la empresa (o incluso del grupo) cuando se alegue una causa económica, pero no necesariamente en el resto de causas.

⁵⁸ La jurisprudencia ha elaborado dos criterios esenciales en relación con la regla antifraude que incorpora la norma respecto al cómputo de personas trabajadoras. En primer lugar, el plazo de los 90 días comienza en la fecha de la última extinción computable, pero sin tomar en consideración las extinciones de contratos temporales por vencimiento de plazo o conclusión de la obra (STS de 26 de septiembre de 2017, rec. 62/2017), salvo que se hubieran celebrado en fraude de ley. Y, en segundo lugar, se considerarán extinciones computables todas las que tienen lugar a instancias de la empresa: bajas incentivadas; despidos disciplinarios improcedentes; despidos sin causa o en fraude de ley declarados improcedentes; extinciones de contratos temporales en fraude de ley; extinciones basadas en causas ETOP con independencia de su calificación, e incluso la extinción decidida por la persona trabajadora debida a un incumplimiento grave y culpable de la empresa (art. 50 ET). Este tipo de extinciones repercute también en el cumplimiento de la cláusula de salvaguarda del empleo.

⁵⁹ Aunque el precepto legal menciona exclusivamente a la empresa, el TJUE obligó a tener en cuenta también el centro de trabajo como unidad de referencia (STJUE de 30 de abril de 2015, asunto C-80/14). Respecto de la recepción de esa doctrina en la jurisprudencia, *vid.* STS de 14 de julio de 2017 (rec. 14/2017) y 7 de febrero de 2018 (rec. 486/2016).

⁶⁰ Por ejemplo, por ubicarse en una zona particularmente castigada por la pandemia o por llevarse a cabo en él una parte del proceso productivo del que se decide prescindir por razones organizativas o productivas.

⁶¹ Es decir, por el cierre del negocio con el consiguiente despido de todas las personas trabajadoras de la plantilla (en número superior a cinco), aunque no se alcancen los umbrales del artículo 51 del ET.

⁶² Vid. STS de 13 de junio de 2017 (rec. 196/2016).

5. Consideraciones finales: el incierto futuro ante un derecho de emergencia, la profundización de la crisis económica y la indefinición del alcance de la «causa COVID»

Del análisis sistemático precedente se deduce que la «prohibición de despedir», la facilitación e incentivación de los ERTE y la cláusula de salvaguarda nacieron con carácter provisional y aluvional, pero con un mismo propósito e hilo conductor. La «prohibición de despedir» tiene como objetivo conducir a las empresas en dificultades a un ERTE para evitar las extinciones contractuales, mediante su parcial financiación a cargo del erario (vía exoneraciones de cotización) generando, como contrapartida, un compromiso de mantenimiento del empleo durante 6 meses. Solo su consideración en un contexto tan excepcional, de emergencia, como el que vivimos puede justificar una configuración que de otro modo tendría mal encaje constitucional, por violentar la libertad de empresa del artículo 38 de la Constitución española, y poner en jaque las libertades fundamentales en las que se asienta la Unión Europea, principalmente las libertades de prestación de servicios y establecimiento. Dicho de otro modo, fuera de ese contexto tan particular, que impone ciertos sacrificios, quien legisla no puede limitar *sine die* y con carácter general las facultades empresariales para reorganizar la actividad, incluso mediante extinciones de contratos, si concurren causas justificativas suficientes, en particular ETOP.

Precisamente porque la «prohibición de despedir» y la cláusula de salvaguarda nacieron durante el estado de alarma, como un recurso ingenioso, pero desde luego extraordinario, para evitar la destrucción de empleo en un periodo convulso, se diseñaron como medidas a muy corto plazo, apenas unas semanas, conectadas con el confinamiento de la población y sus consecuencias en la economía⁶³. La realidad, sin embargo, ha desbordado cualquier previsión y plan, y esas medidas –también las que suponen un cambio de hábitos que inciden directamente en las libertades individuales– han sobrevivido al estado de alarma, suscitando incertidumbres jurídicas de envergadura. Por ello, no solo cabe plantearse si esas restricciones son admisibles fuera del estado de alarma, sino que, en caso de respuesta

⁶³ Ante una situación coyuntural se aprobaron medidas también coyunturales que debían decaer una vez retornada la normalidad. Así lo explicitaba la exposición de motivos del RDL 9/2020, que partía de la premisa de que:

Tanto las empresas como los sectores económicos y la sociedad, en su conjunto, consideran que estamos ante un momento de enfriamiento de la actividad productiva acotado por la situación excepcional por la que atravesamos, con motivo de la crisis del COVID-19 y, por tanto, que esta situación va a tener una duración limitada y sujeta a un periodo de tiempo concreto.

Se trataba de evitar que las dificultades temporales «no sean utilizadas para introducir medidas traumáticas en relación al empleo, la extinción de los contratos de trabajo», y se priorizasen en sustitución «medidas temporales, que son las que, en definitiva, mejor responden a una situación coyuntural como la actual».

afirmativa, deben precisarse adecuadamente sus límites, en términos de duración e intensidad, porque el sacrificio de alguno de esos derechos, por su carácter fundamental, únicamente es posible si se supera el test de proporcionalidad.

Esa es una valoración que todavía no se ha llevado a cabo con la profundidad y el rigor que merece, y es complejo encontrar el momento oportuno en tanto los riesgos para la salud parezcan tan elevados, pero sí resulta evidente, centrándose en el plano más económico y laboral, que el contexto en el que tales medidas se aprobaron –marzo de 2020– ya no coincide con el actual. En ese momento, no conviene olvidarlo, la «prohibición de despedir», los ERTE y la cláusula de salvaguarda se dirigían a empresas plenamente solventes y que operaban en el mercado sin ninguna particularidad reseñable, pero que repentinamente se vieron afectadas por una decisión de los poderes públicos que impedía el normal desarrollo de su actividad. Era razonable, en ese momento, que una situación aparentemente coyuntural que afectaba a una empresa sin dificultades estructurales no derivase en extinciones de contratos, sino en medidas menos traumáticas, de modo que pudiera reanudarse la actividad en los mismos términos en un futuro inmediato.

Sin embargo, el paso de los meses ha derivado en un escenario muy distinto. Esas medidas ya no son coyunturales, pues se entiende que son necesarias en esta «nueva normalidad» debido al impacto sufrido por el tejido empresarial. El estado de alarma se concebía como un paréntesis, en principio de corta duración, que no dañaría a largo plazo la salud económica general, ni la empresarial en particular. Pero no ha sido así, como demuestra la nueva declaración del estado de alarma en octubre de 2020 (RD 926/2020, de 25 de octubre), y muchos negocios están transitando por dificultades económicas que comprometen seriamente su viabilidad, obligando a sucesivas prórrogas de los ERTE.

Desde luego, ni los ERTE ni la cláusula de salvaguarda presentan dificultades de licitud. El compromiso de mantenimiento del empleo es, a la postre, una contrapartida por disfrutar de beneficios sufragados a costa del erario. Puede cuestionarse el alcance concreto de ese compromiso en ciertos casos, porque el listado de causas de extinción compatibles no es totalmente preciso, pero esas dificultades, de carácter menor y comprensibles por la premura en la elaboración de las normas, pueden compensarse sin excesiva dificultad por vía interpretativa atendiendo al espíritu de la regulación en lugar de a su estricta literalidad. En cambio, la «prohibición de despedir» por causa COVID tiene más dificultades para superar un análisis de proporcionalidad, porque es una limitación nacida en un contexto de emergencia que ha extendido su vigencia sin una justificación clara y cuyo alcance ha perdido las señas de identidad que le eran propias. En efecto, no hay en ella una contrapartida frente a un beneficio, sino una limitación legal, vinculada a una causa pretendidamente coyuntural, que por el momento se ha extendido 10 meses. La duración, que por sí misma podría resultar cuestionable, no es seguramente la mayor dificultad jurídica que suscita esta medida, pues, sin lugar a dudas, los tribunales habrán de afrontar una cuestión más problemática: el alcance de la «causa COVID».

El juego combinado del artículo 2 del RDL 9/2020 y de los artículos 22 y 23 del RDL 8/2020 conlleva la ilicitud de la extinción del contrato «como consecuencia del COVID-19» o por causas «relacionadas con el COVID-19». En su origen, marzo de 2020, esas expresiones contaban con un alcance acotado que resultaba aparentemente sencillo de delimitar. Sin embargo, meses después, una buena parte de los avatares empresariales y laborales están «relacionados» con la pandemia. En la mayor parte de los casos resulta imposible desligar las dificultades económicas u operativas de una empresa de la crisis sanitaria. De una u otra manera, todas las dinámicas comerciales, sociales, económicas, e incluso vitales, están hoy condicionadas por la enfermedad COVID y han variado para contener su expansión.

En esos términos, la «prohibición de despedir» por causa COVID contaría con un espectro muy amplio de actuación y absorbería cualquier causa ETOP, porque las dificultades que la empresa pudiera acreditar derivarían de forma mediata o inmediata de la COVID. La labor de los tribunales será determinante, y aunque es complejo predecir cómo se configurará la causalidad, sería deseable una exégesis que tuviese en cuenta la relación estricta y directa de causalidad⁶⁴. Así, por ejemplo, parece claro que no es contraria a la «prohibición de despedir» la extinción decidida por la persona trabajadora al amparo de los artículos 40 y 41 del ET por más que las causas que justifican las modificaciones operadas en la prestación de servicios estén relacionadas con la COVID⁶⁵. Sin embargo, con las causas ETOP, la delimitación puede resultar más compleja, porque es probable que se asuma –o presuma– que concurre relación de causalidad con la COVID por el mero hecho de que la empresa se encuentre en una situación económica negativa, o que necesite introducir adaptaciones técnicas u organizativas, o cambios en los modos de producción. Debería tenerse presente que una situación transitoria o coyuntural que se cronifica pierde su carácter temporal y

⁶⁴ Los tribunales del orden social suelen apostar por concepciones amplias para proteger a la persona trabajadora, como sucede en el accidente de trabajo, donde la causalidad directa se ve acompañada de la «ocasionalidad relevante», gracias a la redacción del artículo 156 de la Ley general de la Seguridad Social («con ocasión o a consecuencia»). Esa extensión es más compleja en otros ámbitos, principalmente sancionadores. En el orden penal ya hace décadas se alertó sobre una extensión desmesurada de la causalidad, pues el aforismo *causa causae est causa causati* (la causa de la causa es causa de lo causado) conduce a conclusiones ridículas, como la culpabilidad en el delito de adulterio del carpintero que fabricó la cama (Binding), o en el delito de homicidio de las personas progenitoras de la autora del crimen. Esa teoría de la equivalencia de las condiciones ha sido superada, y se imponen concepciones más estrictas de la relación de causalidad.

⁶⁵ No cabe aducir que sin la pandemia no se habrían producido las condiciones que permiten a la empresa recurrir a las facultades reconocidas en esos preceptos, y que, por tanto, la decisión de la persona trabajadora viene mediatizada con la COVID. La relación existe, pero no es directa, toda vez que la persona trabajadora decide extinguir el contrato no por razón de la COVID, sino de su disconformidad con las nuevas condiciones en las que debe desarrollar su actividad. Sería además incoherente aplicar en estos supuestos la «prohibición de despedir», pues la empresa, ante una situación de dificultad, ha adoptado medidas menos lesivas para la persona trabajadora, que es precisamente el propósito de esta normativa, y de ahí que el resultado de las dos opciones no puede reconducirse a la misma limitación.

se convierte en indefinida, lo que obliga a modificar la perspectiva de aproximación⁶⁶. De este modo, que la COVID haya sido el origen de las dificultades no puede suponer que cualesquiera causas ETOP en el futuro deban entenderse relacionadas con esa enfermedad. Cuando el problema se convierte en estructural pierde esa relación con la COVID y adquiere entidad propia, conduciendo a la aplicación de la legislación ordinaria –estructural si se quiere– en detrimento de la más coyuntural y de emergencia⁶⁷.

En último extremo, conviene recordar que no se produce una congelación absoluta de las facultades organizativas y de dirección de la empresa, sino que las consecuencias se reconducen a un plano sustancialmente económico. La vulneración de la «prohibición de despedir» no conllevará la readmisión obligatoria de la persona trabajadora, sino la declaración de improcedencia, lo que en la mayoría de casos supondrá el pago de una indemnización mayor. Es decir, cuando la causa objetiva existe, el incumplimiento de la prohibición supondrá un incremento de la indemnización ordinaria (de 20 días por año de servicio a 33), sin devolución de cantidades al erario, responsabilidad limitada a la transgresión de la cláusula de salvaguarda. En definitiva, las dificultades de interpretación jurídica de la «prohibición de despedir» resultan más significativas que el desincentivo que supone a la extinción contractual en la mayor parte de casos.

⁶⁶ Ese es el criterio que ha utilizado el TJUE para calificar como discapacidad determinadas enfermedades de larga duración, o para descartar el carácter temporal de la interinidad cuando se prolonga en el tiempo sin determinación clara de su final.

⁶⁷ La relación de causalidad podría depender del ámbito de aplicación de los ERTE COVID, porque la remisión del artículo 2 del RDL 9/2020 a los artículos 22 y 23 del RDL 8/2020 exige una adecuación absoluta entre la fuerza mayor y las causas ETOP que conducen a un ERTE COVID y las causas que temporalmente se convierten en ilícitas para la extinción del contrato. La remisión hace incoherente una interpretación distinta, por lo que el alcance de esa limitación de las facultades empresariales para extinguir el contrato dependerá de la mayor o menor generosidad de la Administración en la apreciación de esas causas a efectos de la tramitación de ERTE. Las diferencias sectoriales podrían resultar decisivas, pues, si en algún momento determinados sectores no pueden acceder a esa clase de ERTE, habrá que entender que las dificultades que atraviesan ya no derivan de la COVID y dejará de operar la «prohibición de despedir». Es significativo que esta conclusión, aparentemente jurídica, derive de una decisión política y, fundamentalmente, económica, pues en el fondo depende de hasta dónde alcanzan los recursos públicos que permiten seguir exonerando de cotizaciones a las empresas afectadas.



La caducidad del procedimiento de revocación y reintegro de la prestación por desempleo: la especificidad de su impugnación

Brais C. Iglesias Osorio

Abogado. Nova Ius Abogados

Profesor doctor asociado. Departamento de Derecho Público y Privado Especial y Derecho de Empresa.

Universidad de La Laguna

braisiglesias@novaius.es

Extracto

Este trabajo se enmarca en el contexto todavía incierto del instituto de la caducidad de los procedimientos administrativos incoados de oficio en el ámbito laboral. Se incide en que es necesario impulsar una estructura normativa más precisa sobre la singularísima potestad de la Administración de excepcionar la caducidad con afectación al interés general. También se examina si la caducidad comporta un vicio de nulidad de pleno derecho o de mera anulabilidad y en qué medida se le veta a la Administración la potestad de revocar sus propios actos desfavorables. Finalmente se trata de determinar si es necesaria o no la declaración expresa de la caducidad –una vez transcurrido el plazo máximo para resolver–, para que el procedimiento incoado se entienda como finalizado y fenecido y sin opciones de dictar resolución extemporánea sobre el fondo de la cuestión suscitada.

Palabras clave: caducidad; revocación; reintegro; prestación; desempleo.

Fecha de entrada: 10-09-2020 / Fecha de revisión: 05-11-2020 / Fecha de aceptación: 05-11-2020

Cómo citar: Iglesias Osorio, Brais C. (2021). La caducidad del procedimiento de revocación y reintegro de la prestación por desempleo: la especificidad de su impugnación. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 454, 57-89.



Limitation period of the procedure for revocation and reimbursement of unemployment benefit: the specificity of its judicial challenge

Brais C. Iglesias Osorio

Abstract

This work steps towards shedding light on the uncertain context of the institute of the limitation period to resolve administrative procedures. It is emphasized that it is necessary to promote a more precise regulatory structure on the very unique power of the Administration to exempt the limitation period when affecting the general interest. It also examines whether the expiration entails a defect of nullity of full right or of mere annulment and to what extent the Administration is vetoed to revoke its own unfavourable acts. Finally, it is intended to determining whether or not the express declaration of procedure expiration is necessary when the maximum term to resolve has elapsed.

Keywords: extinction; revocation; reimbursement; benefit; unemployment.

Citation: Iglesias Osorio, Brais C. (2021). Limitation period of the procedure for revocation and reimbursement of unemployment benefit: the specificity of its judicial challenge. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 454, 57-89.



Sumario

1. Planteamiento
 2. La especificidad de la norma reguladora
 - 2.1. Plazo máximo para la tramitación del procedimiento de revocación y derivado reintegro de una prestación por desempleo
 - 2.2. La competencia del orden jurisdiccional social en razón de la materia
 3. La caducidad del procedimiento
 - 3.1. Principios constitucionales inspiradores
 - 3.2. Resolución extemporánea sobre el fondo de la cuestión suscitada
 - 3.3. Actuación nula de pleno derecho por infracción de normas del ordenamiento jurídico
 - 3.4. Caducidad procedimental vs. declaración de caducidad
 - 3.5. La dispersión normativa de la obligación de resolver
 4. El enfoque de la caducidad en la jurisdicción social en materia de revocación y reintegro de la prestación por desempleo
 - 4.1. La singularísima excepción del interés general
 - 4.2. La concurrente o subsidiaria petición de resolución del fondo de la cuestión
 - 4.3. Definición o esclarecimiento de la cuestión suscitada
 5. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

1. Planteamiento

Los entes públicos responsables de la gestión de la protección por desempleo desarrollan una labor de verificación y control del cumplimiento de los requisitos de acceso a esta prestación y su observancia durante el tiempo del disfrute de la misma. Por cuanto gestionan fondos públicos, deben corregir las posibles irregularidades que pudieran detectarse, disponiendo para ello de la facultad de revocación de la prestación y del reintegro de aquellas cantidades que la persona beneficiaria hubiese percibido indebidamente.

En una situación de crisis socioeconómica como la actual derivada de la pandemia de la COVID-19, las entidades gestoras van a experimentar un alud de solicitudes de la prestación por desempleo, lo que va a colapsar los servicios de control y verificación de los requisitos legales para su acceso y su posterior disfrute. El escaso margen temporal para resolver el procedimiento incoado de oficio va a provocar una escalada de procedimientos caducados y fenecidos. Considerando que el procedimiento caducado de revocación y reintegro de la prestación indebida tiene consecuencias en la correcta gestión de los fondos públicos, sería deseable que en la situación actual se ampliase el plazo de resolución de los procedimientos incoados de oficio o simplemente que el plazo de resolución estuviese activo mientras no se hubiese declarado expresamente su caducidad, al menos en aquellos casos en los que hubiese una conducta fraudulenta por parte de la persona beneficiaria o, en su caso, de la empresa.

Existe una extensa literatura jurídica y jurisprudencial, particularmente en el ámbito del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, sobre el instituto de la caducidad de los procedimientos administrativos incoados de oficio. La incertidumbre normativa y el incidental desacierto de la curia para acomodar preceptos legales mal definidos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LRJAP-1992), contribuyeron a una persistente discusión sobre el alcance jurídico de la caducidad del procedimiento incoado de oficio con efectos desfavorables o de gravamen para la persona interesada. La polémica surgida entre quienes defienden priorizar la «obligación de resolver» sobre el fondo de la cuestión suscitada y quienes invocan la nulidad de la resolución extemporánea, por falta de cauce procesal, se alimentó de la imprecisa redacción inicial del artículo 42.1 de la antigua LRJAP-1992. La nueva versión del citado precepto por la Ley 4/1999, de 13 de enero, que modifica la Ley 30/1992, parecía haber resuelto los problemas planteados sobre los efectos conclusivos de la caducidad del procedimiento, sin embargo, pese a que la legislación tuvo una segunda oportunidad para ulteriores concreciones en el redactado del artículo 25 de la Ley 39/2015, lo cierto es que

aún no se ha cerrado el debate jurídico en torno a los requisitos y efectos de la caducidad en los procedimientos incoados de oficio. Son estos aspectos controvertidos en los que este estudio pretende incidir. Para ello, avanzamos algunas cuestiones todavía no resueltas:

- ¿Existe la posibilidad de que el orden jurisdiccional social pueda asentar un criterio propio sobre la caducidad, en la materia a ella reservada, desvinculándose de la doctrina del orden jurisdiccional contencioso-administrativo?
- ¿Es necesaria la declaración expresa de la caducidad –una vez transcurrido el plazo máximo para resolver–, para que el procedimiento incoado se entienda como finalizado y fenecido? No está todavía muy claro si el procedimiento se convierte en inexistente por el mero transcurso del tiempo. ¿Es lo mismo caducidad procedimental y caducidad del procedimiento? En buena lógica, esta última solo resulta de su previa declaración (de caducidad).
- Si la Administración dicta resolución sobre el fondo de la cuestión suscitada alegando su «obligación de resolver», aunque extemporáneamente, ¿podría esta actuación administrativa comportar un vicio de nulidad de pleno derecho por infracción del ordenamiento jurídico o simplemente un vicio de mera anulabilidad? En el caso de nulidad, el/la administrado/a tendría acceso a la jurisdicción ordinaria, vía esta que le estaría vetada para supuestos de anulabilidad, dado que no se le puede exigir a la Administración que declare lesivos sus propios actos o revoque sus actos desfavorables.
- En el marco concreto del supuesto que analizamos –la caducidad del procedimiento de revocación y reintegro de la prestación por desempleo–, ¿existe la posibilidad de que la jurisdicción social pueda aplicar la singularísima potestad de la Administración de excepcionar la caducidad por afectación al interés general?

Antes de intentar resolver estas cuestiones relativas a la caducidad del procedimiento de revocación y derivado reintegro de la prestación por desempleo, pasamos a describir los trazos generales de la normativa objeto de aplicación.

2. La especificidad de la norma reguladora

Las entidades gestoras tienen la obligación legal de ejercer su poder de control del cumplimiento de los requisitos de acceso y disfrute de las prestaciones por desempleo y verificar el posible fraude que pueda cometerse en su percepción, disponiendo para ello de las «facultades de los servicios competentes en cuanto a inspección y control en orden a la sanción de las infracciones que pudieran cometerse» (art. 297.1 Ley general de la Seguridad Social –LGSS–). En línea con este mandato, el Real Decreto legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de empleo (LE), atribuye

al Servicio Público de Empleo Estatal, entre otras competencias, la gestión y el control de las prestaciones por desempleo, así como la labor de vigilancia y requerimiento del cumplimiento de las disposiciones normativas sobre obtención y disfrute de las prestaciones del sistema de la Seguridad Social (art. 18 j) LE).

Recíprocamente, para evitar situaciones fraudulentas, la persona beneficiaria también está obligada al cumplimiento de los requisitos de acceso a la prestación y a proporcionar, durante el periodo de disfrute de la misma, la documentación e información reglamentaria a efectos del reconocimiento, suspensión, extinción o reanudación del derecho a la prestación (art. 299 LGSS), así como la obligación de suscribir el compromiso de actividad como beneficiaria de prestaciones y subsidios por desempleo (art. 41 LE). Asimismo, esta obligación de la persona beneficiaria de reintegrar el importe de la prestación indebida (art. 55.1 LGSS) puede repercutir solidariamente en quienes, por acción u omisión, hubieren contribuido a que aquella obtuviese la percepción ilícita (apdo. 2 precepto citado).

Así pues, de acuerdo con estos mandatos normativos de control de la prestación por parte de la entidad gestora y la obligación de corresponsabilidad de la persona beneficiaria, si hubiese una percepción indebida de la prestación, el ente gestor estaría obligado a incoar el correspondiente procedimiento de revocación de la prestación¹, en cumplimiento de la previsión del artículo 295.1 de la LGSS, que dispone que: «Corresponde a la entidad gestora competente declarar y exigir la devolución de las prestaciones indebidamente percibidas». En concordancia, y a tal efecto, el artículo 33 del Real Decreto 625/1985 establece el procedimiento de pago en vía voluntaria, que determina que el procedimiento se iniciará de oficio por la entidad gestora, comunicando a la persona beneficiaria el cobro indebido. Transcurrido el plazo de alegaciones, la entidad gestora dictará la resolución que proceda, que deberá ser notificada a la persona interesada. Por tanto, ateniéndose a lo dispuesto en el artículo 21.1 de la Ley 39/2015, el ente administrativo actuante tiene la obligación de «dictar resolución expresa y notificarla» a la persona interesada en el plazo previsto al efecto.

2.1. Plazo máximo para la tramitación del procedimiento de revocación y derivado reintegro de una prestación por desempleo

Ante todo, es preciso definir el ámbito de aplicación de las reglas contenidas en la Ley 39/2015 sobre el instituto de la caducidad². Al respecto, repárese en que la disposición adicional primera en su apartado 1 establece que:

¹ Sobre los actos de revocación de prestaciones de la Seguridad Social, *vid.* Alonso Olea (1993).

² Sobre la evolución histórico-normativa de esta institución, *vid.* Caballero Sánchez (1999).

Los procedimientos administrativos regulados en leyes especiales por razón de la materia que no exijan alguno de los trámites previstos en esta ley o regulen trámites adicionales o distintos se regirán, respecto a estos, por lo dispuesto en dichas leyes especiales.

Añadiendo en el apartado 2 del mismo precepto que se regirán por su normativa específica y supletoriamente por lo dispuesto en la Ley 39/2015, entre otras: «b) Las actuaciones y procedimientos de gestión, inspección, liquidación, recaudación, impugnación y revisión en materia de Seguridad Social y Desempleo».

Pues bien, dado el carácter supletorio del procedimiento común, el juez o la jueza de lo social aplicaría las disposiciones de carácter especial relativas al plazo máximo para resolver, allí donde las hubiere, aunque con el límite establecido en el segundo párrafo del artículo 21.2 de la Ley 39/2015 que impide a los regímenes especiales establecer un plazo superior a 6 meses para la notificación de la resolución «salvo que una norma con rango de ley establezca uno mayor o así venga previsto en el derecho de la Unión Europea».

Así pues, en relación con el plazo máximo para la tramitación del procedimiento de revocación y derivado reintegro de una prestación por desempleo, ni el artículo 3 del Real Decreto 148/1996, de 5 de febrero, por el que se regula el procedimiento especial para el reintegro de las prestaciones de la Seguridad Social indebidamente percibidas, ni el artículo 5 de la Orden de 18 de julio de 1997, para el desarrollo del mencionado Real Decreto 148/1996, ni tampoco el artículo 55.3 de la LGSS, relativo al reintegro de prestaciones indebidas, fijan el plazo máximo para dictar resolución. De ahí que, no habiéndose estipulado un plazo en la norma reguladora específica, el periodo máximo para la tramitación del expediente administrativo de revocación y derivado reintegro de una prestación por desempleo es de 3 meses, de acuerdo con la disposición contenida en el artículo 21.3 de la Ley 39/2015 que opera con carácter supletorio cuando la normativa reguladora especial del procedimiento no lo prevé.

2.2. La competencia del orden jurisdiccional social en razón de la materia

El carácter técnico-administrativo del procedimiento de revocación y reintegro de la prestación por desempleo, conforme a las previsiones de la Ley 39/2015, no es obstáculo para que la impugnación de las actuaciones administrativas, «relativas al reconocimiento, denegación, suspensión o extinción de cualquiera de las prestaciones por desempleo», sea recurrible ante la jurisdicción social (art. 303.1 LGSS). Concretamente, el apartado 2 a) del mismo precepto prevé que serán recurribles ante esta jurisdicción las resoluciones administrativas relativas a la «exigencia de devolución de las prestaciones indebidamente percibidas» de cualquiera de las prestaciones por desempleo. Por otra parte, es obvio que

el procedimiento administrativo de reintegro de las prestaciones indebidamente percibidas no tiene encuadre en el ámbito de la actuación de gestión recaudatoria; materia esta exceptuada del orden jurisdiccional social conforme a lo establecido en el artículo 3 f) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

Pues bien, a los efectos de este estudio nos interesa determinar si la jurisdicción social puede enfocar el instituto de la caducidad –en relación con el procedimiento de revocación y reintegro de la prestación por desempleo– ajustando su criterio jurisprudencial a esta materia y a su propia dinámica. Si partimos del mandato legal previsto en el artículo 25.1 b) de la Ley 39/2015, la falta de resolución expresa en los procedimientos incoados de oficio susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen obliga a la Administración actuante a declarar la caducidad y el correspondiente archivo de las actuaciones con los efectos previstos en el artículo 95 de la misma ley. Pero antes de contestar a la pregunta de si la jurisdicción social podría imprimir su sello de identidad en una causa a ella reservada en la que se debata la caducidad del procedimiento, interesa enfocar el instituto de la caducidad en su dimensión constitucional.

3. La caducidad del procedimiento

3.1. Principios constitucionales inspiradores

La caducidad como mecanismo automático de decaimiento del procedimiento no ha sido una cuestión pacífica ni en la doctrina ni en la jurisprudencia. Siendo todavía más perturbador el ámbito específico de revocación y reintegro de prestaciones injustificadas de la Seguridad Social, toda vez que la percepción indebida afecta al interés general por apropiación indebida de fondos públicos.

Si la Ley 39/2015 es la normativa aplicable respecto al plazo máximo para dictar resolución por parte de la entidad gestora en el procedimiento administrativo conducente a la revocación y derivado reintegro de la prestación por desempleo, la misma Ley 39/2015 será de aplicación en relación con los requisitos y efectos de la caducidad del expediente por falta de resolución expresa y notificada a la persona interesada en el plazo previsto.

La falta de resolución expresa en procedimientos iniciados de oficio desplegará todos los efectos jurídicos –la finalización del procedimiento y el archivo de las actuaciones– de la caducidad en aquellos «procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen» (art. 25.1 b) Ley 39/2015).

Su fundamento trae causa del principio rector de la seguridad jurídica, garantía de rango constitucional (art. 9.3 Constitución española –CE–), que determina que el ejercicio de la

actividad administrativa de intervención tiene que estar sujeto a límites y a la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Gómez Puente (1997) entiende que la caducidad del procedimiento «no obedece a la voluntad presunta de las partes, sino a un presupuesto objetivo: la prolongada duración del procedimiento y la correlativa incertidumbre jurídica que ello provoca, repudiable por el principio de seguridad jurídica» (p. 525). La caducidad de los procedimientos es uno de los medios de acotación de esa actividad cuando tiene efectos desfavorables o de gravamen en la esfera particular. Por ello, la sujeción a un plazo máximo previsto por la ley para resolver los procedimientos es uno de los pilares en los que se sustenta la certeza de derecho y la seguridad jurídica.

En línea con esta base jurídica, no faltan voces que inciden en que los procedimientos administrativos iniciados de oficio y con efectos desfavorables no solo provocan incerteza jurídica en el/la administrado/a, sino también un «sufrimiento» o una «pena del banquillo administrativo» más penosa que la abstracción de una inexpresiva seguridad jurídica. Santamaría Pastor (2005), refiriéndose a la necesaria «protección del ciudadano frente a la actuación administrativa», advierte que refugiarse en la seguridad jurídica como fundamento del instituto de la caducidad no responde a:

[...] la razón última de la caducidad [que] se encuentra en un indeseable efecto psicológico, bien conocido de muchos ciudadanos: me refiero a la eficacia intrínsecamente punitiva que posee la mera tramitación de procedimientos públicos de resultado potencialmente gravoso, antes de su resolución, y, por tanto, al imperativo de fijar al sufrimiento que infligen un límite temporal terminante (p. 16).

Añade este autor que la:

[...] tramitación de determinados procedimientos de resultado potencialmente desfavorable provoca en sus destinatarios un nivel de desasosiego muy superior al que genera su propia resolución, con independencia del contenido efectivo de esta, meramente por la inestabilidad emocional (por no hablar de la económica) que produce el factor incertidumbre. Las personas que trabajan en el entorno de la justicia penal conocen a la perfección este mecanismo, al que se conoce con la cínica expresión de «pena de banquillo» (Santamaría Pastor, 2005, p. 17).

Aun siendo cierta la consustancial inquietud que la resolución de un procedimiento, con efectos desfavorables, produce en la persona interesada, dicha zozobra no es igual para todo supuesto, dado que dependerá de la mayor o menor capacidad de soportarla y del valor patrimonial en juego (López Ramón, 2014, p. 41). Pero tampoco conviene olvidarse de que en el supuesto de la revocación de una prestación social indebida y su correspondiente reintegro, el/la administrado/a posiblemente conozca las consecuencias de estar percibiendo cantidades indebidas del erario, bien porque es conecedor/a de que no reúne los requisitos para obtener la prestación o porque aquella es incompatible con otra que ya

percibe. De ahí que su potencial «pena de banquillo» se nos antoja cuando menos artificiosa, pues más sufren quienes pudiendo acceder a una prestación no pueden hacerlo porque otras personas la perciben indebidamente.

Por tanto, conviene reconducir el razonamiento hermenéutico de la caducidad a sus principios jurídicos rectores y nucleares consagrados en el texto constitucional. Por una parte, el principio de la seguridad jurídica (art. 9.3 CE) mencionado que sienta las bases de la certeza de que la Administración solo podrá intervenir en la esfera jurídica del/de la administrado/a a través de un procedimiento tasado y con los requisitos –incluyendo el temporal– que la ley determina. Por otra parte, el principio constitucional de eficacia administrativa (art. 103.1 CE) ratifica que los poderes públicos ejercen su potestad «con sometimiento pleno a la ley y al derecho» y, por tanto, con sujeción a un régimen jurídico objetivo del procedimiento legalmente establecido. Este principio, en lo que atañe a este estudio, encuentra también su acogida en el apartado primero del artículo 66 de la LGSS cuando se determina que: «La gestión y administración de la Seguridad Social [en referencia a las entidades gestoras] se efectuará [...] con sujeción a los principios de simplificación, racionalización, economía de costes, solidaridad financiera y unidad de caja, eficacia social y descentralización». La obligación de someterse a una economía de costes y gestión adecuada de los fondos públicos responde a la necesidad de una actuación eficiente, en tanto que el artículo 103.1 de la CE obliga a servir con objetividad los intereses generales y actuar «de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al derecho». Como advierte el Alto Tribunal, la eficacia de la actuación administrativa se constituye como un principio esencial, pese a su carácter «genérico o indeterminado», que se halla «integrado en el orden material constitucional de valores» y que es vinculante para la Administración (Sentencias del Tribunal Constitucional 22/1984, 27/1987 y 178/1989).

Siendo así, el procedimiento de revocación de una prestación indebida, incluso por error imputable a la entidad gestora, estaría amparado no solo por la ley (art. 66 LGSS), sino por el mandato constitucional de eficacia de la actuación administrativa. No obstante, el problema que subyace en una resolución dictada en un procedimiento caducado es si este principio constitucional de eficiencia de la actuación administrativa se impone sobre otro principio constitucional que es el de la seguridad jurídica (art. 9.3 CE) al que tiene derecho la persona beneficiaria cuando la entidad gestora enmienda extemporáneamente, por negligencia, su propio error.

Para evitar una caracterización espuria de preeminencia de estos dos principios constitucionales se ha buscado otro principio para amparar la actuación administrativa negligente extemporánea del ente gestor acudiendo al principio de justicia social que determina que el/la administrado/a no puede disfrutar de un derecho que no le corresponde con perjuicio de los fondos públicos, que son limitados, ya que afecta a otras posibles personas receptoras que, reuniendo los requisitos de acceso a la prestación, no podrían obtener este beneficio.

Es indudable, por otra parte, que el funcionamiento anormal de la entidad gestora puede afectar considerablemente al patrimonio y capacidad económica de la persona beneficiaria diligente y de buena fe en la actividad prestacional, soportando todo el perjuicio de la actuación negligente de la Administración, ignorando que esta también está obligada a responder por actos que sean consecuencia de su anormal funcionamiento. Como sostienen algunas voces autorizadas:

Si se obliga a devolver lo indebidamente percibido por causa a él [persona beneficiaria] no imputable, se observa perfectamente una lesión que puede ser evaluada patrimonialmente, el «quantum» de la misma sería igual a lo indebidamente percibido y, si acaso, para evitar problemas económico-financieros en la Seguridad Social, que sea la gestora la que repita en vía judicial contra el responsable de su organización que cometió el error (Álvarez Cortés, 2004, p. 324).

3.2. Resolución extemporánea sobre el fondo de la cuestión suscitada

Si la constitución de un plazo máximo para la tramitación de un expediente tiene su fundamento esencialmente en la seguridad jurídica, este parámetro temporal procedimental –que tiene como efecto directo e inmediato, *ex lege*, la caducidad (art. 25.1 b) Ley 39/2015)– no puede estar sujeto a otra interpretación que no sea su literal y finalista glosa, pues de lo contrario se estaría subvirtiendo la voluntad legislativa. De modo que la no sujeción de la Administración a un plazo para resolver supondría una quiebra de derecho con afección a los intereses legítimos de los/las administrados/as. Es por ello que la legislación establece una norma de cierre del procedimiento que se concreta en la obligación de la Administración de resolver en el plazo fijado por la norma concreta de aplicación, bien sea estimando la pretensión del particular o, en su caso, desestimándola por silencio. Del mismo modo, habiendo transcurrido el lapso temporal máximo para resolver en la actuación administrativa de oficio, siempre que surta efectos sancionadores, desfavorables o de gravamen para la persona interesada, aquella pierde toda su eficacia jurídica por caducidad del procedimiento.

Admitiendo, como es preceptivo, que la Administración tiene que tramitar y resolver aquel procedimiento que haya iniciado de oficio en el plazo legalmente establecido, cabría preguntarse si todos los efectos que se hubieren producido como consecuencia de una resolución extemporánea sobre el fondo (el objeto del expediente) decaen en su plenitud o si, por el contrario, la resolución que afecta al objeto tiene alguna eficacia, cuando no se ha declarado la caducidad del procedimiento.

La aplicación concreta de la normativa sobre la caducidad del procedimiento incoado de oficio susceptible de producir efectos desfavorables o de gravamen ha sido objeto de un extenso debate, debido, fundamentalmente, a las imprecisiones normativas, que conviene

reseñar para entender su aplicación específica al procedimiento administrativo de revocación y reintegro de una prestación indebida por desempleo.

El planteamiento de partida es simple: la resolución administrativa extemporánea se realizaría prescindiendo de un procedimiento válido, pues este habría fenecido, resultando, por la vía de los hechos, inexistente, lo que acarrearía la «nulidad de pleno derecho» de aquella resolución dictada sin la existencia de un procedimiento (art. 47.1 e) Ley 39/2015).

No obstante, no ha existido en las dos últimas décadas una doctrina jurisprudencial sólida, pese a que recientemente se percibe que la jurisdicción contencioso-administrativa ha encauzado un criterio sostenible sobre la caducidad de los procedimientos incoados de oficio susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen en la materia específica atribuida a su ámbito jurisdiccional (recaudación, subvenciones, etc.).

Sin embargo, no puede decirse lo mismo de la doctrina surgida del orden jurisdiccional social en tanto en cuanto persisten dudas razonables respecto a si la especificidad de la materia exclusiva de esta jurisdicción –las resoluciones relativas al reconocimiento, denegación, suspensión o extinción de cualquiera de las prestaciones por desempleo– debe o no adaptarse al criterio del orden jurisdiccional contencioso-administrativo en el tratamiento de la caducidad. Todo parece indicar que así es, pues los razonamientos esgrimidos por el juzgador de lo social respecto a la caducidad del procedimiento administrativo suelen remitirse al criterio adoptado por el juez o la jueza de lo contencioso. Así pues, interesa exponer los argumentos jurisprudenciales respecto al valor intrínseco de la resolución administrativa dictada en un procedimiento caducado.

Al respecto, la Sala Tercera del Tribunal Supremo (TS) mantiene el criterio de que la resolución administrativa dictada sobre el fondo en un procedimiento caducado no tiene validez porque dicha resolución «ha perdido su soporte procedimental, y, por tanto, también, su validez y eficacia» (Sentencia del TS –STS–, Sala 3.^a, de 3 de febrero de 2010, rec. 4709/2005; *vid.* también STS, Sala 3.^a, de 24 de septiembre de 2008, rec. 4455/2004); dicho palmariamente, «el procedimiento caducado se hace inexistente» (STS, Sala 3.^a, de 10 de enero de 2017, rec. 1943/2016). En suma, si el procedimiento no es válido o no existe, tampoco lo serán las resoluciones que se pretendan dictar tomándolo como base, dado que la «esencia de la caducidad de un procedimiento es que queda inhabilitado como cauce adecuado en el que poder dictar una resolución válida sobre el fondo», y es por ello que la Administración está obligada a reiniciar uno nuevo (STS, Sala 3.^a, de 24 de septiembre de 2008, rec. 4455/2004).

En puridad, se puede argumentar que la Administración aún tiene la opción de aliviar su carga «negligente» procediendo a la apertura de un nuevo expediente sobre el mismo objeto, siempre que no haya transcurrido el plazo de prescripción. Además, según dicta el artículo 95.3 de la Ley 39/2015, no solo se prevé, como era habitual, que «los procedimientos caducados no interrumpirán el plazo de prescripción», sino también que:

En los casos en los que sea posible la iniciación de un nuevo procedimiento por no haberse producido la prescripción, podrán incorporarse a este los actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse producido la caducidad.

Bien es cierto que el mismo precepto impone a la Administración la exigencia de que en el nuevo procedimiento sobre el mismo objeto tienen que «cumplimentarse los trámites de alegaciones, proposición de prueba y audiencia al interesado».

3.3. Actuación nula de pleno derecho por infracción de normas del ordenamiento jurídico

Si partimos del postulado axiomático de que la Administración, en nuestro caso, la entidad gestora, una vez caducado el expediente, solo está habilitada y, sobre todo, obligada a dictar la «declaración» de la caducidad y notificarla a la persona interesada, habría que entender que si se pronunciase sobre el fondo de la cuestión extemporáneamente, alegando su obligación de resolver (art. 25 Ley 39/2015) e incluso lesión de fondos públicos (art. 94.4 Ley 39/2015) o enriquecimiento injusto de la persona beneficiaria, sería un acto nulo de pleno derecho. Si no tiene potestad de reanudar o reabrir el procedimiento por falta de cauce procesal, dado que este habría fenecido, su resolución sobre el fondo es nula de pleno derecho por haber infringido normas del ordenamiento jurídico.

La jurisprudencia reciente de la Sala Tercera del TS relativa a la revocación administrativa de subvenciones públicas y su derivado reintegro viene a reiterar que la caducidad de los procedimientos –incoados de oficio– de intervención, sancionadores o susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen pone fin a un procedimiento (SSTS, Sala 3.^a, de 19 de marzo de 2018, recs. 2412/2015 y 2054/2017). Esto es consecuencia de que la resolución administrativa dictada en un procedimiento caducado, por tanto, inexistente, está afectada de un vicio de nulidad de pleno derecho por haberse prescindido «total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido» (art. 47.1 e) Ley 39/2015). Lisa y llanamente, el instituto de la caducidad no está sujeto a debates respecto a una posible anulabilidad del acto dictado, porque la caducidad es una forma más de terminación definitiva de un expediente administrativo.

En relación con el artículo 42.4 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones, en el que se dispone que transcurrido el plazo para resolver sin que se haya notificado la resolución expresa «se producirá la caducidad del procedimiento, sin perjuicio de continuar las actuaciones hasta su terminación y sin que se considere interrumpida la prescripción por las actuaciones realizadas hasta la finalización del citado plazo», la Sala Tercera entiende que de la literalidad de esta prescripción se supondría que la caducidad no afecta a la validez de la resolución que ponga fin al procedimiento de reintegro. Sin embargo:

Sostener que en un procedimiento caducado la Administración puede dictar una resolución de fondo válida implica desconocer la propia institución de la caducidad y sus efectos, tal y como ha sido entendida y definida por el legislador y avalada en su interpretación y aplicación por una constante jurisprudencia. Esta interpretación desvirtúa la institución de la caducidad de los procedimientos, atacando su esencia hasta dejarla irreconocible y la priva de todo efecto práctico, pues pese al transcurso del plazo de caducidad la Administración no estaría obligada a declararla ni a dar por finalizado el procedimiento y podría dictar una resolución de fondo válida (STS, Sala 3.^a, de 19 de marzo de 2018, rec. 2054/2017).

Al respecto, la jurisprudencia de la Sala Tercera del TS mantenía el criterio de que la caducidad del procedimiento atribuible al órgano administrativo podía ser un vicio subsanable de anulabilidad, dado que, entendía dicha sala:

En lo que concierne a la alegación de caducidad del expediente sancionador, por haber transcurrido el plazo [...] no justifica la apertura del procedimiento de revisión de los actos administrativos nulos de pleno derecho. Consideramos, en efecto, que en el supuesto enjuiciado no resulta manifiesto que concurra en el actuar administrativo el presupuesto [...] de prescindencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido (STS, Sala 3.^a, de 4 de julio de 2013, rec. 501/2012; *vid.* también la Sentencia de la misma sala de 6 de julio de 2013, rec. 499/2012).

Sin embargo, la Sentencia de la misma sala de 19 de marzo de 2018 produce un cambio de criterio o, más bien, fija una posición jurisprudencial que venía introduciéndose, al menos desde el año 2008 en el sentido de que la caducidad es un vicio de nulidad radical y absoluta, dado que «se ha impuesto la sanción sin que exista procedimiento previo, pues el existente había ya finalizado de otra manera» (STS, Sala 3.^a, de 24 de septiembre de 2008, rec. 4455/2004; *vid.* también Sentencias de 3 de febrero de 2010, rec. 4709/2005, y 10 de enero de 2017, rec. 1943/2016). Pues bien, la Sentencia de 19 de marzo de 2018 viene a confirmar que en los procedimientos «sancionadores y en los que se ejercitan potestades de intervención que pueden producir efectos desfavorables o de gravamen en el ciudadano que hayan caducado se encuentran extinguidos y son inexistentes», y su inexistencia o ficción es consecuencia de que:

[...] los actos y resoluciones administrativas han de dictarse en un procedimiento válido, ello constituye una exigencia básica de nuestro ordenamiento administrativo que se plasma en numerosos preceptos (art. 53 LRJPAC) llegándose a sancionar con la nulidad de pleno derecho los actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido (art. 62.1 e) LRJPAC). De modo que el procedimiento ha devenido inválido e inexistente como consecuencia de su caducidad, ha dejado de ser un cauce adecuado para dictar una resolución administrativa válida que decida sobre el fondo, por lo que la Administración está obligada a reiniciar uno nuevo.

3.4. Caducidad procedimental vs. declaración de caducidad

La doctrina jurisprudencial relativa al vicio de nulidad de pleno derecho de una resolución contraria a las normas jurídicas por haber prescindido «total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido» no encaja plenamente con la previsión normativa contenida en el artículo 84.1 de la Ley 39/2015, dado que entre los medios que este precepto prevé para la terminación de un procedimiento no figura estrictamente la caducidad en sí misma. En efecto, cuando este mismo precepto arbitra que «pondrán fin al procedimiento la resolución [...] y la declaración de caducidad», claramente se proclama que la caducidad tiene que «declararse» para que ponga fin al procedimiento. La caducidad la declara la propia Administración, notificándola a la persona interesada, y, por tanto, absteniéndose de dictar resolución sobre la cuestión suscitada. Hernández González (1998, p. 186) sostiene que la declaración de caducidad tiene mero carácter declarativo; en cambio, Tardío Pato (2005) considera que la notificación de la declaración expresa de caducidad:

[...] demora la eficacia de la misma y que ello no puede perjudicar al interesado, por lo que, entremedias, no solo entre la concurrencia del plazo de caducidad y su declaración expresa, sino también entre la declaración expresa y la notificación de la misma, el interesado puede todavía reaccionar frente a su inactividad desbloqueando la paralización del procedimiento, al remover el obstáculo que se lo impedía (p. 23).

Por eso, sería más ajustado hablar de caducidad procedimental que de terminación del procedimiento, pues de la literalidad del artículo 47.1 de la Ley 39/2015 –en referencia al vicio de nulidad de pleno derecho de los actos de las Administraciones públicas– no se infiere que se pueda extender a la caducidad en sí misma como agotamiento del plazo máximo de la actuación administrativa.

Parece evidente que el criterio jurisprudencial respecto al vicio de pleno derecho de la caducidad tiene su base en lo dispuesto en el apartado e) del artículo 47.1 de la Ley 39/2015 al considerar que la nulidad de pleno derecho se predica de aquellos actos «dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido» y en tanto en cuanto el procedimiento caducado ya no existe, de ahí que toda resolución que traiga causa de ese procedimiento fenecido es radicalmente nula, porque se prescinde total y absolutamente de un procedimiento legalmente establecido. Sin embargo, con ello, no se resuelve la cuestión que aquí planteamos, cual es si la caducidad no declarada estaría todavía en una fase no conclusiva pendiente de un acto declarativo, o, en su caso, *sub iudice*. Siendo así, la cualidad intrínseca y la nota distintiva de la caducidad como acto nulo de pleno derecho no alcanza su efectividad jurídica mientras no se declare, lo que la situaría mientras tanto en una posición de nulidad relativa o subsanable con encaje en el artículo 48.3 de la Ley 39/2015, donde se dispone que la «realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas solo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo».

En cualquier caso, en los supuestos en los que el/la administrado/a invoque la nulidad de pleno derecho del acto administrativo con el fin de retirarle sus efectos jurídicos por haber infringido normas del ordenamiento jurídico, entra en una vía procedimental muy compleja, pero accesible. En este supuesto, la persona interesada podría solicitar a la Administración que declarase de oficio la nulidad del acto administrativo y, si aquella no accede a la nulidad de su resolución, reclamada por la persona interesada, esta puede interponer los recursos judiciales que procedan, de suerte que la revisión aparentemente de oficio se convierte en una revisión a instancia de parte, similar a un recurso extemporáneo (salvo que existiese sentencia firme previa sobre la cuestión litigiosa). Además, el plazo para solicitar la revisión de oficio por nulidad de pleno derecho de la actuación administrativa por infracción de la norma no está sujeto a caducidad ni tampoco a prescripción, sino al cauce procesal previsto en el artículo 106 de la Ley 39/2015 –Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Castilla y León/Valladolid, Sala de lo Social, de 30 de abril de 2015 (rec. 406/2015)–. Sin embargo, la persona interesada no podrá solicitar a la Administración que subsane –vía recurso de anulabilidad– y declare lesivos sus propios actos, dado que la declaración de lesividad no es susceptible de recurso ante la propia Administración (art. 107 Ley 39/2015). Aunque nada impide que el/la administrado/a pueda acudir directamente a los recursos ordinarios interponiendo recurso contencioso-administrativo de lesividad, ya que cuenta con el acceso que le proporciona la vía procedimental del artículo 107.2. En cambio, le estaría vedado el acceso a la vía judicial cuando su invocación –a que la Administración revoque un acto anulable desfavorable– le sea desestimada. Así se desprende del artículo 109 de la Ley 39/2015, cuyo tenor literal previene que «las Administraciones públicas podrán revocar, mientras no haya transcurrido el plazo de prescripción, sus actos de gravamen o desfavorables».

A nuestro juicio, el cambio de criterio de la Sentencia citada de 19 de marzo de 2018 no resuelve la cuestión planteada, pues de las recientes sentencias de los TSJ y de la propia Sala Tercera del TS no es posible deducir con claridad si es necesaria o no la declaración expresa de la caducidad para que el procedimiento se entienda como finalizado; si fuese necesario este trámite, el mero transcurso del plazo máximo para notificar la resolución no implicaría la finalización del procedimiento, por lo que la resolución sobre el fondo extemporánea sería legalmente admisible toda vez que todavía existe el cauce procesal, dado que este no habría fenecido.

Es cierto que el artículo 25.1 de la Ley 39/2015, en relación con el transcurso del plazo para resolver sobre el fondo, taxativamente dispone que la Administración solo puede resolver notificando la caducidad y el archivo del expediente. Esta disposición venía ya avalada por una posición jurisprudencial de la automaticidad de la caducidad (SSTS de 28 de junio de 2004, rec. 791/2001, y 14 de marzo de 2007, rec. 7757/2003). No obstante, el artículo 84 de la Ley 39/2015 no incluye la caducidad presunta o automática entre los supuestos de terminación de un procedimiento, salvo que aquella se le impute a la persona interesada, derivada no de este precepto, sino del artículo 95 de la Ley 39/2015. Se podría argumentar que este precepto no tiene la misión de establecer un catálogo cerrado de las posibles formas de conclusión de un procedimiento. Lo cierto es que la caducidad

presunta con efectos de nulidad de actuaciones posteriores no casa con la interpretación jurisprudencial que viene a sostener que, producida la caducidad presunta, «para poder impedir su existencia y la producción de efectos, es necesaria su revocación por alguno de los procedimientos de revisión de oficio» (SSTS de 19 de julio de 2016, rec. 1927/2014, y 18 de diciembre de 2015, rec. 1927/2014).

El transcurso del plazo máximo para dictar resolución y notificarla determina la perención del procedimiento incoado de oficio con los mismos efectos que su actuación presunta por silencio, solo que la caducidad necesita ser declarada al solo efecto de ordenar el archivo de las actuaciones; obligación que se deriva de la previsión del artículo 21.1 de la Ley 39/2015, que dispone que la «Administración está obligada a dictar resolución expresa y a notificarla en todos los procedimientos cualquiera que sea su forma de iniciación». La resolución expresa en este caso es la declaración de la caducidad del expediente.

3.5. La dispersión normativa de la obligación de resolver

La doctrina jurisprudencial, en relación con la caducidad del procedimiento administrativo, ha tenido que lidiar con la paradoja de acomodar preceptos legales mal definidos de la antigua LRJAP-1992. Por una parte, si la Administración actuante no resolvía sobre el fondo de la cuestión planteada en el plazo establecido al efecto, aquella debería declarar la caducidad del procedimiento, notificarla a la persona interesada y proceder al archivo de las actuaciones. Mientras que, por otra parte, el órgano administrativo estaba obligado a resolver sobre el fondo y su dejación supondría también la quiebra de este mandato legal. La versión en origen del artículo 42.1 de la antigua LRJAP-1992 llevaba emparejada esta paradoja, de modo que cualquiera de las opciones –bien fuese la declaración de la caducidad y archivo de las actuaciones, o bien reabrir el procedimiento pronunciándose extemporáneamente sobre el fondo– implicaría la infracción de normas del ordenamiento jurídico. Algunas voces, por ejemplo, López Ramón (2014), consideran que al:

[...] titubeante camino seguido por el legislador, que no ha sido por completo consecuente con las expeditivas medidas que imponía el principio de eficacia, [hay que añadir] la ausencia de la identificación de un fundamento claro de la caducidad del procedimiento de oficio por parte de los aplicadores, cuando no la referencia a fundamentos erróneos, van a determinar una multiplicación de problemas aplicativos que finalmente ha conducido a la inutilidad de las previsiones normativas relativas a la institución (p. 29).

En efecto, en la redacción inicial del referido precepto, anterior a la modificación de la Ley 30/1992 por la Ley 4/1999, de 13 de enero, la obligación expresa de resolver parecía excepcionarse en los procedimientos en los que se produjese «la prescripción, la caducidad, la renuncia o el desistimiento». Obviamente, si se excepcionaba la caducidad, las

consecuencias jurídicas del procedimiento fenecido o caducado quedaban en un limbo jurídico. De ahí que la jurisprudencia adoptara criterios no siempre coincidentes, especialmente referidos a los efectos de la caducidad y particularmente sobre la obligatoriedad o no de archivar las actuaciones e iniciar un nuevo procedimiento si no había prescrito la acción.

La resolución sobre el fondo extemporánea podría contemplarse como un simple y único acto administrativo por el que ejecutivamente se reclama el reintegro de las prestaciones cobradas indebidamente pese a que el plazo máximo para resolver ya se hubiere agotado, sin necesidad de abrir un nuevo procedimiento en el que se diese cumplimentación a «los trámites de alegaciones, proposición de prueba y audiencia al interesado» que la propia ley prescribe (párr. segundo, art. 95.3 Ley 39/2015).

Este sistema de reapertura y reanudación del procedimiento de oficio caducado con efectos desfavorables para la persona interesada se ha justificado otrora por la jurisprudencia amparándose en diferentes prescripciones legales. Por una parte, el artículo 25.1 de la ley citada que prescribe que el transcurso del plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado resolución expresa a la persona interesada en un procedimiento de oficio no la exime de su obligación legal de resolver sobre el fondo de la cuestión que se debate (art. 25 Ley 39/2015). Es por ello por lo que la Administración tiene el imperativo legal de resolver aunque sea extemporáneamente. Repárese en que en este estudio sobre la revocación de prestaciones y derivado reintegro nos centramos en la existencia de una sola persona interesada. Sin embargo, existen actos administrativos con efectos desfavorables para una persona y favorables para otra/s. Huergo Lora (1995) entiende que no debería aplicarse la caducidad en este supuesto, ya que «la Administración podría burlar fácilmente (en connivencia o no con el imputado) los intereses del denunciante simplemente retrasando la notificación o la redacción de la propuesta de resolución» (p. 206). Otras voces priman el objeto de la cuestión suscitada, considerando que la caducidad debe aplicarse siempre que exista una persona interesada a la que le afecta desfavorablemente el acto administrativo y tenga un carácter principal en la resolución dictada, aun cuando pudieran existir incidentalmente otras terceras personas beneficiadas (Hernández González, 1998, pp. 283-284). En referencia a estas posiciones, López Ramón (2014) considera que:

[...] la delimitación del ámbito de aplicación de la caducidad del procedimiento de oficio conforme a su fundamento en el principio de eficacia [...] no puede depender de valoraciones subjetivas que son difíciles de identificar y, en todo caso, variables de sujeto a sujeto: por ejemplo, el imputado podría entender que le resulta favorable el expediente sancionador incoado por infracción leve cuando piensa que ha podido incurrir en infracción de mayor gravedad. El único criterio determinante del ámbito de aplicación de la caducidad que analizamos ha de ser la función institucional de cada procedimiento administrativo, que cuando objetivamente pueda considerarse manifestación del ejercicio de «potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen», solo entonces podrá conducir a la caducidad del procedimiento por transcurso del plazo aplicable (p. 33).

Por otra parte, el artículo 95.3 de esta citada ley determina que la caducidad –y el correspondiente archivo del expediente– «no producirá por sí sola la prescripción de las acciones del particular o de la Administración», que es tanto como avalar a la Administración para que reabra y reanude el expediente para ejercitar las acciones y derechos que le correspondan. En este contexto, la reapertura del expediente se produce al dictarse resolución expresa, aunque sea extemporánea, a la que está obligada la Administración actuante.

En la misma línea, el artículo 295.1 de la LGSS establece que «corresponde a la entidad gestora competente declarar y exigir la devolución de las prestaciones indebidamente percibidas», y todo ello en concordancia con lo previsto en el artículo 3 del Real Decreto 148/1996, de 5 de febrero, por el que se regula el procedimiento especial para el reintegro de las prestaciones de la Seguridad Social indebidamente percibidas.

La interpretación de la «obligación de resolver» del citado artículo 42.1 de la LRJAP, en su redactado anterior a la Ley 4/1999, motivó que algunas sentencias de la Sala Cuarta estimaran también conforme a derecho que una resolución de fondo en un procedimiento ya caducado equivalía a una nueva iniciación –no necesariamente reanudación o reapertura– de la actuación administrativa (entre otras, SSTS, Sala 4.ª, de 13 de mayo de 2009, rec. 2165/2008; 14 de mayo de 2009, rec. 2165/2008; 11 de mayo de 2010, rec. 1942/2009; y 22 de octubre de 2013, rec. 2901/2012). Este criterio de la Sala Cuarta por el que se daba primacía al mandato legal de la obligación perentoria de resolver sobre el fondo de la cuestión suscitada, aunque fuese extemporáneamente, si la acción no hubiese prescrito, venía avalado por la interpretación de la Sala Tercera del TS que era tajante en su apreciación de la primacía del citado precepto, artículo 42.1 de la LRJAP, en su versión inicial, al señalar que el archivo de las actuaciones como consecuencia de la caducidad del procedimiento no imposibilitaba la reanudación de este, en tanto en cuanto no hubiesen prescrito los derechos derivados de esa particular actuación administrativa (SSTS, Sala 3.ª, de 5 de diciembre de 2001, rec. 4963/1997; 19 de febrero de 2002, rec. 716/1998; y 14 de mayo de 2009, rec. 2165/2008; en relación con sanciones y amparándose en el art. 93.2 anterior Ley 30/1992 reproducido literalmente en el art. 95.3 Ley 39/2015). Bien es cierto que esta interpretación jurisprudencial de la Sala Tercera está referida al ámbito de las sanciones administrativas, pero también parece obvio que los actos administrativos «desfavorables o de gravamen» para el/la interesado/a, como es el caso de una revocación y derivado reintegro de una prestación por desempleo, son en realidad un tipo de gravamen que ejerce la Administración amparada en su potestad de intervención (o sancionadora).

Siguiendo este criterio jurisprudencial de la Sala Tercera del TS, la Sala Cuarta se reafirmó también en que el plazo afecta única y exclusivamente a la regulación de aquel especial expediente administrativo que se incoa, de suerte que:

[...] su finalidad no es otra sino la de otorgar una garantía de rapidez o celeridad en su tramitación, pero no incide en las respectivas obligaciones de la gestora en torno a la reclamación de reintegro de lo indebidamente percibido ni en la del beneficiario de devolverlo (STS, Sala 4.ª, de 14 de mayo de 2009, rec. 2165/2008).

Planteado en estos términos, el plazo máximo para resolver no es determinante para que la Administración se pronunciase sobre el fondo de la cuestión y, por tanto, la supuesta caducidad solo tendría como finalidad que el expediente caducado no interrumpiese el curso de la prescripción (STS, Sala 4.^a, de 14 de mayo de 2009, rec. 2165/2008).

Siguiendo la interpretación de que la caducidad no impediría reiniciar el expediente caducado, siempre que no hayan prescrito los derechos objeto de la actuación administrativa, se posiciona Caballero Sánchez (1999), pese a que también advierte que no debería premiarse a una Administración negligente por su inactividad e impericia. También son favorables a la reanudación del procedimiento Gómez Puente (1999) o Aguado i Cudolà (2001). Empero, esta doctrina chocaba, cuando menos, con el principio constitucional de la seguridad jurídica (art. 9.3 CE) a la que tiene derecho el/la administrado/a y, además, si el plazo máximo para resolver no se acataba por parte de la Administración, qué objeto tendría que la legislación lo hubiese impuesto.

La doctrina jurisprudencial de neutralización del instituto de la caducidad justificada en la redacción inicial del artículo 42.1 de la Ley 30/1992 motivó con seguridad la modificación de la redacción de este precepto por la Ley 4/1999, de 13 de enero. La reforma de la LRJAP de 1999, en lo que respecta al instituto de la caducidad, fue comentada, entre más, por López Pellicer (1999), Gómez Puente (1999) o Aguado i Cudolà (1999). Todos ellos coinciden en que, en la nueva versión, desaparece la ambigüedad de la redacción anterior respecto a la posible excepción o no de dictar resolución expresa en los supuestos de caducidad. Claramente, se determina que la Administración está obligada a resolver expresamente en los casos «de prescripción, renuncia del derecho, caducidad del procedimiento, desistimiento de la solicitud y desaparición sobrevenida del objeto del procedimiento». Pero, a renglón seguido, el mismo apartado 1 del artículo 42 establece nítidamente el único contenido posible de la resolución, que «consistirá en la declaración de la circunstancia que concurra en cada caso, con indicación de los hechos producidos y las normas aplicables». Por ello, en concordancia con el artículo 44 de la LRJAP (art. 25 Ley 39/2015), referido a la falta de resolución expresa en los procedimientos incoados de oficio susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen a las personas interesadas, la obligación de resolver y el contenido de la resolución que dicte la Administración, cuando concurra la caducidad del expediente, tienen que limitarse a la declaración de las circunstancias de la caducidad, con indicación de los hechos producidos y las normas aplicables, y que, en modo alguno, podrán resolver sobre el fondo de la cuestión.

Aun así, la discrepancia jurídica se mantiene respecto a si existe diferencia entre reabrir (o reanudar) el expediente caducado e iniciar de nuevo el expediente de oficio, dado que la iniciación del nuevo expediente tiene que fundarse en las mismas pruebas documentales que determinaron la iniciación originaria del expediente fenecido junto con aquellos actos independientes del expediente caducado que se le hubiesen incorporado (SSTS, Sala 3.^a, entre otras, de 1 de octubre de 2001, 15 de octubre de 2001, 22 de octubre de 2001 y 5 de noviembre de 2001). Se practicarían, además, en el nuevo procedimiento que se inicia, las

mismas diligencias y actuaciones que se practicaron en el procedimiento caducado para determinar la realidad objetiva de los hechos, medios de convicción documental y circunstancias. Salvedad hecha de aquellos elementos de prueba que puedan aportarse en un procedimiento sancionador, que obviamente se valorarán ateniéndose a su contenido en el nuevo procedimiento incoado.

En sentido inverso, existe también la obligación para la Administración de mantener en el nuevo procedimiento los efectos de las actuaciones del procedimiento caducado cuando la persona interesada lo requiera, pues la caducidad y sus efectos no se le pueden atribuir al/a la administrado/a, de modo que la Administración negligente no puede tener el privilegio de beneficiarse imponiéndole mayor carga desfavorable o de gravamen, en el nuevo procedimiento, de la que se le habría exigido si el expediente inicial no hubiese caducado. Santamaría Pastor (2005), refiriéndose a la posibilidad de que la Administración pueda reabrir el procedimiento caducado resolviendo sobre el fondo de la cuestión debatida (STS 4084/2003), señala que dicho proceder:

[...] constituye un nuevo agujero negro que convierte el instituto de la caducidad en algo literalmente inútil. La caducidad, de ser un instrumento de garantía y de tranquilidad del ciudadano, pasa así a convertirse en un mero instrumento punitivo de la supuesta negligencia de los funcionarios; un instrumento punitivo que termina recayendo, a fin de cuentas, sobre las espaldas del ciudadano, que no solo se ve sometido a la tortura (y, por cierto, también a los gastos) de un nuevo expediente y a la incertidumbre que entraña, sino que contempla cómo el nuevo procedimiento se tramita —es humano—, con bríos renovados y con un colmillo mucho más retorcido que el anterior, por unos funcionarios espoleados por el reproche implícito y la carga de tener que reproducir todo el procedimiento (Santamaría Pastor, 2005, pp. 54-55).

En todo caso, cabe precisar que en el nuevo procedimiento no pueden surtir efectos las actuaciones inherentes al procedimiento caducado, porque, de lo contrario, no se archivarían las actuaciones de este como es preceptivo una vez declarada la caducidad.

4. El enfoque de la caducidad en la jurisdicción social en materia de revocación y reintegro de la prestación por desempleo

La cuestión que pretendemos analizar a continuación es si, desde la jurisdicción social, se puede interpretar el instituto de la caducidad con parámetros distintos a los del orden jurisdiccional contencioso-administrativo. En principio, ambas jurisdicciones comparten el mismo criterio en cuanto al contenido y alcance de lo dispuesto en el artículo 25.1 b) de la Ley 39/2015. De modo que, en el caso que analizamos, cuando la entidad gestora dicta

resolución de revocación de una prestación y reclama el reintegro o las cantidades indebidamente percibidas por la persona beneficiaria, debe encuadrarse dicha actuación en los procedimientos en los que la Administración ejercita «potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen» (art. 25.1 b) Ley 39/2015). No se intuye que exista realmente diferencia en la apreciación del acto sancionador que, en todo caso, es desfavorable o de gravamen para la persona interesada.

Pues bien, admitiendo que la falta de resolución expresa en el plazo máximo establecido en este tipo de procedimientos iniciados de oficio produce la caducidad, interesa dilucidar si la jurisprudencia social –en relación con la revocación de una prestación y derivado reintegro– mantiene el mismo criterio que la jurisdicción contencioso-administrativa respecto a los efectos de acto extemporáneo sobre el fondo de la cuestión suscitada sin haberse declarado expresamente la caducidad.

Todo parece indicar que todavía existen contradicciones jurisprudenciales en relación con esta cuestión, pues si bien la Sentencia unificadora del TS de la Sala Cuarta de 27 de noviembre de 2015 (rec. 1888/2014) establece un criterio que rompe con la ambigüedad que había introducido la propia sala en las Sentencias de 13 de mayo de 2009 (rec. 2165/2008) y 11 de mayo de 2010 (rec. 1942/2009), no es menos cierto que otras sentencias posteriores de los TSJ no se ajustan al criterio jurisprudencial teóricamente asentado por la referida Sentencia de 27 de noviembre de 2015.

Recordemos que en las Sentencias de 13 de mayo de 2009 (rec. 2165/2008) y 11 de mayo de 2010 (rec. 1942/2009) la Sala Cuarta vino a estimar que «cabe la reapertura del expediente administrativo caducado y que tal reapertura o reanudación se produce por el simple dictado de la resolución reclamando el reintegro de las prestaciones cobradas indebidamente». Se sostiene, asimismo, en la Sentencia de 11 de mayo de 2010 que dicha «solución tiene su apoyo en que el transcurso del plazo establecido para resolver no exime a la entidad gestora de su obligación de resolver». Teniendo en cuenta, además, que si el archivo del expediente no afecta a la prescripción es tanto como «reconocer que cabe la reapertura del expediente o la iniciación de uno nuevo para ejercitar las acciones y derechos que corresponden a la Administración». Sostiene López Ramón (2014) que está «plenamente abierta en nuestra jurisprudencia la posibilidad de reapertura del procedimiento caducado y no prescrito». Sin embargo, este autor considera (en referencia a los procedimientos sancionadores) que con la reanudación se vulnera el principio *ne bis in idem*, que:

[...] desde su especial arraigo en el derecho estadounidense, viene prohibiendo que el ciudadano, al margen de su inocencia o responsabilidad, pueda ser sometido múltiples veces al riesgo de la pretensión punitiva estatal, pues lo contrario significaría tolerar la ilimitada intromisión pública sobre la esfera de libertad y seguridad de la persona; en consecuencia, el Estado tiene una sola oportunidad para perseguir y sancionar a un ciudadano por razón de una conducta ilícita y si la pierde, sea por razones formales o materiales, ya no puede ejercerla (López Ramón, 2014, p. 43).

Reparemos también en que dicha jurisprudencia de la Sala Cuarta es posterior a otra jurisprudencia de la Sala Tercera que vino a modificar su criterio tras la reforma de 1999 de la LRJAP en materias propias de esta jurisdicción. Sin embargo, en la referida Sentencia unificadora del TS de la Sala Cuarta de 27 de noviembre de 2015 (rec. 1888/2014), esta sala cambia su criterio adaptándolo a la Sala Tercera aduciendo los mismos argumentos que esta última, concretamente apoyándose en que se había clarificado el instituto de la caducidad tras la reforma de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en 1999 por la Ley 4/1999, de 13 de enero. En los autos de la sentencia mencionada, en suplicación el TSJ de Madrid, de 7 de marzo de 2014, declara el archivo del expediente administrativo por caducidad, revocando la sentencia de instancia, interpretando que la resolución de fondo del Servicio Público de Empleo Estatal había sido extemporánea. La Sala Cuarta del TS admite la casación al encontrar contradictoria esta sentencia del TSJ de Madrid en el caso de autos con su Sentencia de 11 de mayo de 2010 (rec. 1942/2009). El TS confirma la sentencia en suplicación declarando la caducidad del expediente, cambiando, por tanto, la doctrina vertida en su Sentencia de 11 de mayo. Argumenta ahora que aquellas contradicciones surgidas respecto a si una resolución de fondo de la Administración en un procedimiento caducado equivalía a una nueva iniciación de la actuación administrativa se habrían disipado tras la nueva redacción del instituto de la caducidad dada por la Ley 4/1999 en la que el contenido y alcance de la caducidad es ahora taxativo y preciso. De suerte que el mero hecho de que se dicte una resolución de fondo por parte de la Administración en un procedimiento fenecido «no equivale a una nueva iniciación de la actuación administrativa, sino que ha de incoarse un nuevo expediente». Sorprende que la Sala Cuarta hubiese esperado a 2015 para ajustar su criterio a una modificación legislativa producida en 1999.

La Sentencia de 27 de noviembre de 2015 (rec. 1888/2014) fue objeto de un voto particular³, cuyos argumentos y trazos generales es oportuno comentar. En primer lugar, se aduce en el voto particular que la normativa sobre el instituto de la caducidad se encuadra en el título II —«De la actividad de las Administraciones públicas»— de la Ley 39/2015, que, a su vez, encuentra su acogida en el capítulo I, intitulado «Normas generales de actuación».

³ De Miguel Ángel Luelmo Millán, al que se adhiere José Manuel López García de la Serrana. Repárese en que la caducidad del procedimiento tampoco disfruta de consenso en la Sala Tercera. Por ejemplo, en la STS, Sala 3.ª, de 19 de marzo de 2018 (rec. 2054/2017) en la que se sostiene que en un procedimiento caducado la Administración no puede dictar una resolución de fondo válida porque implicaría «desconocer la propia institución de la caducidad y sus efectos, tal y como ha sido entendida y definida por el legislador». No obstante, a dicha sentencia se formuló un voto particular por Eduardo Espín Templado al que se adhiere María Isabel Perelló Doménech y en el que se incide en interpretar el artículo 42.4 de la Ley 38/2003 en sus concretos términos en el sentido de que la voluntad de la legislación es otra, en tanto en cuanto:

[...] ha querido limitar los efectos de la caducidad en un concreto procedimiento, el de reintegro de subvenciones, en el que están en juego fondos públicos. Sin duda, el legislador ha pretendido con ello facilitar la labor inspectora de la Administración y la eficacia en la recuperación de subvenciones por eventuales incumplimientos de las condiciones en que se otorgaron.

Para una mayor concreción, interesa una mínima glosa de dicha normativa, haciendo referencia al artículo 21 de la Ley 39/2015, que lleva por título «Obligación de resolver», sobre el fondo de la cuestión suscitada; imposición legal que se extiende a todos los procedimientos «cualquiera que sea su forma de iniciación».

Correlativamente, el artículo 25 de la referida ley, bajo el título de «Falta de resolución expresa en procedimientos iniciados de oficio», prevé, en el primer párrafo de su apartado 1, que el «vencimiento del plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado resolución expresa no exime a la Administración del cumplimiento de la obligación legal de resolver» en los procedimientos iniciados de oficio. Bien es cierto que, si la Administración actuante no resuelve en el plazo máximo establecido en los procedimientos en los que la Administración ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se producirá la caducidad (apdo. 1 b) precepto citado). En estos casos, «la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones».

Teniendo en cuenta que los artículos 21 y 25 se encuadran en el citado capítulo I del título II de la Ley 39/2015, hemos de entender que la regulación del instituto de la caducidad, encuadrada en este marco dispositivo, afecta a todo tipo de procedimiento de las Administraciones u organismos públicos. Por tanto, las reglas de la caducidad contempladas en esta Ley 39/2015 regirán también en las actuaciones de los organismos de la Seguridad Social y entidades gestoras, salvo que exista una normativa específica relativa a la caducidad en la materia suscitada o en el ámbito de la actuación administrativa, especialmente referida a plazos máximos para resolver.

En el caso que nos ocupa, en tanto en cuanto la entidad gestora dicta una resolución de extinción y reintegro de la prestación social de desempleo, dicha actuación es un acto administrativo y, como tal, supeditado, salvo normativa específica, a la Ley 39/2015. Pero no por ello sujeto al control jurisdiccional contencioso-administrativo, precisamente por la especificidad de su actuación en el ámbito de la previsión social, lo que determina que su actuación se sujete al control jurisdiccional social.

Siendo así, cabría abstraerse de la regulación genérica de la Ley 39/2015, otorgándole su carácter supletorio, y afrontar la actividad administrativa de la entidad gestora con sujeción a la normativa específica del ámbito de la previsión social. Si este enfoque normativo desde la especificidad de la materia es posible, lo sería igualmente el cauce procedimental sin verse constreñido el instituto de la caducidad y sus efectos por la regulación del procedimiento administrativo común.

Desde esta perspectiva de la especificidad del ámbito de la previsión social y de su sujeción a la jurisdicción social de las cuestiones que se puedan plantear entre la persona beneficiaria y los órganos de la Seguridad Social y entidades gestoras, cabría dilucidar si es posible una interpretación menos restrictiva que la propuesta por la jurisdicción contencioso-administrativa, respecto al alcance del artículo 95.4 de la Ley 39/2015.

Pues bien, en primer lugar, conviene aclarar a qué tipo de procedimientos se refiere dicho precepto cuando dispone que «podrá no ser aplicable la caducidad en el supuesto de que la cuestión suscitada afecte al interés general, o fuera conveniente sustanciarla para su definición y esclarecimiento»; ¿se refiere realmente a la viabilidad de excepcionar la caducidad a todos los procedimientos administrativos incoados bien sea de oficio o por particulares o solo en los procedimientos iniciados a solicitud de la persona interesada? Para dar respuesta a este interrogante, incumbe precisar que el artículo 95, denominado «Requisitos y efectos» (de la caducidad), se encuadra en la sección 4.^a, bajo la rúbrica de «Caducidad», dentro del capítulo V –«Finalización del procedimiento»– del título IV. Por tanto, de acuerdo con este encuadre general normativo del artículo 95 de la Ley 39/2015, en modo alguno se puede interpretar que los «requisitos y efectos» con que se rubrica dicho precepto se puedan referir exclusivamente a los procedimientos iniciados a solicitud de la persona interesada. De ahí que la redacción de dicho precepto haya que interpretarla en su justa literalidad. Es por ello que el apartado primero de este artículo 95 se refiere a «los procedimientos iniciados a solicitud del interesado», lo que rotundamente excluye los procedimientos de oficio. En cambio, cuando en el apartado 4 del mencionado precepto se dispone que: «Podrá no ser aplicable la caducidad en el supuesto de que la cuestión suscitada afecte al interés general, o fuera conveniente sustanciarla para su definición y esclarecimiento», se ha de interpretar, siguiendo el mismo criterio hermenéutico, que se refiere a todos los procedimientos independientemente de quien los hubiese incoado.

En segundo lugar, no se debería obviar que el juzgador del orden jurisdiccional social no puede limitarse a una aplicación mecánica de la caducidad de un expediente aduciendo una sujeción estricta al principio jurídico general que subyace en la redacción del artículo 25.1 b) de la Ley 39/2015, sin tener en cuenta las circunstancias y toda una cadena fáctica de actuaciones concurrentes tanto de la persona interesada como de la Administración. Es en virtud de estas circunstancias que pueden concurrir en algunos supuestos lo que motivó que la legislación previese excepciones a la regla general de la caducidad. Por tanto, el juzgador tendrá que examinar si concurren las condiciones y circunstancias que podrían haber imposibilitado la resolución de un expediente en el plazo máximo para resolver por su indefinición o necesidad de mayor esclarecimiento de la cuestión suscitada, del mismo modo que deberá analizar si el expediente caducado tiene afectación al interés general, pues, no en vano, la legislación así lo dispuso. Nótese que la posible vulneración del interés general que pudiera derivarse de un archivo automático de las actuaciones administrativas como consecuencia de la aplicación del principio general de caducidad (art. 25.1 b) puede casar con el principio de seguridad jurídica, pero no así con el de justicia social que el juzgador debe también valorar sin infringir las normas jurídicas.

Por otra parte, para poder dar un enfoque interpretativo menos restrictivo de la singulárrima excepción de la caducidad del artículo 95.4 de la Ley 39/2015 desde la percepción del orden jurisdiccional social, se debería tener también en consideración que la incoación de un procedimiento de oficio –en nuestro caso, para la revocación de la prestación de desempleo y derivado reintegro– trae causa de un procedimiento previo iniciado a solicitud

de la persona interesada con la reclamación de la prestación que la entidad gestora, como consecuencia de esa solicitud, le reconoce. Esto es, si la persona beneficiaria no hubiese solicitado la prestación, no existiría el hecho causante para que la entidad gestora incoase procedimiento alguno.

Puede llamar la atención que se pueda aducir que, en el supuesto que analizamos, el procedimiento se haya iniciado realmente por una actuación de la persona interesada y, por tanto, no estaría sujeto a las normas de caducidad de un procedimiento incoado de oficio. Si se admitiese esta concatenación causal con origen en el procedimiento iniciado por la persona beneficiaria, la ulterior actuación administrativa no se vería con autonomía suficiente para que pudiese ser interpretada como la incoación de un procedimiento de oficio sujeto a las normas de la caducidad que rigen en la Ley 39/2015 para este tipo de procedimiento. Realmente, esta interpretación es difícil de sostener toda vez que la Administración da su propio curso a la solicitud de la persona interesada, primero admitiendo y reconociendo la prestación, y posteriormente, cuando comprueba que dicha prestación no cumple el criterio de compatibilidad con otra retribución del erario, procede a la revocación de aquella prestación y al reintegro de las cantidades indebidamente percibidas. Además, por la vía de los hechos se produce una resolución como consecuencia de la apertura de un procedimiento incoado por la entidad gestora, de modo que en este tipo de supuestos no hay realmente una actuación equivalente al silencio administrativo.

4.1. La singularísima excepción del interés general

La cuestión que se pretende dilucidar en este estudio no es tanto si la Administración aún tiene la opción de atenuar su dejadez con un ulterior recurso, cual es la apertura de un nuevo procedimiento con un recorrido ya trillado –respecto a actos y trámites–, sino si la resolución que dictó sobre el fondo en el procedimiento caducado tiene algún efecto jurídico, por ejemplo, cuando el interés general se ve lesionado con la caducidad. En este supuesto cabría preguntarse si el archivo de las actuaciones al que se refiere el artículo 25.1 b) de la Ley 39/2015 implica realmente la terminación del procedimiento en todo caso y situación. En una interpretación como la expuesta por la doctrina del TS de la Sala Tercera, es notorio que el expediente caducado quedaría inhabilitado para que la Administración pudiese resolver sobre el objeto o el fondo del mismo. Pero, entonces, ¿cuándo sería de aplicación excepcionar la caducidad si la cuestión suscitada afecta al interés general? (art. 95.4 Ley 39/2015).

La declaración expresa de la caducidad del procedimiento de oficio, regla axiomática basada en el principio de seguridad jurídica, tiene el contrapeso de la necesaria facultad de autotutela de la Administración pública que, como sujeto de derecho, le permite –si su actuación es conforme a derecho– declararla, imponerla unilateralmente y ejecutarla sin que tenga que acudir a su validación judicial. Conviene advertir que los fines y valores que inspiran su actuación, al servicio de los intereses generales, propician una necesaria acción ejecutiva si aquellos se ajustan y sujetan al derecho.

El ordenamiento jurídico, con respaldo constitucional (art. 103.1 CE), le otorga a la Administración una posición de privilegio respecto de los/las administrados/as, porque los servicios públicos a ella confiados requieren de una necesaria gestión eficaz, pero también justa. Es por ello que la caducidad del procedimiento como instrumento de su finalización responde al criterio de poner en valor la seguridad jurídica, pero no necesariamente al criterio de justicia distributiva de los recursos (el interés general). Así pues, no es entendible una interpretación del interés general circunscrita exclusivamente a los principios rectores de la política o de los derechos fundamentales. Bien al contrario, la perspectiva de la justicia distributiva es la que define y da contenido al interés general.

Bien es cierto que la evocación al interés general (art. 95.4 Ley 39/2015) no puede alegarse en todo expediente de reintegro de fondos públicos indebidos, en tanto en cuanto gran parte de los procedimientos administrativos iniciados de oficio persiguen en esencia el interés general al que la Administración sirve. Por tanto, excepcionar la caducidad por la supuesta invocación al interés general supondría en la práctica anular el instituto de la caducidad y, en consecuencia, la quiebra de la certeza de derecho y de la seguridad jurídica.

La jurisprudencia, especialmente de la Sala Tercera del TS, viene a confirmar la necesidad de una interpretación restrictiva de esta singularísima excepción de la caducidad advirtiendo la lesión del interés general, especialmente en cuanto la cuestión objeto de debate afecta a una persona particular o un número reducido de estas. Así lo argumenta esta sala:

[la] idea de interés general tiene allí [se refiere al art. 92.4; hoy 94.4 Ley 39/2015] un significado más restringido, pues tiene que ver con la relevancia del asunto para un círculo de personas más amplio que el de los interesados en el concreto procedimiento administrativo; es decir, se trata de que la resolución que haya de adoptarse pueda ser de interés para el público en general o, al menos, para una fracción significativa del mismo (STS, Sala 3.^a, de 12 de marzo de 2019, rec. 676/2018; citando, en este caso, su Sentencia de 23 de junio de 2015, rec. 2879/2013).

No parece acertada la argumentación jurisprudencial respecto a la necesaria afectación colectiva para que se pueda excepcionar la caducidad en atención a la lesión del interés general. Resulta inapropiado que se requiera como condición objetiva, para excepcionar la caducidad atendiendo al interés general, una supuesta necesaria «fracción significativa» de público para tasar la relevancia en la lesión de la integridad de los fondos públicos. No es el número de personas objeto de la afectación en el procedimiento incoado lo que debiera ser relevante para que operase la singularísima excepción de la caducidad con fundamento en el interés general, sino el monto significativo de los fondos públicos defraudados o indebidamente percibidos independientemente del número de personas que se beneficien injustamente de ellos. Aun cuando la afectación se restringe a la persona a la que se le revoca la prestación derivándosele el reintegro, no por ello queda indemne el interés general como consecuencia del archivo de las actuaciones, toda vez que el erario se ve mermado por la percepción indebida de la persona beneficiaria.

Por tanto, es evidente que el procedimiento de revocación de la prestación de desempleo y su derivado reintegro afecta al interés general dado que entra de plano en la actividad de la efectiva recaudación de fondos públicos por parte de la entidad gestora. Su función de recaudación y reintegro de prestaciones indebidas está estrictamente sujeta a la ley, de suerte que no puede sustraerse de su eficaz observancia porque afecta a los fondos de la previsión social. Así pues, en este caso, la entidad gestora no solo está obligada a resolver sobre la cuestión suscitada para dar cumplimiento al principio de seguridad jurídica al que la persona beneficiaria tiene derecho, sino también que está mandatada para que su actuación de gestión de fondos de la previsión social sea la que corresponde en justicia haciendo retornar aquellas cantidades indebidamente percibidas por quien no tiene derecho a ellas en beneficio de aquellas personas que legítimamente accedan y se les reconozca la prestación.

Siendo así, ¿cuál es el motivo de fondo por el que el juzgador no puede acogerse a la excepcionalidad de la caducidad que le proporciona el artículo 95.4 de la Ley 39/2015 para examinar «extemporáneamente» el fondo de una cuestión que atañe a los intereses sociales, especialmente de quienes pudiendo tener acceso al reconocimiento de una prestación no se les concede porque los fondos públicos de previsión social son limitados? ¿Por qué se prima la seguridad jurídica de una persona particular sobre un bien jurídico colectivo? Es un principio de justicia distributiva que quien haya percibido indebidamente fondos públicos los restituya a la mayor brevedad. Pues bien, el juez o la jueza tiene en sus manos esta posibilidad invocando el interés general en la cuestión que es objeto de debate.

También es cierto que, siendo de justicia que la entidad gestora gestione con eficacia los fondos públicos y la integridad de los mismos, no por ello se puede admitir como axioma que todo procedimiento administrativo incoado para el reintegro de prestaciones indebidas o destinado a obtener fondos públicos pueda verse acogido a la excepción singular de la caducidad en razón del interés general prevista en el artículo 95.4 de la Ley 39/2015, lo que sería tanto como derogar judicialmente la caducidad en la medida en que «la mayoría de los procedimientos administrativos iniciados de oficio, en cuanto persiguen un interés general, o así debería ser, no estarían sujetos a los plazos de caducidad» (STS, Sala 3.^a, de 23 de junio de 2015, rec. 2879/2013).

Por ello, se tendría que dar mayor concreción a la norma para allanar el camino al juzgador para los supuestos de revocación de una prestación y derivado reintegro en un procedimiento de oficio ya caducado sobre el que la Administración dicta resolución de fondo aduciendo el perjuicio causado al interés general. Es, pues, un problema de jerarquía de valores o de principios con el que tiene que enfrentarse el juzgador, anteponiendo, de ser el caso, el principio de «justicia distributiva» al de «seguridad jurídica». De ahí que, desde el enfoque de la especificidad del orden jurisdiccional social, no resultaría huero explorar la opción de que el juez o la jueza se pronunciase sobre el fondo atendiendo a la excepción singularísima del artículo 95.4 de la Ley 39/2015.

4.2. La concurrente o subsidiaria petición de resolución del fondo de la cuestión

En este contexto que analizamos, pensemos en un proceso judicial en el que las partes no se limiten exclusivamente al planteamiento y exposición de los requisitos y efectos de la caducidad, sino que plantean, al menos subsidiariamente, que exista un pronunciamiento judicial sobre el fondo para lo que aportan la relación de hechos y los fundamentos jurídicos que les asisten para que el juez o la jueza entre en la materia objeto de debate. Es recurrente el caso de la persona beneficiaria de una prestación revocada extemporáneamente con el derivado reintegro que acude al juez o jueza de instancia del orden jurisdiccional social para que se pronuncie no solo sobre la posibilidad de que se archiven las actuaciones por haber transcurrido el plazo de la entidad gestora para resolver, sino también para que se pronuncie sobre el fondo de la cuestión. Pretensión que, en todo caso, va a aducir la Administración actuante oponiéndose a que se admita la caducidad. En este contexto procesal en el que la persona beneficiaria de la prestación aduce la caducidad y, subsidiariamente, la resolución sobre el fondo –teniendo en cuenta, además, que la Administración invocará, en su contestación a la demanda, que se resuelva la cuestión suscitada–, el juez o la jueza de instancia se limitará a dar su curso a la causa. Concluido el proceso con todas las garantías procesales –habiéndose dado audiencia a las partes y practicado las pruebas que se hubiesen propuesto–, el juez o la jueza de instancia podría limitarse a desestimar directamente toda pretensión relacionada con el fondo de la cuestión dictando el archivo de las actuaciones administrativas por caducidad del procedimiento. Pero, aun así, en instancia se tuvo conocimiento de las circunstancias y la relación fáctica de la cuestión suscitada.

Si la decisión de instancia se recurre en suplicación ante el TSJ, tanto si la desestima como si la ratifica, también tendrá ocasión de conocer todas las circunstancias que afectan a la cuestión suscitada en tanto en cuanto se debatió en instancia. Si la sentencia del TSJ fuese objeto de recurso de casación unificadora y se admitiese, se podría dar la situación de que el TS dictase la caducidad del procedimiento, aun conociendo que el juez o la jueza en instancia o en suplicación o en ambos niveles ya se hubiese pronunciado sobre el fondo.

Siendo así, el TS tendría un conocimiento exhaustivo de los hechos y de los razonamientos jurídicos de los pronunciamientos dictados, al igual que tendría conocimiento de que el proceso se habría desarrollado con toda su pureza y con todos los cauces procesales. Por tanto, si el TS, conocidos los hechos y los pronunciamientos judiciales del caso, dicta la caducidad al solo objeto de que la Administración incoe un nuevo procedimiento con los mismos actos y trámites en la vía administrativa y también en el ámbito judicial, todo ello, ateniéndose al privilegio que le ofrece el artículo 95.3 de la Ley 39/2015, previsiblemente no se alterarán los elementos fácticos ni los razonamientos jurídicos en este nuevo proceso ulterior sobre el fondo de la misma cuestión planteada en el anterior proceso en el que el TS estimó la actuación administrativa caducada.

De ahí que se cuestione la utilidad de repetir un proceso que no va a tener más garantías procesales, pese a que el nuevo tenga que cumplimentar «los trámites de alegaciones, proposición de prueba y audiencia al interesado» (párr. segundo, art. 95.3 Ley 39/2015). Así pues, si antes de declarar la caducidad, el juzgador tiene todos los elementos de prueba para decidir, no tiene sentido dilatar la decisión judicial sobre el fondo en perjuicio del interés de la previsión social al que sirve la entidad gestora. Siendo así, la caducidad carece «de toda utilidad en los procedimientos administrativos iniciados de oficio», por lo que «sería lógico permitir fácilmente a la Administración la reapertura de los procedimientos caducados mientras no haya prescrito la acción correspondiente». López Ramón (2014) advierte que a la hora de reabrir un procedimiento caducado no prescrito se debería distinguir entre los procedimientos con efectos desfavorables o de gravamen no sancionadores de los estrictamente sancionadores. Los primeros permitirán a la Administración la reanudación del expediente caducado no prescrito «a fin de mantener la integridad de la potestad pública en ejercicio», mientras que los procedimientos sancionadores han «de someterse a requisitos y garantías que parecen incompatibles con la posibilidad misma de reapertura del procedimiento caducado» (López Ramón, 2014, p. 37).

No se nos escapa que una cosa es el deber ser y otra muy distinta es el ser conforme a derecho. La acumulación de pretensiones incompatibles entre sí en el suplico de la demanda con carácter eventual o subsidiario, ante la previsión de que las principales no sean estimadas, se tiene que hacer constar por el orden en el que las personas litigantes quieren que sean examinadas, y separadamente. La cuestión que todavía no se ha zanjado totalmente es si la pretensión subsidiaria, planteada *ad cautelam* –en el caso que nos ocupa por la persona demandante para que el juez o la jueza resuelva sobre el fondo, presupone una claudicación de quien actúa con respecto a su pretensión principal (en nuestro caso, la caducidad del expediente). En buena lógica procesal, el juez o la jueza debería valorar, en primer lugar, la pretensión principal expresada en el suplico de la demanda, esto es, la concurrencia o no de los requisitos necesarios para que se declare el archivo de las actuaciones por caducidad. No cabe otro planteamiento por parte del juzgador, toda vez que quien demanda no establece en su suplico una acumulación alternativa de pretensiones con una simple clasificación ordenada, lo que le permitiría al juez o jueza considerar aquella más idónea para la resolución del litigio. Aun así, este tipo de suplico con pretensiones alternativas, sin una priorización sistemática, tiene pocos visos de que el juez o la jueza admitiese en estos términos el suplico de la demanda, dado que se podrían vulnerar los derechos de la persona demandada, quien se ve en la incertidumbre de no saber qué alegar en su defensa por la indefinición de las pretensiones de la demandante.

Así pues, no es previsible que, en la práctica, la pretensión subsidiaria implique una claudicación de la principal, máxime en el supuesto de que la caducidad se contemple como la pretensión principal. Pues, a nivel formal y práctico, sin entrar en consideraciones relativas al interés general, una vez deducida la caducidad en vía judicial –si no hubiere prescrito la acción a que tiene derecho la Administración sobre la cuestión planteada en el expediente fenecido–, la entidad gestora tendría vía libre para incoar un nuevo expediente

administrativo de oficio y resolver con nuevos elementos de prueba, añadidos a aquellos actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual, de no haberse producido la caducidad (art. 95.3 Ley 39/2015).

Si, además, el nuevo acto administrativo fuese recurrido en vía judicial, esta vez ya directamente sobre el fondo de la cuestión suscitada, el juzgador tendría ante sí un proceso limpio y puro de rémoras y juicios de valor previos que pudieran mediatizar su decisión. Por tanto, aquella caducidad del expediente declarada en el proceso judicial permite que el nuevo proceso sobre la misma materia, si lo hubiere, se desarrolle *ab initio* con toda su pureza procesal, la que se infiere, precisamente, de los principios que emanan del propio instituto de la caducidad, pues esta viene a dar fe de que el procedimiento fenecido no existe y lo que se plantee sobre la misma cuestión será *ex novo*.

4.3. Definición o esclarecimiento de la cuestión suscitada

En relación con la posibilidad de que la jurisdicción social pueda excepcionar la aplicación de la caducidad en los procedimientos incoados de oficio atendiendo a lo prescrito en la segunda parte del artículo 95.4 de la Ley 39/2015, que prevé que no se aplique la caducidad si la cuestión objeto de debate «fuera conveniente sustanciarla para su definición o esclarecimiento», cabe reseñar que se trata de una puerta abierta por la que podría transitar la Administración en aquellos casos complejos o en los que la persona interesada presta escasa colaboración. Obviamente, la entrada en escena de esta excepción dependerá de las condiciones y circunstancias de la cuestión suscitada. No parece descabellado que se pueda acudir a esta excepción cuando la entidad gestora tenga un conocimiento tardío de las circunstancias determinantes de la incompatibilidad de percepciones debido a la complejidad de la materia o a los subterfugios y ambages de dudosa legalidad de la persona interesada. En supuestos de este tipo, el esclarecimiento de la relación fáctica requiere tiempo y recursos humanos y materiales para que la actuación administrativa se formalice en plazo con criterios técnicos y jurídicos ajustados a la materia que es objeto del acto administrativo. Por tanto, circunscribir la cuestión suscitada a unos estrictos términos cronológicos representa una interpretación endeble de la norma jurídica.

Sin embargo, la jurisprudencia imperante mantiene un criterio restrictivo a la hora de excepcionar la aplicación de la caducidad con base en una necesaria definición y esclarecimiento de la cuestión suscitada, considerando al respecto que:

[...] la mayor o menor complejidad de un tipo concreto de procedimientos no demanda de suyo la exclusión del instituto de la caducidad, sino la fijación en la norma oportuna [art. 42.2 Ley 30/1992; hoy art. 21.2 Ley 39/2015] del plazo máximo, adecuado a aquella complejidad, en que haya de notificarse la resolución expresa que ponga fin a este tipo de procedimientos (STS, Sala 3.ª, de 13 de marzo de 2008, rec. 1366/2005).

Lo cual no deja de ser un criterio excesivamente rígido y restrictivo, dado que no todos los expedientes relativos a una misma materia –con un plazo fijado para resolver por la norma reguladora– tienen la misma complejidad. Como es obvio tampoco se le puede habilitar a la entidad gestora que fije un plazo *ad hoc* para resolver cada uno de los expedientes y procedimientos que incoe de oficio, por lo que será el juez o la jueza quien deba valorar la complejidad fáctica del procedimiento. En el caso que nos ocupa, excepcionar la aplicación de la caducidad con base en una necesaria definición y esclarecimiento de la prestación de desempleo puede resultar artificioso. Las amplias facultades de las entidades gestoras y de sus servicios competentes en cuanto a inspección y control de la prestación la colocan en una posición de privilegio que le impide realmente aducir que la cuestión suscitada necesita de mayor definición o esclarecimiento. Pensemos que, en general, la falta de resolución en el plazo máximo para resolver es debida a la escasez de recursos materiales y humanos, y, probablemente, en algunos supuestos, a una carente diligencia y deficiente organización.

5. Conclusiones

Pese a la extensa literatura sobre el instituto de la caducidad de los procedimientos administrativos incoados de oficio, todavía no está cerrado el debate jurídico en torno a dos cuestiones especialmente controvertidas en las que este estudio ha pretendido incidir.

En primer lugar, sería necesario impulsar una estructura normativa más precisa sobre la singularísima potestad de la Administración de excepcionar la caducidad cuando la cuestión suscitada afecte al interés general.

En segundo lugar, todavía no se ha allanado el camino de la agitada discusión jurídica doctrinal y jurisprudencial respecto a si es necesaria o no la declaración expresa de la caducidad –una vez transcurrido el plazo máximo para resolver–, para que el procedimiento incoado se entienda como finalizado y fenecido y sin opciones de dictar resolución extemporánea sobre el fondo de la cuestión suscitada. No queda claro si el procedimiento se convierte en inexistente por el mero transcurso del tiempo, esto es, por caducidad o por su necesaria declaración de caducidad por parte del órgano administrativo. Debería definirse con mayor claridad la caducidad procedimental frente a la caducidad del procedimiento que solo deviene de su previa declaración de caducidad.

En tercer lugar, si aplicamos los principios normativos al ámbito del instituto de la caducidad, intuimos que, cuando la caducidad comporte un vicio de nulidad de pleno derecho, el/la administrado/a puede recurrir ante la propia Administración para que anule su resolución y, si es denegada su reclamación, podrá interponer los recursos ordinarios en vía judicial. Mientras que, si el vicio es de mera anulabilidad, no podrá reclamar ante la Administración para que esta declare lesivos sus propios actos o que revoque actos desfavorables para la Administración.

Referencias bibliográficas

- Aguado i Cudolà, Vicenç. (1999). *Prescripción y caducidad en el ejercicio de potestades administrativas*. Escola d'Administració Pública de Catalunya.
- Aguado i Cudolà, Vicenç. (2001). *El recurso contra la inactividad de la Administración en la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*. Marcial Pons.
- Alonso Olea, Manuel. (1993). De nuevo sobre la revocación de los actos administrativos: ahora sobre los actos de reconocimiento de prestaciones de Seguridad Social. En Lorenzo Martín-Retortillo Baquer (Coord.), *La protección jurídica del ciudadano (procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional)*. Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez (T. I) (pp. 587-598). Civitas.
- Álvarez Cortés, Juan Carlos. (2004). Algunas ideas sobre la devolución de prestaciones indebidamente percibidas y la prescripción de su exigencia, tras la nueva redacción dada al artículo 45.3 LGSS por la Ley 66/1997. STS (Social) de 18 de noviembre de 2003. *Temas Laborales*, 73, 311-325.
- Caballero Sánchez, Rafael. (1999). Nacimiento y evolución del instituto de la caducidad en el derecho administrativo. *Revista Vasca de Administración Pública*, 55, 9-69.
- Gómez Puente, Marcos. (1997). *La inactividad de la Administración*. Aranzadi.
- Gómez Puente, Marcos. (1999). Prescripción, caducidad y perención administrativas. *Justicia Administrativa. Revista de Derecho Administrativo*, 4, 17-40.
- Hernández González, Francisco Lorenzo. (1998). *La caducidad del procedimiento administrativo*. Montecorvo.
- Huergo Lora, Alejandro José. (1995). La desigualdad en la aplicación de potestades administrativas de gravamen: remedios jurídicos. *Revista de Administración Pública*, 137, 189-238.
- López Pellicer, José Antonio. (1999). La caducidad del procedimiento administrativo sancionador: ¿puede reabrirse y tramitarse otro si la infracción no ha prescrito? *Actualidad Administrativa*, 42, 1.171-1.199.
- López Ramón, Fernando. (2014). La caducidad en los procedimientos de oficio. *Revista de Administración Pública*, 194, 11-47.
- Santamaría Pastor, Juan Alfonso. (2005). Caducidad del procedimiento (art. 44.2 LRJAP). *Revista de Administración Pública*, 168, 7-56.
- Tardío Pato, José Antonio. (2005). Consideraciones sobre la caducidad del procedimiento administrativo. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 298, 11-53.



¿Adiós a la austeridad, viva la «inversión» social? De las macrocifras a la letra pequeña laboral y social de los presupuestos generales del Estado para un tiempo pos-COVID-19

Cristóbal Molina Navarrete

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

Extracto

España llevaba sin unos nuevos presupuestos generales del Estado desde 2018. La difícil aritmética parlamentaria obligó a dos prórrogas de los precedentes que, sin embargo, respondían a un tiempo presidido por la austeridad (aunque parcialmente corregida por el propio cambio de coyuntura económica y por la necesidad de conciliar intereses políticos diversos y razones de índole electoral del tiempo). Los nuevos presupuestos generales del Estado para 2021 se presentan como los más expansivos socialmente de nuestra historia. Aumentan todas las partidas para las políticas de mercado de trabajo y de protección social. Ahora bien, si pasamos de las cifras macroeconómicas a la letra concreta de las reformas legales que impulsan en las relaciones de trabajo y de protección social la ambición político-social cae notablemente.

Además de que nacen en un escenario de tensión intensa ante la expectativa de congelación del salario mínimo interprofesional, dejan aplazados para el futuro los cambios sociolaborales más relevantes que preconizan y que se necesitan, incluso respecto del ingreso mínimo vital (se aportan 3.000 millones de € para financiarlo, pero no se incluyen las reformas necesarias para hacerlo realmente útil –alguna mejora de gestión incluye el RDL 35/2020, de 22 de diciembre–). Por eso, la valoración global, hecha atendiendo a la letra pequeña legal, es menos optimista. El artículo da cuenta detallada de las reformas legales, en el ámbito laboral y de seguridad social, que contempla la Ley de presupuestos generales del Estado para 2021, las que incluye y las que demora.

Palabras clave: presupuestos generales del Estado; formación dual universitaria; planes de pensiones; Fondo de Garantía Salarial; permisos para la conciliación de la vida laboral y familiar.

Fecha de entrada: 18-12-2020 / Fecha de revisión: 30-12-2020 / Fecha de aceptación: 31-12-2020

Cómo citar: Molina Navarrete, Cristóbal. (2021). ¿Adiós a la austeridad, viva la «inversión» social? De las macrocifras a la letra pequeña laboral y social de los presupuestos generales del Estado para un tiempo pos-COVID-19. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 454, 91-122.



Goodbye to austerity, long live social «investment»? From large numbers to small print, labor and social, of the general state budgets for a post-COVID-19 time

Cristóbal Molina Navarrete

Abstract

Spain has not had a general state budget since 2018. The difficulty to achieve a parliamentary majority forced the coalition government to carry out two extensions of the previous budget. This, however, responded to a time dominated by austerity (although partially corrected by the change in the economic situation itself and by the need to reconcile diverse political interests and electoral reasons of the time). The new general budget for 2021 is presented as the most socially expansive («Keynesian») in our history. Increase all amounts for labor market and social protection policies. Now, the political-social ambition drops notably if we go from the macro-economic figures to reading the concrete letter of the legal reforms that it promotes in labor relations and social protection.

The budget is not only born in a scenario of intense tension due to the expectation of a freezing of the interprofessional minimum wage, but also postpones the most relevant socio-labor changes that it proposes and that are needed, even with respect to the minimum vital income (they contribute 3.000 million € to finance it, but skips the necessary reforms to make it really useful –some inter-administrative management improvement includes RDL 35/2020, December 22–). For this reason, the global assessment, made according to the legal fine print, is less optimistic. This article gives a detailed account of the legal reforms, in the labor and social security sphere, contemplated by the State Budget Act for 2021, what it includes and what it delays.

Keywords: general budgets; dual university training; pension plans; Salary Guarantee Fund; permits for the reconciliation of work and family life.

Citation: Molina Navarrete, Cristóbal. (2021). Goodbye to austerity, long live social «investment»? From large numbers to small print, labor and social, of the general state budgets for a post-COVID-19 time. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 454, 91-122.

Sumario

1. Ley «necesaria» y «deseada»: la larga espera ha llegado a su final (¿feliz?)
2. Los «cuentos» de las «cuentas» sociales para 2021: un rápido repaso por el relato preambular
3. Las principales novedades en el cuerpo normativo de la LPGE/2021: pocas, pero de gran impacto económico-financiero
 - 3.1. Culminación (progresiva) del principio (contable) de separación de fuentes financieras de las pensiones: una garantía («artificiosa») de equilibrio presupuestario
 - 3.2. El incremento de las retribuciones de las personas empleadas públicas y, de forma más encubierta, la temporalidad (¿«abusiva»?)
 - 3.3. Disposiciones relativas a la cotización: avance en el destope de las bases máximas. Interferencias del RDL 35/2020
4. Reformas incluidas y prometidas en la parte extravagante de la LPGE
 - 4.1. Mejoras inmediatas, otras siguen aplazadas o suspendidas en sus efectos
 - 4.1.1. Descongelación del IPREM como umbral mínimo para el acceso a las prestaciones
 - 4.1.2. La subida del nivel mínimo de prestación de atención a las personas dependientes
 - 4.1.3. Medidas continuativas en (¿eterna?) espera de mejores tiempos: suspensiones de reformas legislativas precedentes en línea con anteriores LPGE
 - 4.1.4. El fondo de pensiones público de empleo: la «euskadización» del sistema en busca del segundo pilar del sistema de pensiones
 - 4.1.5. Compromisos de mejoras futuras de los diversos sistemas de protección social: las prestaciones de Seguridad Social y gestión de la tarjeta sanitaria
 - 4.2. Las reformas de leyes sociales y laborales básicas por la LPGE/2021: son todas las que están, pero no están todas las que son (o deberían)
 - 4.2.1. Una panorámica general
 - 4.2.2. Novedades de la LPGE/2021 en el «Estatuto de las personas trabajadoras»
 - 4.2.3. Novedades en el Estatuto básico de las personas empleadas públicas: mejoras de la conciliación en aras de la igualdad de trato entre todo el personal
 - 4.2.4. Novedades en la LGSS: más compatibilidad de la pensión de jubilación con trabajo a cambio de incrementar la (pírrica) cuota solidaria
 - 4.2.5. La nueva reforma del IMV urgente y ausente: ¿para cuándo las correcciones que lo hagan realmente fiable?

Muerto Prim [aquel hombre cuya gran figura histórica estaba destinada a ser la puerta que tapaba los famosos «jamases», aquel hueco por donde habían salido seres e institutos condenados a no entrar mientras él viviera] quedó abierto el boquete, y por él se veían sombras lejanas que miraban medrosas, sin atreverse a dar un paso hacia acá. Era pronto para entrar; pero como quedaba franco el camino, ya les llegaría su ocasión. Aquel día, 30 de diciembre de 1870, supo España que toda puerta es practicable cuando no hay un cuerpo bastante recio que la tape y asegure [...]. Las devociones reaccionarias y frailunas rezaron por el muerto con esta dulce letanía: «Vivir para volver».

B. Pérez Galdós (*España trágica*)

1. Ley «necesaria» y «deseada»: la larga espera ha llegado a su final (¿feliz?)

Todo el mundo sabe que una ley de presupuestos generales del Estado (LPGE) tiene, formalmente, periodicidad anual. Pero, en realidad, suele tener una vigencia material muy superior. Por lo común, alberga la ambición de impulsar, a través de su financiación, cambios (económicos, sociales, culturales, tecnológicos, etc.) que desbordan el año. No por casualidad, pese a tratarse de la ley de coyuntura (económico-financiera) por antonomasia, gusta de hacer numerosas reformas legislativas en su «parte extravagante», con «vigencia indefinida».

Sin embargo, no menos sabido es que la LPGE vigente antes de la actual ([Ley 11/2020, de 30 de diciembre](#), de PGE para el año 2021) marcó, en el plano formal incluso, una etapa más larga de lo esperado, y desde luego de lo aconsejable, por las sucesivas prórrogas que debió experimentar ante la imposibilidad de alcanzar un acuerdo de mayorías parlamentarias necesarias para aprobar una nueva LPGE. Por fin, y en medio de gran tormenta político-institucional, junto a la triple crisis derivada de la pandemia, que padecemos aún, pese a estar ya en el tiempo de las vacunas frente al SARS-CoV-2 y, en consecuencia, ante el horizonte de la era pos-COVID-19 más creíble, ha llegado la nueva LPGE. Naturalmente, sus promotores (los partidos políticos que sostienen al primer Gobierno de coalición en democracia constitucional) la han presentado con extraordinaria algarabía y grandilocuencia extrema, con el calificativo –desnaturalizado a fuerza de ser usado tan recurrentemente– de «histórica».

Un apelativo que no derivaría solo del hecho en sí de contar con una LPGE propia, dado el muy largo periodo de espera. No debe ser fácil de armar económica y financieramente un

nuevo programa de Gobierno con la prórroga, en lo sustancial (hubo algunas modificaciones concretas mediante la técnica de autoridad consistente en el real decreto-ley –RDL–, de recurso tan abusado por todos los Gobiernos¹, al margen de su color político), de unos PGE criticados –quizás con buenas razones– por ser un Gobierno al que se opuso vivamente, primero derrotándolo en una moción de censura y luego imponiéndose en unas elecciones generales. Pero no es esta faceta política en sentido estricto (también de –legítima– venta ideológico-partidista de una ley crucial para realizar los objetivos de un programa de gobierno) la que aquí me interesa.

La valoración dada –incluidos también los medios de comunicación y en la mayor parte de sus analistas, aunque varios enfatizan también la [subida de impuestos](#)– de «histórica» a esta LPGE residiría, más bien, en su orientación, también con incidencia jurídico-social. Desde 2010, la orientación presupuestaria ha sido hegemonizada por el valor de la austeridad (encubierto bajo la fórmula más tecnologizada de «estabilidad económico-presupuestaria» y amparada en el «mercado CEE» –insuperable exigencia de la Unión Europea–). En cambio, la LPGE/2021 defendería «a capa, espada y escudo (social)» el valor opuesto: la expansión económica y el «gasto social» («inversión social»). El «[Libro amarillo](#)» (por el color de su portada) de los PGE no ha tenido rubor alguno en expresarlo con letras, para convencernos de que es el PGE «más social» de la democracia, y, sobre todo, con cifras macroeconómicas que marean, repitiéndolo una y otra vez como una letanía (todas las partidas sociales suben, tras años a la baja, y algunas mucho –demasiado–: un total del 10,3 %, sumando la cantidad de casi 240.000 millones de €).

No, tampoco querría mortificar a la sufrida persona lectora de estas líneas con el detalle de todas estas cifras y las partidas que conforman en el general ámbito de las políticas de mercado de trabajo (políticas activas de empleo) y de protección social, no agotadas en las prestaciones del sistema de Seguridad Social (la de pensiones, rama de protección por desempleo –políticas «pasivas» de empleo–, ingreso mínimo vital –IMV–), sino que abarcan otros, como el sanitario y el de atención a las personas con dependencia. Mi pretensión es otra.

Se trata de descender a la «letra más pequeña» del impacto jurídico de la LPGE en el ámbito de las relaciones de trabajo, de seguridad social e, incluso, de protección social

¹ La propia LPGE/2021 ha venido precedida por dos nuevos reales decretos-leyes sobre aspectos que, de un modo u otro, se relacionaron con la negociación inicial de los PGE: [RDL 35/2020, de 22 de diciembre](#), de medidas urgentes de apoyo al sector turístico, la hostelería y el comercio y en materia tributaria (afecta, entre otros aspectos, a exoneraciones de cuotas en relación con los expedientes de regulación temporal de empleo –ERTE– prorrogados automáticamente en estos sectores hasta el 31 de enero de 2021; medidas prestacionales a favor de determinados colectivos –sector turístico y artistas–; adecuación del periodo de duración del subsidio por desempleo de personas fijas discontinuas a las situaciones suspensivas derivadas de la pandemia ex [art. 277.4 Ley general de la Seguridad Social –LGSS–](#), etc.) y [RDL 37/2020, de 22 de diciembre](#), de medidas urgentes para hacer frente a las situaciones de vulnerabilidad social y económica en el ámbito de la vivienda y en materia de transportes. El [RDL 36/2020, de 30 de diciembre](#), es relativo a las medidas urgentes para la modernización de la Administración pública y para la ejecución del Plan de recuperación, transformación y resiliencia.

(aquí más limitadamente). Pero previamente a esa labor de microanálisis jurídico sobre los principales aspectos de actualidad sociolaboral de la LPGE/2021, al menos dos observaciones me merecen esta mirada con un alcance más general, si bien relacionada directamente con nuestro objeto de estudio.

De un lado, es imposible no expresar la profunda paradoja (si no contradicción) que sugiere la comprobación, en el momento en que inicié este comentario, del debate en torno a la conveniencia o no de subir el salario mínimo interprofesional (SMI). No albergaba duda sobre su suerte final (se resolvería como –casi– siempre en este ámbito jurídico: una solución transaccional, típica de las normas sociales: o «una quita» –subirá, pero poco, menos en todo caso de lo pretendido, incluso socialmente necesario–, o «una espera» –subirá en 2021, sí, pero cuando haya mejor coyuntura económica²–): ¿se entiende racionalmente que suba el salario funcional (0,9 % del IPC) y prestacional (0,9 % las pensiones; 1,4 las no contributivas), incluido el tantas veces congelado indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM) (su alza se califica de histórica también), y no la retribución-suelo de las personas trabajadoras «pobres»? ¿Cómo un Gobierno social asume una afirmación típica de la economía liberal, pero sin evidencia científica suficiente, por más que la defiendan tanto el Banco de España como la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (AIReF), según la cual la subida del SMI crea desempleo en colectivos especialmente vulnerables, por tratarse de empleos no cualificados?

No, no es posible comprenderlo desde la razón jurídico-social «pura» que dice animar este nuevo tiempo («nadie se quedará atrás»), sino solo políticamente. Quizás esta devaluación del [artículo 27 del Estatuto de los Trabajadores](#) (ET) (avalada por la Sentencia del Tribunal Supremo –[STS](#)–, [Sala 3.ª](#), [1268/2020](#), [de 7 de octubre](#)) pueda tener los días contados, una vez que sea aceptado el control directo por el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS), órgano de garantía del cumplimiento de la [Carta Social Europea revisada](#), a través del Protocolo de reclamaciones colectivas de 1996³. El SMI de España, pese a sus importantes crecidas, sigue sin ser jurídicamente conforme a la doctrina del CEDS (*vid.* el [análisis de actualidad de la profesora Carmen Salcedo](#) en el número de diciembre/2020 de esta revista).

De otro lado, resulta también paradójico, o al menos así me lo parece, que una ley que se tiene a sí misma como el principal motor de un nuevo modelo productivo (toda LPGE siempre se quiere y se cree el banderín de salida de tan anhelada ensoñación, tanto como necesaria

² La opción por «la espera» se concreta en la disposición adicional 6.ª del [RDL 38/2020, de 29 de diciembre](#), prorrogándose el de 2020 hasta que se apruebe el real decreto por el que se fije el SMI para 2021 en el marco del diálogo social.

³ El [Consejo de Ministros del 22 de diciembre de 2020](#) tomó este acuerdo:

En relación a la parte IV, artículo D, párrafo 2, de la Carta Social Europea (revisada), España declara que acepta la supervisión de sus obligaciones contraídas en la Carta según lo que establece el procedimiento recogido en el Protocolo Adicional a la Carta Social Europea que desarrolla un sistema de reclamaciones colectivas, hecho en Estrasburgo, el 9 de noviembre de 1995.

resulta, de ahí la histórica «tragedia socioeconómica española», que la COVID-19 ha vuelto a desvelar, como si de un «Episodio nacional» del insigne Galdós se tratara), para un crecimiento económico asentado –ahí es nada la ambición de gloria postrera– en una «triple revolución» (digital, verde –la ambivalente asociación de ambas ha sido expresada muy sugerentemente en el [editorial de este número](#)– y social –transiciones justas–), se contente con tan limitadas novedades sociolaborales. Sorprende que tan relevante motor de «transiciones» se plasme en tan limitadas novaciones sustantivas.

Cierto, no es misión constitucional ni social de la LPGE/2021 acometer incisivas (extensas e intensas) reformas legislativas sustantivas, que incluso podrían encontrar obstáculos formales. Los grandes cambios jurídicos (por ejemplo, nueva reforma laboral, se presente como contrarreforma –de manera más prosaica, salvo la «épica de lo cotidiano», que escribiera M. Benedetti– o como proceso estatutario a favor de un Estatuto de las personas trabajadoras del siglo XXI –con la lírica más potente de la «épica de lo revolucionario» y socialmente innovador–; conversión en palabra de ley de las Recomendaciones del Pacto de Toledo) requieren procesos legislativos específicos, con debates parlamentarios, tras el debido diálogo social, propios y sosegados. Ahora bien, ni sería la primera vez que sucediera lo contrario, más bien ha venido siendo tónica general de este tipo de leyes axiales para una legislatura (aunque nazcan año a año), ni en la situación actual se justifica que no se hayan afrontado algunas reformas importantes urgentes, como las requeridas –una vez más– por la prestación del IMV.

2. Los «cuentos» de las «cuentas» sociales para 2021: un rápido repaso por el relato preambular

Si toda ley pretende y debe (al menos en el discurso, incluso en una imagen romántica de la misma, si se prefiere) ser algo más que la alargada (a veces deformada) sombra de los valores superiores de un ordenamiento jurídico ([art. 1.1 Constitución española](#) –CE–), es manifiesto que una ley que se pretende histórica no puede renunciar, en su parte explicativa, la del «preámbulo-cuento», a explicitarlos con la mayor solemnidad y grandilocuencia posible. Las cuentas (que se quieren accesibles con la publicación de diferentes «[libros explicativos](#)» para «torpes» numéricamente) no serían nada más que la forma (instrumento) para realizar en la vida cotidiana de la ciudadanía (de toda, porque «nadie se queda atrás» –se dice–) los valores de referencia que constituyen su «santo y seña». A saber:

[...] la cohesión, la justicia social, la lucha contra la desigualdad y la sostenibilidad. Además, estos presupuestos consolidan un modelo de crecimiento económico equilibrado, sólido, inclusivo [socialmente] y sostenible [ambientalmente], de manera que se han realizado todos los esfuerzos necesarios a fin de recuperar a la mayor brevedad posible la senda de crecimiento [para una economía verde y digital] y el ritmo de creación de empleo digno y de calidad [también ambiental: empleo verde].

Consecuentemente, estos valores –en una atmósfera comunitaria de favor, muy lejos de la promovida en la crisis de 2012, de clara presión a la baja– no solo mueven el alza de las partidas presupuestarias de «gasto» (o mejor, inversión) social⁴, desvelando las razones inspiradoras de las mismas, sino que servirán para inspirar también los procesos interpretativos y aplicativos de las reformas legislativas que se realizan. Precisamente, y para ilustrar con nuevos ejemplos cómo las lecturas apegadas a las «letras pequeñas» de las normas incluidas en las LPGE evidencian una visión más equívoca, cuando menos, de la lineal socializadora que nos propone el relato-cuento del preámbulo, es oportuno traer a colación que, dentro de las tres líneas de actuación derivadas de la puesta en práctica de algunas de las Recomendaciones del Pacto de Toledo, a la propia del (1) mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones, revalorizando especialmente las no contributivas (incluye el IMV –sumará una partida de casi 3.000 millones de €–) y de (2) la separación de fuentes de financiación, se suma la de la (3) «potenciación de la previsión social complementaria».

¿Qué tiene de particular? ¿No expresa una clara voluntad política de mejora de las pensiones, con niveles complementarios?

La valoración es bastante más compleja y, sin duda, menos transparente de lo debido. Sin perjuicio de algún detalle más a realizar en el análisis –somero ahora– de la disposición relativa a esta tercera línea de financiación-reformas presupuestarias del sistema de Seguridad Social, conviene anticipar que, además de que la medida de mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones asume un mero carácter coyuntural, sin generar certidumbre de futuro (principio axial del sistema de pensiones basado en el mecanismo de reparto), porque se contenta con mantener en suspenso el mecanismo del [artículo 58 de la LGSS](#), en vez de derogarlo, sorprende que el Gobierno de coalición apueste por el segundo pilar –veremos que no lo hace por el tercer pilar– del sistema de pensiones, obediente a lógicas de capitalización. Cierto, no se privatiza propiamente, pues se trata del fomento de fondos de pensiones públicos de empleo, pero sí se inserta la lógica del ahorro y del mercado en el seno del sistema, sin más garantía de la continuidad de la tasa de sustitución del primer nivel (público y contributivo, también no contributivo) que el desplazamiento de partidas de la Seguridad Social al Estado.

⁴ Entre otras, las propias para los fondos para el fomento del empleo y la formación profesional –crece un 30%–, incluyendo nuevos planes de empleo autonómicos, como Andalucía y Extremadura, sumados al de Canarias, así como un enésimo Plan de choque a favor del empleo juvenil –los jóvenes son los que pagan la mayor parte de la factura actual de la crisis y toda la derivada de la ingente histórica deuda pública–; planes de conciliación corresponsable –recuérdese que en 2021 culmina la ampliación del otrora «permiso de paternidad» a las 16 semanas–; prestaciones por desempleo –rama de amortiguación social de la crisis económica y de empleo absolutamente esencial en el actual escenario pandémico, financiando los ERTE, sea de impedimento, sea de limitación de actividad–, así como para los subsidios extraordinarios, derivados en gran medida del «escudo social» desplegado frente a los efectos de la triple tragedia derivada de la pandemia de COVID-19 (sanitaria, económica y laboral); y, de forma muy especial, las transferencias para promover el equilibrio de las cuentas del sistema de pensiones; también las políticas migratorias, con el aumento de la capacidad de acogida asistencial –cuyas insuficiencias se han desvelado en Canarias–; etc.

3. Las principales novedades en el cuerpo normativo de la LPGE/2021: pocas, pero de gran impacto económico-financiero

3.1. Culminación (progresiva) del principio (contable) de separación de fuentes financieras de las pensiones: una garantía («artificial») de equilibrio presupuestario

El primer precepto del cuerpo normativo de la LPGE de particular relevancia social es el artículo 12, intitulado «De la Seguridad Social» (debe ponerse en relación con las disps. adics. 128.^a LPGE/2021 y 32.^a LGSS –añadida por la LPGE para 2021⁵–). Su principal novedad es financiera (típica norma presupuestaria). En cumplimiento de la Recomendación primera del Pacto de Toledo, relativa al principio contable (no es sustantivo, exigido por el sistema jurídico de la Seguridad Social, sino contable, ordenación entre ingresos y gastos), a diferencia del principio de suficiencia financiera de las pensiones públicas (exigido por el [art. 41 CE](#)) relativo a la separación de fuentes de financiación del sistema, de modo que las pensiones contributivas se financien con las cotizaciones y las no contributivas con impuestos (transferencias del Estado). El precepto que establece esta separación es el [artículo 109 de la LGSS](#).

A fin de acabar con el –galopante– déficit del sistema de pensiones públicas, que se sitúa en 2023, se le libera –progresivamente, y conforme al ritmo marcado cada año por la LPGE– de los «gastos impropios» (este año: incentivos al empleo basados en reducciones de cuotas sociales, incluidas las tarifas planas; prestaciones de nacimiento y conciliación en general; complementos de maternidad) y se cargan a los PGE. Esta opción de equilibrio no reduce gastos, los reasigna, para que no recaigan sobre cuotas, sino en la fiscalidad general. El alivio del presupuesto de la Seguridad Social es la sobrecarga para el Estado (reordenación contable). El Estado necesitará mayor recaudación (incremento del empleo y de la actividad económica, subida de impuestos) para reducir el gran déficit fiscal, «fantasma comunitario» que acecha en el horizonte futuro.

⁵ «Financiación de la acción protectora de la Seguridad Social en cumplimiento del principio de separación de fuentes consagrado en el Pacto de Toledo.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 109.1 a), la Ley de presupuestos generales del Estado contemplará anualmente una transferencia del Estado al presupuesto de la Seguridad Social para [1] la financiación de los beneficios en cotización a la Seguridad Social de determinados regímenes y colectivos, [2] el coste del reconocimiento de la prestación anticipada de jubilación por aplicación de coeficientes reductores cuando no se haya previsto cotización adicional, [3] el coste de la integración de los periodos no cotizados en la determinación de la base reguladora de las prestaciones del sistema y [4] las reducciones legalmente establecidas en la cotización a la Seguridad Social.

Asimismo [...] se fijará, todos los años, el importe de las prestaciones que serán financiadas con una transferencia del Estado a la Seguridad Social».

En cambio, nada se dice de la reforma del complemento de pensiones ex [artículo 60 de la LGSS](#). Hoy generador de un elevado coste que es, además, injusto por regresivo desde un enfoque de género.

En efecto, no actúa realmente como una acción positiva correctora de la insoportable brecha de género en pensiones, sino, al contrario, como una medida regresiva que la intensifica, por el pago debido indiscriminado a hombres y mujeres ordenado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y seguido por la [doctrina judicial interna](#). La regresividad del sobrecoste actual deriva de su efecto multiplicador de las pensiones para quienes mayores bases reguladoras tienen y, con alta probabilidad, menos han contribuido al trabajo de cuidar de los/las hijos/as, permaneciendo ajenos a sus obstáculos en la carrera laboral y de seguro que sí tiene para las mujeres su maternidad. Una situación absolutamente kafkiana creada por un TJUE extremadamente formalista y por un Gobierno que perpetúa las deficiencias legislativas. El ministerio del ramo anuncia que se está avanzando en el cambio normativo, de manera que se logre un sistema que, libre de todo riesgo regulatorio por discriminación, beneficie más a las mujeres e incentive la conciliación corresponsable para el futuro, reduciendo la brecha de género existente. Así se «promete», veremos si es otro fiasco.

3.2. El incremento de las retribuciones de las personas empleadas públicas y, de forma más encubierta, la temporalidad (¿«abusiva»?)

También es habitual que en el cuerpo normativo se regulen las cuestiones retributivas (art. 18) y de oferta de empleo público (art. 19). En el primero se establece una polémica subida, en la medida en que algunos sectores la consideran insolidaria en tiempos de crisis (incremento de las retribuciones del personal al servicio del sector público en un máximo del 0,9 % respecto a las vigentes a 31 de diciembre de 2020, en términos de homogeneidad para los dos periodos de comparación, tanto por lo que respecta a efectivos de personal como a la antigüedad; el mismo incremento posible será el de la masa salarial del personal laboral). Se trata de cumplir un compromiso adquirido con los sindicatos del sector, pero la polémica creada respecto a la no subida del SMI ha reabierto el debate en torno al dispar trato entre el colectivo de las personas trabajadoras de empleo público y las de empleo privado, acusándola de norma regresiva: da más seguridad económica a colectivos con más estabilidad (seguridad profesional).

El artículo 19 regula la oferta de empleo público (estatutarios y laborales, también temporales)⁶. El elemento fundamental es que se asume una tasa de reposición del 110 %

⁶ La regulación específica de la dicha oferta en sociedades mercantiles públicas y entidades públicas empresariales participadas mayoritariamente por las administraciones y organismos que integran el sector público se remite a disposiciones adicionales. La oferta de empleo público para el año 2020 está en el [Real Decreto 936/2020, de 27 de octubre](#).

en los sectores prioritarios (personal sanitario, gestión de prestaciones y de políticas activas de empleo, una de las principales rémoras del funcionamiento del escudo social), 100 % en los demás. Se insiste en la prohibición de contratación temporal (y nombramientos), pero se mantienen las excepciones de siempre que han venido siendo todo un coladero («necesidades urgentes e inaplazables»). La realidad va por otro lado. De ahí la continua condena del TJUE (la [presentación del monográfico de diálogos con la jurisprudencia de este número](#) da somera cuenta de ello, siendo objeto de análisis específico próximamente en esta revista).

El desajuste real se agrava con la consolidación de los sistemas de «contratación exprés» derivados de las urgencias propias del tiempo de pandemia⁷ (y la contratación de personal de sociedades mercantiles públicas y entidades públicas empresariales: disp. adic. 20.^a), así como con la posibilidad de contrataciones temporales en los términos del [artículo 32 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre](#), de contratos del sector público (si es necesario para la mejora de la prestación del servicio –Encargos de los poderes adjudicadores a medios propios personificados–). A lo que sumar fundaciones públicas (disp. adic. 21.^a) y consorcios (disp. adic. 22.^a).

La consecuencia es obvia: la necesidad de continuos procesos de estabilización en el empleo público (disp. adic. 23.^a LPGE/2021 en relación con el [art. 19.Uno.6 LPGE/2017](#)) y dentro del marco de los acuerdos de gobierno con las organizaciones sindicales. Justamente, en sede parlamentaria, tras la tramitación de una proposición no de ley, se ha alcanzado un acuerdo (17 de diciembre de 2020) para instar una reforma del [Estatuto Básico de Empleo Público \(EBEP\)](#) para adecuarse a la Sentencia del TJUE (STJUE) de [19 de marzo de 2020, asuntos acumulados C-103/18 y C-429/18](#) (vid. la [presentación al monográfico de diálogos](#) en este número). En última instancia se pretendería poner a cero el contador de la temporalidad (estabilización del personal temporal actual) y evitar que vuelvan a generarse «bolsas de empleo» temporal cuasi eterno, introduciendo controles eficaces. Quizás demasiada ambición para una «ley humana». El debate en el Senado al respecto, a raíz de la LPGE, ha sido también rico, pero finalmente no ha prosperado nada de él –de momento–. El [RDL 36/2020](#) propone una «modernización» –enésima– de la Administración pública.

3.3. Disposiciones relativas a la cotización: avance en el destope de las bases máximas. Interferencias del RDL 35/2020

Típicas son las disposiciones sobre cotizaciones sociales (título VIII). Pese a lo complejo de su regulación, por lo minucioso de la misma, al delimitar de forma específica las reglas propias de cada régimen especial, así como de sus sistemas especiales de cotización, no hay grandes novedades (art. 119). Sí la hay en la fijación del tope máximo de la base de

⁷ Para Cataluña: [Resolución SLT/2734/2020, de 30 de octubre](#), «por la que se adoptan medidas en materia de contratación de recursos humanos para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19».

cotización (4.070,10 € mensuales o 135,67 € diarios), no en el mínimo (SMI vigente incrementado en 1/6, salvo disposición expresa en contrario). La subida supone una aplicación progresiva de la vía del destope para allegar recursos (expectativa de recaudación potencial de algo más de 1.000 millones anuales).

Por supuesto, el incremento no apareja aumento de pensión (no es contributivo, sino solidario), lo que se critica desde ciertos sectores, pero es una lógica del equilibrio real del sistema. También aquí hay un debate abierto. Pero, como todos los realmente interesantes, una vez más aplazado. Sin duda, la LPGE es el lugar adecuado para ir graduando esta opción dirigida a incrementar recursos para el sistema vía cuotas.

Las disposiciones finales contemplan algunas reglas específicas sobre la cotización en ciertos casos, modifiquen o no directamente una norma del sistema. Volveremos sobre ello. No obstante, conviene tener en cuenta también la incidencia del citado [RDL 35/2020](#).

Sin duda, la mayor incidencia está en una previsión coyuntural vinculada a los dramas socioeconómicos pandémicos, sobre todo en el sector del turismo y la hostelería (esencial en un país incapaz de cambiar significativamente su modelo productivo desde hace décadas –sin que esta crítica signifique menospreciar el valor añadido que puede llegar a tener este sector, al igual que el de la industria cultural–). Su [artículo 7](#) establece los porcentajes de exoneración –según tamaño de empresa– de cuotas sociales para los ERTE prorrogados automáticamente hasta el 31 de enero de 2021 en los sectores del turismo, la hostelería y el comercio⁸, así como las reglas de compatibilidad e incompatibilidad con otros incentivos análogos. Esa misma índole coyuntural tiene la [disposición adicional 3.^a](#), relativa a las medidas de apoyo (bonificación de cuotas) a la prolongación de la actividad de las personas fijas discontinuas en esos sectores vinculados a la actividad turística (abril-octubre 2021, sin perjuicio de las previstas en la LPGE –a las que luego aludiremos– y que se contemplan como compatibles hasta el límite del 100 % de la cuota –contingencia común y recaudación conjunta–)⁹.

⁸ ERTE prorrogados y basados en el [artículo 22 del RDL 8/2020](#) (por fuerza mayor) siempre que su actividad se clasifique así –CNAE-09–: 4634 (Comercio al por mayor de bebidas), 5610 (Restaurantes y puestos de comidas), 5630 (Establecimientos de bebidas), 9104 (Actividades de los jardines botánicos, parques zoológicos y reservas naturales) y 9200 (Actividades de juegos de azar y apuestas).

⁹ También incluye previsiones de carácter coyuntural ([disp. adic. 4.^a](#)), vinculadas a la situación de pandemia, ahora para favorecer la protección por desempleo en las personas profesionales del –hoy tan debatido, y cuestionado, por ciertos sectores políticos y sociales– sector taurino y de artistas en espectáculos públicos (supresión para 2021 del requisito mínimo de actividad para el mantenimiento en el «Censo de activos de los profesionales taurinos» –no ha llegado aquí tampoco el lenguaje inclusivo, quizás por la perpetua infrarrepresentación femenina–, así como para la inclusión en el régimen general de la Seguridad Social –RGSS– de los artistas en espectáculos públicos –tampoco aquí la norma incluye el lenguaje inclusivo de género, pese a que sí hay mucha presencia femenina en este sector–). También se contempla una mejora de la protección asistencial por desempleo para el sector cultural ([disp. adic. 5.^a](#)), otorgando nuevo plazo para solicitar el subsidio especial por desempleo previsto en el [artículo 1 del RDL 32/2020, de 3 de noviembre](#). Su [disposición final 6.^a](#) modifica también su [apartado 4](#) (gestión por el Servicio Público de Empleo Estatal –SPEE– o Instituto Social de la Marina).

En cambio, tienen mayor vocación de perdurabilidad –siempre relativa– dos reformas de la LGSS introducidas por la [disposición final 3.^a del RDL 35/2020](#). Su apartado uno integra la [disposición adicional 31.^a](#) (devolución de cuotas en caso de variación de datos y solicitada fuera de plazo, reconociendo sus efectos retroactivos solo hasta 3 meses antes a la solicitud). Su apartado dos modifica la [disposición transitoria 16.^a](#), sobre bases y tipos de cotización, así como acción protectora, en el sistema especial para «empleados de hogar». Aquí la falta del lenguaje inclusivo de género no es solo un auténtico despropósito –hace visible al género que apenas aparece e invisible al género que lo protagoniza–, sino que ayuda a explicar, nunca justificar, la discriminación que oculta. Lo veremos con algún detalle más adelante, pues merece la pena evidenciarlo con algo de atención.

4. Reformas incluidas y prometidas en la parte extravagante de la LPGE

4.1. Mejoras inmediatas, otras siguen aplazadas o suspendidas en sus efectos

4.1.1. Descongelación del IPREM como umbral mínimo para el acceso a las prestaciones

El IPREM ha experimentado una notable subida, tras un prolongado periodo de congelación. La cuantía se fija en 18,83 euros diarios (564,90 mensuales) o 6.778,80 anuales, que se ve aumentada a 7.908,60 cuando se trate de normas que desplazaron la clásica función referencial del SMI por la del IPREM (disp. adic. 121.^a).

4.1.2. La subida del nivel mínimo de prestación de atención a las personas dependientes

A través de la disposición adicional 129.^a, el Gobierno cumple su compromiso con el Plan de choque para recuperar la intensidad protectora perdida, a través de las leyes de austeridad para hacer frente a la crisis de 2008, por el Sistema de autonomía y de atención a la dependencia (SAAD). Eleva las cuantías del nivel mínimo de protección garantizado por la Administración General del Estado para cada persona beneficiaria del SAAD (el coste total será de unos 600 millones de €). En los 2 años siguientes se mantendrá el nivel acordado y se actualizarán las cuantías del nivel mínimo para asegurar al menos la financiación necesaria para cubrir por la Administración General del Estado todo el coste de la implementación del Plan de choque. El plazo previsto es de 3 años (entre 2021 y 2023). Junto a la mejora prestacional, otro fin perseguido por tal incremento de la contribución estatal es facilitar recursos suficientes para reducir notablemente unas listas de espera autonómicas que han venido creciendo estos años.

4.1.3. Medidas continuativas en (¿eterna?) espera de mejores tiempos: suspensiones de reformas legislativas precedentes en línea con anteriores LPGE

No todas las noticias presupuestarias van en esta dirección de levantar el veto suspensivo de las precedentes basadas en la austeridad. Por diversos y heterogéneos motivos, la LPGE/2021 sigue durmiendo efectos de reformas estructurales ya actuadas legislativamente. Así:

- Enésimo aplazamiento del sistema de compensación a la Seguridad Social del coste derivado del cómputo, como asimilados al de cotización, del periodo de servicio militar obligatorio o de prestación social sustitutoria, de la [Ley 27/2011, de 1 de agosto](#) (disp. adic. 47.^a)¹⁰.
- Aplazamiento de la entrada en vigor de la normativa relativa a las personas trabajadoras por cuenta propia que ejerzan su actividad a tiempo parcial (arts. 1.1, [primer párr.](#); [24, segundo párr.](#), y [25.4](#) Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo), como establece la disposición adicional 126.^a.
- Nueva suspensión –no derogación– del [artículo 58 de la LGSS](#) (y [27 Ley de clases pasivas](#)) relativo a la revalorización de las pensiones públicas ajena al IPC (disp. adic. 48.^a). En 2021, la regla de revalorización de las pensiones se realizará de acuerdo con lo establecido en el título IV de la LPGE.
- Otra suspensión del precedente sistema de reducción de cotizaciones por contingencias profesionales por disminución de la siniestralidad laboral ([RD 231/2017, de 10 de marzo](#)). Una vez más las políticas de incentivos (a cargo de la Seguridad Social) para la mejora real (no solo formal) de la seguridad y salud en el trabajo tendrá que esperar a ser tomada en serio, con la promulgación de una nueva norma que sustituya a la anterior. Eso sí, no se hace *ad calendas graecas*, sino que se dice que «deberá producirse a lo largo de 2021» (disp. adic. 127.^a). Veremos.

En la misma línea de continuidad reguladora, que responde más a la ley de la inercia de estas previsiones que a la evaluación de sus pretendidas bondades, por lo que ve traicionada su ambición de promover «transiciones revolucionarias» (digital, verde, inclusiva, con equidad de género), cabe reseñar las dos siguientes medidas de incentivo laboral:

- a) Las bonificaciones (50 % de la aportación empresarial en la cuota por contingencias comunes) en supuestos de cambio de puesto por riesgo durante el embarazo y la enfermedad profesional (disp. adic. 123.^a).

¹⁰ En cambio, se prevé el reconocimiento (tras revisión, de oficio o a petición de las personas interesadas) de «los periodos que consten trabajados y no cotizados del personal de justicia que presente diferencias entre los periodos efectivamente trabajados que figuren en el certificado de servicios prestados y los que figuran en su certificación de cotizaciones» (disp. adic. 158.^a). Eso sí, no fija un plazo concreto.

Responde esta regla a la ley de la inercia presupuestaria porque esta continuidad no está justificada en la experiencia práctica. Ambos supuestos reflejan un estrepitoso fracaso. Ninguna de las dos situaciones de especial vulnerabilidad está siendo tratada como quiere incentivar la norma, ni la de las mujeres embarazadas (o en una situación de lactancia natural) con riesgo para su salud, ni la de las personas trabajadoras con discapacidad «sobrevenida» por contingencias profesionales (se analizó esta deficiencia en el [núm. 446, mayo/2020, de esta revista](#)). Al contrario, asistimos a una clara socialización de los costes de estas situaciones, pese a traer causa de la organización o condiciones de trabajo.

Claro ejemplo de ello es el efecto de la profunda revisión por el TJUE (cómo no, aquí está de nuevo) del régimen de reconocimiento de la prestación por lactancia natural (por ejemplo, [asunto Otero Ramos](#)). Lo que está acreciendo estas prestaciones, pues no se vincula únicamente a la identificación de un riesgo biológico, sino también a las condiciones laborales (incluidos los factores de riesgo psicosocial) que puedan obstaculizar la toma por la persona lactante (por ejemplo, [STS 923/2020, de 19 de octubre](#)). Sin embargo, en vez de incentivar las políticas preventivas en la empresa ex [artículo 26 de la Ley de prevención de riesgos laborales](#) (también ya algo obsoleto), ampliando la responsabilidad empresarial, se está socializando el coste, con lo que crece la responsabilidad de la entidad gestora. Convendría evaluar la situación y apostar por una reforma legislativa más precisa en vez de confiar en un incentivo demostrado inútil. Ha de recordarse que, este año, esta cobertura va a cargo del presupuesto de la Seguridad Social, no hay transferencias previstas desde la fiscalidad general a la Tesorería General de la Seguridad Social (art. 12 LPGE/2021 en relación con la nueva disp. adic. 32.^a LGSS, ya comentados).

b) Igual bonificación se prevé para la prolongación del periodo de actividad de las personas trabajadoras con contratos fijos discontinuos en los sectores de turismo y comercio y hostelería vinculados a la actividad turística que generen actividad productiva en los meses de febrero, marzo y noviembre (disp. adic. 122.^a)¹¹.

La [STS 951/2020, de 28 de octubre](#), ha precisado la distinción entre personas trabajadoras fijas continuas y discontinuas (aunque obvio, precisa que requiere discontinuidad). Mientras que la [STS 728/2020, de 30 de julio](#), excluye esta segunda modalidad en el ámbito de las empresas de trabajo temporal (sobre esta cuestión se hace una remisión al [diálogo del profesor González del Rey](#) en la sección correspondiente de este mismo número y revista).

Ciertamente, al tratarse de bonificaciones sociales no carga directamente sobre el sistema de Seguridad Social, sino sobre los presupuestos de políticas activas de empleo del SPEE. Su eficacia, no obstante, está por evaluar.

Tampoco la financiación de la formación profesional para el empleo conoce reforma relevante, pese a verse afectada por una disposición final, aparte de afectar fondos al Ministerio de Educación y Formación Profesional, por el –polémico– cambio competencial

¹¹ Debe recordarse la previsión, ya comentada, de la [disposición adicional 3.^a del RDL 35/2020](#).

(disp. adic. 124.^a), ni hay novedad en la gestión directa de servicios del SPEE (art. 18 h) [Ley de empleo](#); disp. adic. 125.^a). Una vez más, siendo pacífica la visión crítica en este tema por lo vetusto y obsoleto de estas políticas activas de empleo, se confirma que la pretensión «revolucionaria» y transicional «contada» en todo el boato de presentación de esta LPGE carece luego, en su letra pequeña, en el análisis de cerca, de toda innovación social –y desde luego jurídica–, ahora en políticas de empleo. Y ya se sabe, «si siempre haces lo mismo, siempre llegarás al mismo lugar»: la perpetuación del fracaso de las políticas activas de empleo; eso sí, se habrá reducido notablemente la carga sobre las arcas de la –«mamá»– Seguridad Social, para recaer en las del –«papá»– Estado.

4.1.4. El fondo de pensiones público de empleo: la «euskadización» del sistema en busca del segundo pilar del sistema de pensiones

En la Recomendación 16.^a del Pacto de Toledo se compromete una revisión profunda del sistema de previsión social complementaria. A tal fin, se da un plazo de 12 meses al Gobierno para que presente un proyecto de ley en el que se atribuya a la Administración General del Estado la capacidad legal para su promoción. La disposición adicional 40.^a prefigura las claves de bóveda de su armazón jurídico. El nuevo fondo ([que proyecta para todo el «Estado» el modelo vasco](#) –que, al tiempo, evidencia también sus «grietas»–) pretende incrementar la población cubierta por sistemas complementarios, que es notablemente más baja que la de otros países de nuestro entorno, atrayendo a rentas medias y a jóvenes, así como a personas trabajadoras autónomas.

Entre los elementos más destacados están:

- Fondos de pensiones de promoción pública. Podrán adscribirse a estos los planes de pensiones del sistema de empleo de aportación definida para la jubilación. Igualmente, estos fondos de pensiones públicos podrán canalizar inversiones de otros fondos de empleo que así lo decidan con un nivel de gastos que incentive la competencia en el sector.
- Gestión financiera privada. El fondo es público (se huye de cualquier evocación del más estrepitoso de los fracasos de privatización, el [modelo chileno, auténtica estafa](#) estatal de la dictadura, que regaló 225.000 millones a las entidades financieras para asegurar apenas 200 € de pensión a la ciudadanía), pero su gestión se quiere privada.
- Por supuesto, subyace la voluntad de disponer de un fondo que sirva para fomentar la política de inversiones vinculadas a deuda pública. El ministerio tendrá derecho de veto respecto de la comisión de control (que rige la política de inversiones).

No puede deslindarse esta disposición añadida para un nuevo futuro del sistema, en su nivel complementario (al menos inicialmente, sin pretensión sustitutoria del nivel básico), de la hecha para el presente, «y vigencia indefinida», en la disposición final 12.^a, en el artículo 5 (intitulado

«Principios básicos de los planes de pensiones») del texto refundido de la Ley de regulación de los planes y fondos de pensiones, aprobado por el [Real Decreto legislativo 1/2002, de 29 de noviembre](#). En virtud (para el sector crítico se trata más de un vicio) de la misma, se procede a una reasignación de las deducciones fiscales previstas para los planes de pensiones privadas. Desde el sector de gestión de planes privados de pensiones le llueven las críticas, claro.

Así, con carácter general, de los 8.000 euros máximos previstos hasta ahora (y que apenas alcanzaban algo más del 1 % de las personas contribuyentes), se va a pasar a tan solo 2.000 euros (la media actual). Ahora bien, si se trata de contribuciones empresariales, por lo tanto, si son planes de pensiones del sistema de empleo, esa deducción se incrementa hasta alcanzar en total los 10.000 euros como máximo. A tal fin, se precisa que «las aportaciones propias que el empresario individual realice a planes de pensiones de empleo de los que, a su vez, sea promotor y participe se considerarán como contribuciones empresariales, a efectos del cómputo de este límite».

Esta medida ha sido criticada desde el sector financiero, porque insuflaría un «espíritu de confrontación» entre planes individuales y de empleo, reduciendo el sistema de triple a doble pilar, con [efectos perversos](#): presupone un modelo de empresas y de negociación colectiva típico de grandes empresas en un tejido empresarial de pequeñas. Pese a su fondo interesado, no les falta algo de razón. En todo caso, es evidente que sí asiste toda la razón a la AIReF cuando criticaba en su informe la regresividad de un sistema de incentivos que beneficia a quienes tienen más capacidad de ahorro. Más dudoso es pensar que bastará con una palabra de ley para tener un potente fondo público de pensiones de más de 300.000 millones de euros, pasando de desgravaciones a activos al servicio de la deuda pública española guiado por el Gobierno (una suerte de vía alternativa al fondo de pensiones que en su día funcionara como una «hucha» –67.000 millones de €–), aunque gestionado, a precios de mercado competitivo, por las entidades financieras: ¿innovación jurídico-social y financiera, frente al empeño del Banco de España de ir hacia un sistema global de cuentas nacionales a la sueca, ensoñación ideológica o expresión de «realismo mágico» a la española? Veremos.

4.1.5. Compromisos de mejoras futuras de los diversos sistemas de protección social: las prestaciones de Seguridad Social y gestión de la tarjeta sanitaria

Las LPGE suelen ser proclives también a incluir promesas para un futuro sociolaboral mejor, lo que presupone que detectan deficiencias de protección, en el plano de las demandas de justicia social, pero consideran que no es el momento económico-financiero adecuado para hacerlas, o bien precisan de un ajuste en los sistemas de gestión. Entre este tipo de medidas prometedoras podemos citar, en la LPGE/2021, además de la ya referida del fondo de pensiones público, estas:

- a) El Gobierno modificará, en el plazo máximo de 6 meses desde la entrada en vigor de la LPGE/2021, las reglas de compatibilidad entre la pensión contributiva de jubilación

y la actividad de creación artística ([RD 302/2019, de 26 de abril](#)) (disp. adic. 144.^a). La reforma es, pues, reglamentaria.

La norma, reivindicada larga e intensamente por el colectivo (encabezado por algunos de sus mejores exponentes), permitió a las personas artistas compatibilizar su pensión con el trabajo creativo (cuesta unos 15 millones de €), mediante el pago de una contribución (8 %: aporta menos de 2 millones). Esta mejora del estatuto de las personas creadoras fue anticipada en sede judicial (por ejemplo, [Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 14 de Madrid 65/2019, de 22 de febrero](#)), aunque no siempre llegó a tiempo (por ejemplo, Forges murió antes de tener éxito su reclamación).

b) Garantía de automaticidad real (normalizada en la práctica) de la interoperabilidad que se presume a la tarjeta sanitaria única (TSU) en el Sistema Nacional de Salud (disp. adic. 148.^a).

Un tipo de mejora más de gestión operativa o práctica que normativa, en cambio, hallamos en la disposición adicional 148.^a de la LPGE/2021, según la cual el Ministerio de Sanidad, en el marco del desarrollo, implantación, mantenimiento y gestión de los servicios de interoperabilidad del Sistema Nacional de Salud para intercambio de información y coordinación, debe adoptar las medidas necesarias para que la TSU interoperable y sus mecanismos accesorios:

[...] permitan la interacción automática y normalizada de los pacientes, cualquiera que sea su comunidad de residencia, con los Servicios de Salud de las demás comunidades autónomas y proporcionen las funcionalidades de una tarjeta sanitaria única para todo el Sistema Nacional de Salud [...].

Y ello a un doble efecto. De un lado, «a efectos de recibir asistencia sanitaria en cualquier comunidad autónoma en las mismas condiciones que las personas residentes en ellas, en el marco de relación que el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud determine» (garantía de uniformidad de prestación sanitaria en todo el Sistema Nacional de Salud). De otro, y en contrapartida, para garantizar una «adecuada trazabilidad de los desplazamientos en el territorio nacional», con objeto de asegurar la cohesión en el conjunto del sistema a través de los fondos de compensación establecidos.

4.2. Las reformas de leyes sociales y laborales básicas por la LPGE/2021: son todas las que están, pero no están todas las que son (o deberían)

4.2.1. Una panorámica general

También es habitual en la LPGE incluir un catálogo amplio de disposiciones finales, donde se llevan a cabo reformas legislativas que han venido denominándose «escoba»: aprovechan la

ambición general de este tipo de leyes y su transversalidad, unas veces vinculada, otras no, con cuestiones financiero-presupuestarias. Son reformas, en cierto modo, de cierre del ejercicio, a fin de mantener un mínimo pulso de actualización de la legislación vigente. En este caso, se hace especial mención a una doble necesidad de ajuste legislativo para la mejora de la coherencia del orden jurídico-social. De un lado, la de reflejar en palabra de ley la palabra acordada con los agentes sociales («legislación social negociada»). De otro, conformar la ley nacional a la primacía de la jurisprudencia del TJUE ([art. 93 CE](#); [art. 4 bis Ley orgánica del Poder Judicial](#)), para hacer prevalecer de forma explícita –realmente está implícita y rige materialmente en la experiencia de derecho vivo– la palabra del gran pretor comunitario sobre cualquier otra precedente.

El catálogo de reformas que pueden incidir en las relaciones de trabajo, privado o público, de forma directa o indirecta, desborda las típicamente laborales y de seguridad social. Así, podrían mencionarse, entre otras (por ejemplo, disp. final 40.^a respecto de la [Ley de contratos del sector público](#) –contratación por medios propios–):

- La disposición final 23.^a modifica el artículo 182 de la [Ley de puertos del Estado y de la marina mercante](#). Prevé reconocer bonificaciones para mejorar su competitividad, incluida su descarbonización, contribuyendo a luchar contra el cambio climático. Es una mejor opción de fomento de la competitividad que la presión de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia contra la política de autorregulación colectiva de las condiciones de trabajo.
- La disposición final 25.^a modifica el artículo 26.5 de la [Ley de la ciencia, la tecnología y la innovación](#) (facilita la promoción interna del personal), y la disposición final 10.^a la disposición adicional 29.^a –funciones de tutoría– de la [Ley orgánica de universidades](#)¹².
- La disposición final 27.^a modifica el apartado uno de la disposición adicional 8.^a de la [Ley de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral](#) (las especialidades de los contratos mercantiles y de alta dirección se aplican al sector público estatal formado por las entidades incluidas en el art. 2.1 Ley general presupuestaria).
- La disposición final 33.^a modifica ciertos aspectos de la [Ley por la que se regula el sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral](#). Destaca, en el ámbito de la financiación, la aplicación de las subvenciones directas a las ayudas «que permitan conciliar la asistencia a la formación con el cuidado de hijos menores de 12 años o de familiares dependientes» (art. 6.5 d). Se da nueva redacción a los apartados 6 a 8 del artículo 6.
- La disposición final 34.^a modifica la [Ley de régimen jurídico del sector público](#), en particular para favorecer la contratación con medios propios como alternativa

¹² Procede de una enmienda de Iniciativa per Catalunya, en este caso pactada con el Gobierno, relativa al régimen de las funciones de tutoría en universidades a distancia semipúblicas, y que tendrá incidencia especialmente en el régimen de contrataciones de universidades como la Universitat Oberta de Catalunya.

(pretendidamente) más eficiente que la contratación pública (arts. 84, 86, 87 y 96 –disolución–), así como una nueva regulación sobre las agencias estatales.

- La disposición final 35.^a modifica la [Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios](#), sea el sistema de precios de referencia (art. 98.2), sea, sobre todo, la cuestión de las exenciones a la aportación de las personas usuarias y beneficiarias en la prestación farmacéutica ambulatoria para ciertos colectivos más vulnerables (art. 102.8). A las ya previstas (incluyendo las personas beneficiarias del IMV), añade tres situaciones de exención más (especialmente personas perceptoras de prestaciones por hijo/a a cargo, pensionistas con rentas bajas¹³).

No obstante, aquí nos centraremos en las modificaciones de las leyes más basilares del ámbito sociolaboral ([ET](#), [EBEP](#), [LGSS](#)¹⁴ y [Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social](#) –LISOS–).

4.2.2. Novedades de la LPGE/2021 en el «Estatuto de las personas trabajadoras»

- a) El contrato de trabajo para la formación dual universitaria: ¿horizonte plausible para la mejora de la empleabilidad o quimera?

El [ET](#), en espera de una renovación profunda que al menos lo dote de lenguaje inclusivo de género (personas trabajadoras), experimenta dos reformas, de muy diversa significación. La primera afecta a su artículo 11.3.

No contemplado en el proyecto de LPGE/2021, el Congreso de los Diputados incluyó una disposición final 36.^a en la LPGE, en virtud de la cual se contempla la modalidad de contrato para la formación dual universitaria (hasta ahora el marco normativo de la formación dual en la universidad lo conformaba el [RD 592/2014, de 11 de julio](#), por el que se regulan las prácticas académicas externas del alumnado universitario). Este nuevo contrato tiene por

¹³ «g) Personas menores de edad con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 %»; «h) Personas perceptoras de la prestación económica de la Seguridad Social por hijo o menor a cargo en régimen de acogimiento familiar permanente o guarda con fines de adopción»; «i) Los pensionistas de la Seguridad Social, cuya renta anual sea inferior a 5.635 euros consignada en la casilla de base liquidable general y del ahorro de la declaración del impuesto sobre la renta de las personas físicas, y los que, en el caso de no estar obligados, perciban una renta anual inferior a 11.200 euros».

¹⁴ La disposición final 6.^a de la LPGE/2021 modifica la [Ley de clases pasivas del Estado](#), afectando a los artículos 33 (compatibilidad de pensiones y trabajo), 39.3 (pensión viudedad) y 41.2 (orfandad), y a la disposición adicional 19.^a (incremento del porcentaje de ciertas pensiones).

objeto «la cualificación profesional de los estudiantes universitarios [nueva falla del lenguaje inclusivo de género] a través de un régimen de alternancia de actividad laboral retribuida en una empresa con actividad formativa recibida en el marco de su formación universitaria». Su finalidad es favorecer una transición más eficaz desde la universidad al mercado de trabajo (empleabilidad), facilitando el acceso a este antes de terminar la etapa universitaria. Es evidente que vuelve a primar el concepto mercantil de empleabilidad (formar capital humano útil para el mercado) sobre el concepto educativo de capacitación. No obstante, la operatividad del contrato no dependerá –por enésima vez– de la palabra de ley, sino de:

- El marco de los convenios de cooperación educativa suscritos con las entidades.
- El marco reglamentario que desarrolle el sistema de impartición y las características de la formación de las personas trabajadoras en los centros universitarios y en las empresas, así como su reconocimiento, en un régimen de alternancia con el trabajo.

Será el reglamento el que también desarrolle los aspectos (cruciales) relacionados con la financiación de la actividad formativa y, sobre todo, con la retribución para «el trabajador» (la esquizofrenia legal con el lenguaje de género inclusivo empieza a ser muy alarmante). El salario será proporcional al tiempo de trabajo efectivo, según el convenio, con el límite del SMI. Las condiciones de la acción protectora serán las del RGSS.

La novedad legal con vocación de generalización nace de cierta experiencia autonómica. Pedida la fórmula por el Grupo 9 (G-9) de Universidades¹⁵, la base experimental está también en el modelo vasco de transición desde el mundo de la universidad al del mercado profesional (de ello habla también la Recomendación 17.^a del Pacto de Toledo). Trata de salir al paso de la crítica (en buena medida dándola por buena) de quienes devalúan los títulos universitarios por su escasa identificación-validación por el mercado¹⁶.

Es manifiesto que el tránsito desde la palabra de ley estatal hasta una eventual práctica normalizada no será ni fácil ni rápido. Por delante queda todo un complejo y alambicado proceso lleno de vallas. Una vez se determinen reglamentariamente las condiciones de idoneidad de los centros docente-educativos profesionales universitarios, deberán desarrollarse

¹⁵ El Grupo 9 de Universidades (G-9) es la asociación conformada por las universidades que son las únicas públicas en sus respectivas comunidades autónomas: Universidad de Cantabria, Universidad de Castilla-La Mancha, Universidad de Extremadura, Universitat de les Illes Balears, Universidad de La Rioja, Universidad de Oviedo, Universidad del País Vasco, Universidad Pública de Navarra y Universidad de Zaragoza.

¹⁶ Vid. Acuerdo de 8 de abril de 2020, de la Comisión Permanente del Consejo de Gobierno de la Universidad del País Vasco, por el que se aprueba la normativa reguladora de los convenios de colaboración para el desarrollo de programas de formación dual en las titulaciones de grado y máster de la Universidad del País Vasco (BOPV de 8 de junio de 2020).

los decisivos acuerdos de colaboración con las empresas. Esta fase será complicada, más en las comunidades con menor desarrollo empresarial (se reproducirá el mismo problema de disparidad que para el fondo público de pensiones, pues el Gobierno parece orillar que «euskadizar» España exigiría, al tiempo, reproducir sus condiciones económico-productivas, y eso es más difícil, [como parece ignorar el actual ministro de Educación](#)). Finalmente, el éxito de un modelo de formación profesional dual estará condicionado por el sistema de tutelaje profesional disponible, nada fácil de garantizar.

La ley tercia en un debate que ha entrado recientemente sobre los nuevos modelos de enseñanza-aprendizaje universitarios impuestos por el mercado en detrimento de la educación más holística (la educación se reduce a formación de empleabilidad). Es un [modelo con pros y contras](#) que hubiera requerido de una más profunda reflexión, pero el Parlamento ha preferido ignorar los contras. Hasta el momento, la simple previsión de contraprestación (beca) muy reducida ya genera resistencias empresariales, y más de una situación de elusión fraudulenta de la relación laboral, como la jurisprudencia muestra con frecuencia, desvelando la punta del iceberg de más de una legión de personas trabajadoras falsas becarias (por ejemplo, [STS 508/2020, de 23 de junio](#): el caso de una falsa becaria determina que el módulo salarial para la indemnización por despido improcedente es el de su categoría en el convenio colectivo aplicable, no respecto de lo que cobraba realmente). ¿Hay razones para creer que irá mejor con el compromiso contractual en tan tempranas fases de educación-formación o aún generará más dificultades? Veremos.

b) La palabra del pretor comunitario se hace ley nacional: el Fondo de Garantía Salarial (Fogasa) responde de las indemnizaciones por rescisión de contrato ex [artículos 40.1 y 41.1](#) del ET.

Desde la [STJUE de 28 de junio de 2018, asunto C-57/17, Checa Honrado](#), el Fogasa viene obligado a cubrir, ex [artículo 33.2 del ET](#), las indemnizaciones por resolución del contrato en la novación geográfica ex [artículo 40.1 del ET](#) y sustancial ex [artículo 41.3](#). Aunque su letra no lo decía. Ahora sí, pasando de norma implícita de creación jurisprudencial a norma explicitada por la ley.

Sobre esta cuestión (asumida por la [STS 2/2019, de 8 de enero](#), basada en un caso anterior, [asunto C-422/14, Pujante Rivera](#)) dos observaciones adicionales nos parecen oportunas. La primera tiene que ver con la posición jurisprudencial que atribuye valor constitutivo al perjuicio ex [artículo 41.3 del ET](#) (en el traslado ex [art. 40 ET](#) se presume *iuris et de iure*) para el derecho indemnizatorio. Al no existir norma legal que permita presumirlo (ni siquiera cuando es tan claro como una rebaja salarial, letra d), recae la carga probatoria (obstáculo procesal) sobre la persona trabajadora (lectura civil: es elemento constitutivo de su pretensión y es la parte que mejor conoce el daño). El TS no es ajeno a la contradicción en que tal interpretación incurre (solo es novación ex [art. 41 ET](#) la sustancial, pero el perjuicio requiere prueba precisa, incluso tratándose de una reducción retributiva de entre el 4-7 %,

cuando año a año se lucha por subidas apenas de 1 o 2 puntos). Pero se «lava las manos». Que sea la ley la que provea la solución, sin suplencia jurisprudencial: «Corresponde [...] al legislador introducir las innovaciones [...] adecuadas cuando desee alterar el expuesto esquema» (STS 720/2020, de 23 de julio, FJ 5.º, punto 1, letra C).

La segunda debe recordar, enlazando con esta última observación, que el ámbito para la cobertura por el Fogasa de «créditos laborales» que no sean propiamente «remuneración» (art. 3 [Directiva 2008/94/CE](#), sobre protección de los créditos de las personas trabajadoras para los casos de insolvencia de su empresa) es una opción estrictamente legislativa interna. Así lo ha vuelto a señalar, para el derecho eslovaco, la [STJUE de 25 de noviembre de 2020, asunto C-799/19](#) (cuestión prejudicial sobre si una indemnización debida por accidente laboral culpable y a pagar por la entidad pública que asegura la responsabilidad empresarial es o no un crédito remuneratorio a los efectos de la protección de la directiva). La obligación del Estado español de integrar las indemnizaciones por extinción ex artículos 40.1 y 41.3 del ET deriva del principio comunitario de igualdad de trato, de forma que situaciones objetivamente comparables no reciban trato dispar, sin justificación razonable. El TJUE las considera comparables, a efectos de garantía crediticia, a las de despido objetivo (o colectivo). Comprobamos otra vez la relevancia del derecho de la Unión Europea y del activismo de su pretor. Lo ilustramos en el monográfico de [diálogos con la jurisprudencia](#) de este mismo número.

4.2.3. Novedades en el Estatuto básico de las personas empleadas públicas: mejoras de la conciliación en aras de la igualdad de trato entre todo el personal

También el [EBEP](#), igualmente urgido de un lenguaje inclusivo de género, se ve afectado por la LPGE, con vocación de «vigencia indefinida». Así se deriva de su disposición final 37.^a. En ella se modifican los apartados a) y f) del artículo 48 (permisos de las personas funcionarias), apartados b) y c) del artículo 49 y nuevo artículo 50.3 del EBEP.

Con carácter general, debe recordarse que la promoción de políticas que favorezcan una conciliación de la vida laboral y familiar efectiva y corresponsable es una cuestión transversal y, por lo tanto, debe afectar de forma análoga a todas las personas trabajadoras, al margen de cuál sea la naturaleza de su vínculo jurídico de empleo, laboral o funcionarial. Así se deriva de forma clara del [artículo 14.8 de la Ley orgánica para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres](#), como también reconoce la [STS, Sala 3.ª, 399/2019, de 25 de marzo](#), aunque en ella se deje constancia también de las peculiaridades del empleador público y su necesidad de defender, a través de las potestades de autoorganización, la eficacia del servicio. De ahí que los planes de igualdad también resulten de aplicación en el empleo público, siendo un contenido básico (obligatorio o mínimo) de ellos las cuestiones de conciliación (por ejemplo, [Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 6 de marzo de 2018, rec. 5377/2017](#)). La realidad, normativa y práctica, evidencia desajustes, algunos

de los cuales, no todos, trata de resolver la LPGE/2021, para evitar agravios y mejorar las condiciones de ejercicio efectivo de tales derechos de conciliación.

Justamente, la modificación del apartado a) del artículo 48 del EBEP integra una laguna preexistente respecto del [artículo 37.3 b\) del ET](#). Así, junto a los permisos por fallecimiento, accidente o enfermedad grave de familiar (primer grado de consanguinidad o afinidad) se incluye la «hospitalización» o la «intervención quirúrgica sin hospitalización que precise de reposo domiciliario». Se convierte, así, en palabra de ley la recomendación efectuada, hace todo un quinquenio ([19 de agosto de 2015](#)), por el «Defensor del Pueblo» (también esta institución requiere de la corrección del lenguaje inclusivo de género), que reprochaba la práctica restrictiva de exigir enfermedad grave para reconocer este tipo de permisos, no identificándose enfermedad y hospitalización. Varias comunidades autónomas ya habían integrado este supuesto en su función pública. La novedad tiene una considerable dimensión de género también, como evidencia la [Sentencia del Tribunal Constitucional 71/2020, de 29 de junio](#).

Por su parte, la modificación de la letra f), párrafo 3.º, del citado precepto estatutario público busca la mayor inmediatez posible del disfrute del permiso de lactancia (no solo la natural). Así, en la redacción precedente, el disfrute del derecho en la modalidad de permiso retribuido acumulado en jornadas completas, sustitutivo del de disfrute mediante el permiso de una hora de ausencia (fraccionable en dos periodos de media hora) diaria, admitía, a su vez, una opción: o disfrutarse «únicamente a partir de la finalización del permiso por nacimiento, adopción, guarda, acogimiento o del progenitor diferente de la madre biológica respectivo», o, en cambio, «una vez que, desde el nacimiento del menor, haya transcurrido un tiempo equivalente al que comprenden los citados permisos». Pues bien, esta última posibilidad es la que desaparece.

En cambio, se flexibiliza el modo del disfrute del permiso previsto en la letra b) (permiso por adopción y guarda con fines de adopción o acogimiento, temporal o permanente) del artículo 49 («Permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, por razón de violencia de género y para las víctimas de terrorismo y sus familiares directos»). En la regulación precedente se preveía su ejercicio, cuando ambas personas progenitoras trabajaban, y tras el transcurso de las 6 semanas obligatorias: «desde la finalización del descanso obligatorio posterior al hecho causante hasta que el hijo o la hija cumpla 12 meses». Pues bien, ahora se amplía el margen de decisión para el disfrute, pues en tales casos el periodo de este permiso podrá llevarse a cabo de manera interrumpida (en cuyo caso se exige un preaviso de al menos 15 días, realizándose por semanas completas) y ejercitarse desde la finalización del descanso obligatorio posterior al hecho causante: «[...] dentro de los 12 meses a contar o bien desde el nacimiento del hijo o hija, o bien desde la resolución judicial por la que se constituye la adopción o bien de la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o de acogimiento»¹⁷.

¹⁷ Y lo mismo se prevé para el permiso de la persona progenitora diferente de la madre biológica por nacimiento, guarda con fines de adopción, acogimiento o adopción de un hijo o hija (letra c), párr. 3.º).

La LPGE/2021 ha «olvidado», en cambio, integrar otra laguna que presenta el artículo 49, en este caso su letra e): «Permiso por cuidado de hijo menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave» (autoriza la reducción del 50 % de la jornada sin merma retributiva alguna). Como es sabido, junto a la hospitalización de larga duración (o el tratamiento médico domiciliario tras la hospitalización), se requiere «cuidado directo, continuo y permanente», como en el [artículo 37.6 del ET](#) (y [art. 2 RD 1148/2011, de 29 de julio](#) –prestación económica de Seguridad Social por cuidado de personas menores afectadas por cáncer u otra enfermedad grave–). Ahora bien, la práctica administrativa excluye la continuidad del cuidado si hay escolarización, requisito ajeno a la norma prestacional. Así lo constata la [STS, Sala 3.ª, 641/2020, de 3 de junio](#). Si bien no es de aplicación directa el [artículo 6 del Real Decreto 1148/2011](#), sí hace una interpretación analógica, haciendo irrelevante la escolarización o no de la persona menor. La falta de desarrollo reglamentario para la función pública tampoco sería óbice para tal equiparación, porque la omisión del desarrollo reglamentario exigido por el [artículo 49 e\) del EBEP](#): «[...] no puede conducir a una interpretación literal, cuando la laguna puede ser cubierta mediante otra norma con un fin similar» (FJ 7.º). Admite, pues, su función de suplencia reglamentaria.

Finalmente, se introduce una reforma en el artículo 50 del EBEP (vacaciones). Incluye un nuevo apartado 3, a fin de reconocer el derecho a compensación económica por vacaciones devengadas y no disfrutadas de forma efectiva. Naturalmente, dada su naturaleza de derecho necesario o imperativo (derecho social fundamental e indisponible), se trata de casos especiales.

Reafirmada la prohibición de compensar las vacaciones por una retribución equivalente retributiva (en línea con el [art. 38.1 ET](#)), incluso en casos de renuncia voluntaria al desempeño de función pública, se reconoce (también en línea con una jurisprudencia social consolidada en el ámbito del empleo privado –[STS 220/2019, de 14 de marzo](#)–) una excepción al disfrute del derecho vacacional *in natura*, la relativa a un cese ajeno a la voluntad de quienes han realizado un empleo funcional. Así:

No obstante [...] en los casos de conclusión de la relación de [...] servicios de los funcionarios públicos por causas ajenas a la voluntad de estos, tendrán derecho a solicitar el abono de una compensación económica por las vacaciones devengadas y no disfrutadas; y en particular, en los casos de jubilación por incapacidad permanente o por fallecimiento, hasta un máximo de 18 meses.

Reemerge la influencia del TJUE (por ejemplo, [STJUE de 12 de junio de 2014, asunto C-118/13, Gülay Bollacke](#))¹⁸. El TJUE viene insistiendo en la condición de requerir hechos ajenos a la voluntad de las personas trabajadoras (por ejemplo, [STJUE de 25 de junio de](#)

¹⁸ Para la legitimidad de los ceses de personas funcionarias interinas en el periodo de inactividad de los colegios en los que prestan servicios docentes, *vid.* la [STJUE de 21 de noviembre de 2018, asunto C-245/17, Viejobueno Ibáñez/Vara González](#).

2020, asuntos acumulados C-762/18 y C-37/19: extiende su doctrina para los supuestos de enfermedad a las situaciones de despido ilícito y posterior readmisión, aun sin trabajo efectivo en ese periodo).

4.2.4. Novedades en la LGSS: más compatibilidad de la pensión de jubilación con trabajo a cambio de incrementar la (pírrica) cuota solidaria

4.2.4.1. Reformas con vigencia inmediata: en busca de incrementos –escasos– de recaudación

La disposición final 38.^a introduce diversas modificaciones en la LGSS. De un lado, se da nueva redacción al artículo 153, sobre cotización en supuestos de compatibilidad de jubilación y trabajo. Su significado es meramente financiero, de mejora de la recaudación: sube un punto la cotización de solidaridad (del 8 al 9 %), haciéndose recaer sobre la parte empleadora (7 %). Las crecientes flexibilidades concedidas para la compatibilidad se verían algo (muy poco, como se vio respecto de las personas artistas) contrarrestadas por el incremento –de momento leve– de la cuota empleadora. En coherencia, también se da nueva redacción al artículo 309, relativo a la cotización en supuestos de compatibilidad de jubilación y trabajo autónomo.

No obstante, aquí no solo se incrementa la cuota de solidaridad sobre la base mínima de cotización al régimen especial de personas trabajadoras por cuenta propia o autónomas (RETA) en ese punto. Además se incluyen como personas obligadas a las pensionistas por jubilación de las mutualidades alternativas al RETA que compatibilicen su pensión de jubilación por cese de actividad (según la disp. adic. 18.^a).

Hay que recordar que esta cotización se descuenta de la pensión y no computa a efectos de prestaciones. De otro modo agudizaría el impacto de desequilibrio financiero en el sistema por estas situaciones –en otro tiempo oxímoron– de «personas jubiladas activas». Estas, en aumento, evidencian contradicciones, sino desnaturalizaciones, del sentido de la pensión de jubilación (no sería de retiro, porque se sigue en el mercado de trabajo, sino de «vejez», por alcanzar una edad), y, en consecuencia, debería exigir una reflexión político-institucional y social más profunda, con su impacto de reforma legislativa (ninguna de las Recomendaciones del Pacto de Toledo 2020 la refleja, salvo, indirectamente, la 12.^a, relativa al ajuste de la edad de salida real del mercado de trabajo con la edad legal de jubilación, fomentando la permanencia en activo).

También en el ámbito del régimen de compatibilidad-incompatibilidad debe entenderse la nueva redacción del artículo 163.1 de la LGSS (incompatibilidad de las pensiones), si bien responde a una finalidad muy diferente. Vigente la regla general de incompatibilidad entre prestaciones en una misma persona beneficiaria, con las excepciones normativas

correspondientes, precisa que no es aquella la que decide, en primera instancia, con cuál quedarse, sino la entidad gestora. Esta «iniciará el pago o, en su caso, continuará con el abono de la pensión de mayor cuantía, en términos anuales, con suspensión de la pensión que conforme a lo anterior corresponda». Por supuesto, si la persona interesada solicita su revocación (modelo de intervencionismo gestor y promoción de actuación de oficio), para optar por la pensión suspendida, podrá hacerlo, pidiendo la revocación del acto. En todo caso, los efectos económicos se producirán a partir del día primero del mes siguiente a realizar la solicitud¹⁹.

Una línea de intervencionismo y mayor control que también se refleja en el apartado 4 añadido a la disposición adicional 18.^a de la LGSS, relativa a las mutualidades de previsión social alternativas al RETA. Así, desde el 1 de enero de 2021:

[...] deberán poner a disposición de la Tesorería General de la Seguridad Social antes de finalizar el mes natural siguiente a la situación de alta o de baja, de forma telemática, una relación de los profesionales colegiados integrados [...] en la que se indique expresamente la fecha en que quedó incluido cada uno de ellos, cuál es su actividad profesional y, en su caso, la fecha de baja en la mutualidad por cese de actividad.

El incumplimiento será objeto de sanción administrativa, conforme al nuevo tipo infractor previsto en la LISOS (art. 32 bis²⁰).

4.2.4.2. Reformas (en sistemas especiales de cotización) con vigencia inmediata, pero efecto económico progresivo en el tiempo

La disposición final 41.^a no modifica directamente la LGSS, pero sí el [RDL 28/2018, de 28 de diciembre](#), para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo, que incide en el sistema, al dar una nueva redacción a su disposición adicional 4.^a, relativa a la «Cotización en el sistema especial para manipulado y empaquetado del tomate fresco con destino a la exportación, dentro del régimen general de la Seguridad Social». Previsto su sistema de liquidación directa de cuotas conforme al [artículo 22.1 b\) de la LGSS](#), la doble rebaja de cotización, la reducción de un 70 % y la bonificación del 8,75 % en la cuota patronal por contingencias comunes, pervive, pero «[irá] disminuyendo progresivamente» en las próximas LPGE, debiéndose integrar empresas

¹⁹ También se aplica en el RETA. Se añade un apartado g), nuevo, al artículo 318 de la LGSS (normas específicas para el RETA), con la siguiente redacción: «Será de aplicación a este régimen especial: [...] g) Lo dispuesto en el artículo 163».

²⁰ «No poner a disposición de la Tesorería General de la Seguridad Social la relación telemática de los profesionales colegiados integrados [...] a la que se refiere el apartado 4 de la disposición adicional decimotercera del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social [...], en el plazo y con el contenido establecido en dicha disposición».

y personas trabajadoras en el sistema especial de las personas trabajadoras agrarias establecido en el RGSS. La bonificación se financiará con cargo al SPEE.

4.2.4.3. El compromiso de integrar las lagunas de cotización en las pensiones de jubilación de las personas trabajadoras autónomas y agrarias «arrancado» al Gobierno, que lo veta

La disposición final 44.^a contempla una singular reforma futura, sin plazo concreto más allá de la voluntarista y poco fiable cláusula de «a la mayor brevedad» posible. Primero por cómo se ha producido –lo que hace dudar de su inmediatez (además de que fue vetada por el Gobierno, por incremento del coste social, que no está dispuesto a asumir, de momento, por muy expansiva que sea la LPGE)–. Segundo, y en consecuencia, por su redactado.

En efecto, se ordena al Gobierno que, mediante la reforma normativa necesaria, suprima:

[...] la situación discriminatoria que sufren autónomos y trabajadores agrarios, incluidos los asalariados, respecto de la integración de lagunas de cotización, a efectos [...] de la pensión de jubilación [...] implantando [...] los mismos o equivalentes mecanismos [...] para la integración de lagunas de cotización en el régimen general de la Seguridad Social.

En la actualidad (para el funcionamiento restrictivo práctico de la técnica integradora, primando el criterio de interpretación literal, resulta de interés la [STS 1010/2020, de 18 de noviembre](#)), a las personas trabajadoras autónomas que se jubilan en el RETA no se les permite la integración de periodos en los que no existe la obligación de cotizar, computando como cero la base de los meses en los cuales no ha habido cotización. Se trataría de una forma de penalización de estas situaciones, minorando la cuantía final de la pensión. Lo que sí existe en el RGSS (se asigna al mes sin cotización –base de cotización (BC) real 0 €– un valor ficticio por el que no se contribuyó, pero que sí se computa para calcular la pensión de jubilación: 100 % BC mínima para personas mayores de 18 años en los primeros 48 meses, 50 % para los restantes periodos cotizados de la citada base mínima).

Lo primero que sorprende es la formulación. No tanto que no tenga un plazo concreto (es evidente que el veto gubernamental la hace inviable y la vacía), sino por calificarse como «discriminatoria». Si así fuese, debería ser declarada contraria al sistema jurídico y darse una aplicación analógica (art. 14 CE). Hasta ahora no ha habido reconocimiento judicial en tal sentido. Realmente se trata de la valoración de las asociaciones profesionales, que consideran que se penaliza una discontinuidad de la actividad frecuente en el trabajo autónomo (1 o 2 meses al año de imposibilidad de cotizar) que no sufren las personas asalariadas. Crítica que también formulan los sindicatos del campo y que imputan a una deficiencia del proceso de integración ordenada como sistema especial en el RGSS (solo se integrarán las lagunas hasta el 1 de enero de 2012).

El problema (que se da también, pero más parcialmente en el sistema especial de las personas empleadas del hogar familiar, aunque no se las mencione –sí, y no para bien, como se comentó y precisaremos en el próximo subapartado–) aquí se agrava, por darse en un contexto de «fraude en las cotizaciones» en el sector agrario. Con ello quedará, una vez más, evidenciado que sigue siendo un sector de protección social vulnerable, con un amplio número de desequilibrios, exigido de solidaridad adicional –aunque no deba pagarla el sistema mediante cuotas, sino con transferencias fiscales–²¹.

¿Comparte el Gobierno esta valoración? No, en realidad la veta. Se trata de una enmienda de Junts per Catalunya. Pero ¿por qué salió, si el Gobierno ha dispuesto de una amplia mayoría para aprobar la LPGE? Porque la vida real ofrece situaciones que el teatro mediático de la política muta en trágicas: votaron en contra PSOE y Unidas Podemos, así como PNV y Nueva Canarias, a favor el resto –mayoritario– de la oposición: PP, Vox, Ciudadanos, EH-Bildu, el PDeCAT, la CUP, Más País, UPN, Teruel Existe, Coalición Canaria, Compromís y BNG. Esquerra Republicana (ERC) se abstuvo. ¿Bildu y Vox votando juntos con PP? Digno de ser escrito en un «Episodio nacional» de Galdós, si viviese.

4.2.4.4. Integración de lagunas en el sistema especial de personas empleadas de hogar: ¿un Gobierno feminista prolonga una discriminación indirecta por razón de género?

Que el Gobierno (aun autoproclamado de progreso social y feminista) no tiene voluntad de agilizar la corrección de estas insuficiencias prestacionales del sistema de Seguridad Social, lo que perpetúa los desequilibrios protectores para determinados colectivos, lo evidenciaría el nuevo –y dilatado– aplazamiento que ha realizado respecto de la prevista aplicación de la ya mencionada técnica de integración de lagunas de cotización en el sistema especial de personas empleadas de hogar. No lo ha hecho en la LPGE, sino a través del citado [RDL 35/2020](#). Lluve sobre mojado. Sorprendentemente, un Gobierno que se autoproclamaba feminista, vez tras vez, incluso cuando no venía a cuento, la primera vez que tuvo oportunidad de mejorar una política claramente discriminatoria por razón de sexo para aquel colectivo, a través del tipo de norma que más le gusta, la autoridad de «ley de urgencia», claro, la desaprovechó.

El [RDL 28/2018, de 28 de diciembre](#) (revalorización de pensiones), volvió a prorrogar el mecanismo de la integración de lagunas ([disp. trans. 16.ª LGSS](#)) hasta 2020 (la [disp. adic. 39.ª](#)

²¹ La [Ley 8/2020, de 16 de diciembre](#) (medidas urgentes para la agricultura y la alimentación), incluye algunos beneficios sociales (por ejemplo, nueva reducción del mínimo de jornadas reales necesarias para acceder al subsidio por desempleo o a la renta agraria de Andalucía y Extremadura; bonificaciones para la conversión de contratos eventuales agrarios en indefinidos, incluyendo discontinuos). También incorpora una modificación de la [Ley ordenadora del sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social](#), para facilitar su actuación, incluso fuera de los lugares propiamente de trabajo y de los periodos de actividad, al ser proporcionados por la persona empleadora como lugares de descanso ([art. 19.1 a](#)).

[Ley 27/2011](#) lo preveía desde el año 2012 hasta el año 2018). Ahora, de forma silenciada, sin difusión alguna en la prensa oficial, se prorrogará el aplazamiento otros 2 años más, de momento. Así, en un ámbito de carreras de seguro más cortas y, desde luego, muy interrumpidas, donde las «brechas de género» en pensiones hacen su agosto, incluso con aquiescencia institucional, seguiremos asistiendo a una discriminación indirecta por razón de género con el siguiente tenor normativo:

Desde el año 2012 hasta el año 2022, para el cálculo de la base reguladora de las pensiones de incapacidad permanente derivada de contingencias comunes y de jubilación causadas en dicho periodo por los empleados de hogar respecto de los periodos cotizados en este sistema especial solo se tendrán en cuenta los periodos realmente cotizados, no resultando de aplicación lo previsto en los artículos 197.4 y 209.1 b) ([disp. trans. 16.ª 4 LGSS](#)).

Una nueva sorpresa negativa de la «letra pequeña» de las leyes de urgencia –que, como las prisas, no suelen ser buenas–. ¿Dónde queda el principio (comunitario) de no discriminación por razón de género, indisponible para la ley nacional? ¿Dónde queda el autoproclamado feminismo gubernamental? ¿No sería mejor menos proclamas y más acción legislativa reflexiva –vía parlamentaria–, conforme a lo bueno y lo equitativo? ¿El 2023 conocerá ya la vigencia, por fin, de este imperativo de igualdad de género en materia de pensiones de jubilación para un colectivo que lleva años esperando que se ratifique el [Convenio 189 de la Organización Internacional del Trabajo](#)? Veremos.

4.2.4.5. «Aplazamiento» de deudas con la Seguridad Social, medida anticrisis por COVID-19: una nueva «moratoria» en el pago de la cuota de 3 meses

Un aplazamiento más social. En efecto, los «aplazamientos» de deudas de Seguridad Social ([art. 35 RDL 11/2020, de 31 de marzo](#)) o «moratorias» de las cotizaciones sociales ([art. 34](#)) han estado a la orden en estos tiempos de drama (no solo nacional, sino mundial) a fin de ofrecer alivios a empresas y personas autónomas. Pues bien, ahora será una enmienda de ERC la que obtuvo del Gobierno una nueva moratoria de 3 meses en el pago de cuotas de Seguridad Social. Esa es la misión de la disposición final 43.ª de la LPGE/2021 que, con una pésima técnica legislativa, porque usa de un modo indistinto la técnica del aplazamiento de deuda y de moratoria de cotización, se limita a prorrogar durante 3 meses el aplazamiento en el pago de deudas de la Seguridad Social en condiciones especiales análogas a las previstas en el [artículo 35 del RDL 11/2020](#).

4.2.5. La nueva reforma del IMV urgente y ausente: ¿para cuándo las correcciones que lo hagan realmente fiable?

El fiasco que está suponiendo el IMV, al menos respecto de las expectativas creadas de inicio y atendiendo al boato con que se presentó, pretendidamente la prestación social más

innovadora de las jamás conocidas, por ser reflejo de los avances de la tecnología digital más avanzada, como *big data*, explicaría las continuas reformas exigidas en una prestación recién regulada (creada por el [RDL 20/2020, de 29 de mayo](#)). Pero no son suficientes. El acuerdo de los partidos que sostienen al Gobierno de coalición para la aprobación de la LPGE/2021 no llegó hasta que no se logró el consenso en la –nueva– mejora del IMV, junto a la limitación del precio de los alquileres. Curiosamente, ambas cuestiones, buques insignias de un –pretendido– nuevo tiempo social en el empeño gubernamental (nunca ha explicado por qué el IMV viene reclamado incluso por las grandes empresas tecnológicas, que fomentan un capitalismo con el máximo de competitividad que permita una tecnología que se pretende sin límites), han quedado fuera de la LPGE/2021.

La cuestión social de la limitación del precio de los alquileres se ha afrontado con el ya citado [RDL 37/2020, de 22 de diciembre](#). La relativa al IMV con el también referido [RDL 35/2020, de 22 de diciembre](#), aprobado por el mismo Consejo de Ministros. ¿Es lo que se necesita para ser tomada en serio esta prestación social, o al menos se aproxima de forma razonable a lo que se esperaba? No, una vez más, las «letras pequeñas» de las leyes que se publican en el BOE se alejan mucho de lo que dicen los grandes titulares de las «leyes» que se vociferan en los medios. Del dicho al hecho hay un gran trecho, cabría seguir repitiendo.

En el acuerdo político alcanzado internamente por los partidos que sostienen –en una cada vez más difícil equilibrio interno– al Gobierno de coalición, tres aspectos son los que, al parecer, pretenden modificarse en el IMV. A saber²²:

- Tener en cuenta solo los ingresos de los meses transcurridos durante el año en curso para conceder el IMV. Esta medida en principio solo se iba aplicar hasta 2021, pero con el acuerdo se quiere hacer permanente.
- Reducir de 3 a 2 años de vida independiente los que las personas menores de 30 años tienen que demostrar para tener derecho al IMV. Busca mejorar el acceso de las personas jóvenes, si su situación económica empeora, dificultando la cotización para la prestación por desempleo.
- Establecer la posibilidad de que los servicios sociales puedan acreditar algunos de los requisitos exigidos para acceder al IMV. Pese a avanzar en el reconocimiento de oficio, en virtud de la información previa de las situaciones más necesitadas de protección ya disponibles, han sido muy numerosos los problemas detectados en la tramitación. Las soluciones se buscan en la identificación de las personas beneficiarias mediante la intervención de los servicios sociales.

²² El [RDL 39/2020, de 29 de diciembre](#) (art. 1), declara al IMV, con efectos desde el 1 de junio de 2020 (fecha de entrada en vigor del [RDL 20/2020](#)), exento del pago del IRPF, en las mismas condiciones que el resto de las prestaciones monetarias públicas de carácter social (hasta un importe máximo anual conjunto de 1,5 veces el IPREM), sin perjuicio de la obligación de declarar el impuesto que incumbe a sus perceptores.



¿Cuántas de estas mejoras políticamente acordadas ha asumido el Gobierno con esta enésima ley de urgencia para el IMV, abanderado de políticas de escudo social anti-COVID-19 y para la transformación futura del modelo productivo –verde, digital e inclusivo– con progreso social pos-COVID-19? Realmente ninguna. No obstante, el nuevo [artículo 29.2 del RDL 20/2020](#) sí trata de hacer realidad la comprometida tercera mejora, la gestión administrativo-telemática del IMV (cuyas deficiencias están dejando más que en evidencia el funcionamiento del sistema –no por ausencia de capacidades humanas, sino de «recursos humanos», de personas empleadas en este afán; de ahí la ya comentada previsión de la LPGE de incrementar estas mermadas plantillas, efecto pernicioso de los tiempos de leyes de austeridad–).

Ahora, en aras del principio de cooperación interadministrativa realmente eficaz, útil, podría bastar para su reconocimiento con un certificado autonómico del cumplimiento de los requisitos exigidos para el IMV (los previstos en los arts. 4 a 7); todos menos el determinante –es el que más efecto excluyente del IMV está generando–, el relativo a la vulnerabilidad económica, que continúa a cargo del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS). Este certificado autonómico marcará el momento de nacimiento de la prestación. Eso sí, el Gobierno de la nación advierte al autogobierno de cada autonomía que los errores eventuales contenidos en esos certificados los pagará él, no el INSS, si el reconocimiento de la prestación se hace en virtud de la confianza generada por dicho certificado y resulta indebido, sin posibilidad de recuperar las cantidades. Cooperación, sí, pero los errores los paga –dice el Gobierno– quien lo genere. Ojo avizor.

CORRECCIÓN DE ERRORES

del análisis de actualidad «Crisis de las personas refugiadas y de la COVID-19: dos firmes respuestas del Comité Europeo de Derechos Sociales»

Advertidos errores en el análisis de actualidad titulado «Crisis de las personas refugiadas y de la COVID-19: dos firmes respuestas del Comité Europeo de Derechos Sociales», de doña Carmen Salcedo Beltrán, publicado en la *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, número 453 (diciembre 2020), páginas 155-170, se procede a efectuar las oportunas rectificaciones (que ya han sido trasladadas al documento en su versión electrónica):

En la página 166, al final de la última línea del cuarto párrafo, donde dice: «... (Salcedo Beltrán, 2020c)⁹.», debe decir: «... (Salcedo Beltrán, 2020b)⁹.».

En la página 170, dentro de «Referencias bibliográficas», columna de la derecha:

- Al final de la última línea del tercer párrafo, donde dice: «... 55, 1-65.», debe decir: «... 57, 195-271.».
- El cuarto párrafo debe entenderse suprimido.
- En la primera línea del quinto párrafo, donde dice: «Salcedo Beltrán, Carmen. (2020c).», debe decir: «Salcedo Beltrán, Carmen. (2020b).».

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, alerta continua: una jurisprudencia ambivalente y de «textura abierta»

Cristóbal Molina Navarrete

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

Vuelvo/quiero creer que estoy volviendo
con mi peor y mi mejor historia
conozco este camino de memoria
pero igual me sorprendo [...].

M. Benedetti (*Quiero creer que estoy volviendo*)

1. De «villano social» a «guardián del alma social» de la «Europa de los mercaderes».

El principal «guardián» de la «esencia» (principios, derechos y reglas) y «existencia» (experiencia) de la Unión Europea (UE) como comunidad jurídica, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), se ha convertido en un protagonista cada vez más determinante y visible en las relaciones de trabajo y de seguridad social de todos y cada uno de los Estados miembros, y particularmente, en la última media década, en España. Es imposible comprender mínimamente el derecho legislado (**lo hemos visto también** en la Ley de presupuestos generales del Estado para 2021 –LPGE 2021–) y, sobre todo, el derecho vivo sin atender muy de cerca a la pretoriana jurisprudencia del TJUE. Su influjo ha ido creciendo de manera exponencial, reclamado con insistencia por los órganos jurisdiccionales de nuestro país (en verdad un grupo reducido, pero que cada vez pregunta más, sumando unidades a este club de élite judicial inconformista), deseosos tanto de hallar la luz entre la niebla (vicios legales, dudas interpretativas), cuanto, sobre todo, de encontrar en el *praetor imperator* de la UE la comprensión a sus convicciones jurídicas que no recibe de los Altos Tribunales internos, ni en el Tribunal Supremo (TS) ni en el Tribunal Constitucional (TC).

Ciertamente, no siempre fue así. Pero una vez superada la negativa imagen (de «villano social») acuñada en el conocido «bien negro» del TJUE (2017-2018) y su «trilogía» de sentencias (**Viking**, **Laval** y **Rüffert**) que hacía prevalecer las libertades de mercado (alma económica) sobre los derechos laborales fundamentales de las personas (alma social), tanto individuales (igual retribución a igual trabajo, incluso si media desplazamiento temporal transnacional) como colectivos (derecho a la negociación colectiva, huelga), su renovada imagen de defensor de la persona trabajadora como «contratante débil» se afianza. Por supuesto,

no faltan quienes –dentro de nuestras fronteras– reclaman su imagen de guardián a ultranza de las libertades económicas de mercado. Piénsese en la política de presión de la autoridad reguladora de la competencia en España contra el ejercicio de los derechos colectivos en ciertos sectores, como en el de la estiba, y en cuyo referendo reclamó el aval del TJUE, que este le negó (Sentencia del TJUE –STJUE– de 16 de septiembre de 2019, asunto C-462/19), al menos de momento, según vimos en los análisis de actualidad del [número anterior](#).

Los encontramos también fuera de nuestras fronteras nacionales, pero dentro de la UE ampliada. Así lo ilustran, por poner un ejemplo reciente (hay varios más, como sucede respecto de las políticas migratorias y de asilo, si bien en esta dirección suman mayoría), los intentos de Hungría y Polonia (nuevos «*enfants terribles*» del proyecto democrático europeo) por torpedear los progresos hacia un modelo de competencia leal en el mercado interior europeo que supone la [Directiva 2018/957, de 28 de junio](#), sobre desplazamiento transnacional de trabajadores en el marco de una prestación de servicios. Recurrida por ambos, pretendiendo principalmente su anulación parcial (varios preceptos, como el art. 3.3 –aplicación al sector del transporte por carretera–) y subsidiariamente la total, la Gran Sala del TJUE acaba de confirmar su validez plena (SSTJUE de 8 de diciembre de 2020, asuntos [C-620/18](#) y [C-626/18](#))¹. A nuestros efectos, significativo es este razonamiento del TJUE:

[...] cuando un acto legislativo ya ha coordinado las legislaciones de los Estados miembros en un concreto ámbito de acción de la Unión, no cabe privar[le] [...] de la posibilidad de adaptar ese acto a [...] cualquier evolución de los conocimientos [...] y de tomar en consideración los objetivos transversales de la Unión recogidos en el artículo 9 de ese Tratado [de Funcionamiento de la UE], entre los que figuran las exigencias relacionadas con la promoción de un nivel de empleo elevado y con la garantía de una protección social adecuada (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de diciembre de 2016, AGET Iraklis, C 201/15, EU:C:2016:972, apartado 78).

Una reivindicación contundente de la transversalidad del alma social de la UE para que no siga siendo solo ese gran mercado interior que, justamente, el TJUE había reafirmado una semana antes ([STJUE de 1 de diciembre de 2020, asunto C-815/18](#)). Así lo ha hecho para la delimitación del concepto de persona trabajadora desplazada y, en el sector de transporte internacional por carretera, para varios supuestos de movilidad en el seno de un grupo empresarial europeo (con sociedades en Holanda, Alemania y Hungría). Recordado su concepto expansivo de persona trabajadora temporalmente desplazada, ligado a la naturaleza, la duración y la intensidad del vínculo con el mercado de desplazamiento (y sin que la simple relación de grupo sea considerada determinante, por sí sola, para identificar tal vínculo), ratifica la ambivalencia de sus criterios de referencia axiológica (valor) y hermenéutica (interpretación), propia de su búsqueda del –difícil e inestable– «justo equilibrio»

¹ Vid. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/search?updated-max=2020-12-09T10:34:00%2B01:00&max-results=5&start=1&by-date=false>.

(para este principio, entre muchas, la [STJUE de 27 de abril de 2017, asuntos acumulados C-680/15 y C-681/15](#), en relación con la transmisión de empresa): «[...] la necesidad de fomentar la prestación transnacional de servicios debe llevarse a cabo en un clima de competencia leal y de medidas que garanticen el respeto de los derechos de los trabajadores» ([STJUE de 1 de diciembre de 2020](#), apdo. 38).

Conviene, pues, no dejarse seducir tampoco por la «ley del péndulo», y creer que el TJUE ha abrazado unilateralmente la función de progreso jurídico-laboral, exhibiendo una unilateral imagen de «héroe social». También por acotar el comentario a decisiones recientes y sobre los temas de más radical actualidad sociolaboral, y económica, seguro que las «legiones de jóvenes» (y no tanto) personas repartidoras en plataformas digitales no tienen una imagen muy favorable del pretor comunitario a tenor del Auto del TJUE ([ATJUE de 22 de abril de 2020, asunto C-692/19, B vs. Yodel Delivery Network Ltd.](#) Este auto, dictado a raíz de una petición de decisión prejudicial planteada por el Watford Employment Tribunal (Reino Unido) el 19 de septiembre de 2019, se abre a que este tipo de situaciones sean calificadas como de relaciones de trabajo autónomo verdaderamente.

Por fortuna para estas decenas de miles de personas trabajadoras en la UE, el TJUE incurre en un rasgo (a veces exasperante para quien pregunta) propio: poner al órgano de la jurisdicción nacional que viaja hasta él ante su propio espejo, devolviéndole la «patata caliente» de la decisión concreta al caso. Y ello sin perjuicio de las pautas interpretativas que le suministra a menudo en prueba del carácter cooperativo de este sistema compartido para la interpretación y aplicación del derecho nacional en un sistema multinivel complejo como el comunitario. Los «riders» (las personas trabajadoras en plataformas digitales) en España, en pleno debate político y social para su regulación, suspiran en relativa calma, porque nuestro TS defiende su ser laboral. Pero no todos los colectivos viven esta misma paz de la «justicia laboral» del *praetor imperator*.

Por ejemplo, los miles de personas jóvenes investigadoras mediante un contrato laboral predoctoral. Estas vienen dando lo mejor de sí durante varios años, con reducidas retribuciones (el [RD 103/2019, de 1 de marzo](#), trata de mejorarlas; la Sentencia del TS –[STS–, Sala 3.ª, 642/2020, de 3 de junio](#), ha declarado nulo, por *ultra vires*, su art. 7.3, que modificaba los porcentajes retributivos propios de cada año). Pero, cuando llegan al final de la primera fase de su –larguísimo– viaje, muchas ven frustrado el tránsito soñado a la siguiente fase en el proceso hasta obtener la plaza de docencia e investigación permanente en las universidades que anhelan (ante las dificultades para una carrera propia de investigación, también en los centros de investigación no universitarios y pese al impulso que pretende darle la nueva LPGE/2021, [como vemos](#)). ¿Al menos les quedará el «consuelo» de recibir el sucedáneo derecho indemnizatorio de cese de su relación de trabajo?

No. El [ATJUE de 19 de marzo de 2019 \(asunto C-293/18\)](#) las excluye de la cobertura del artículo 4 (igualdad de trato) de la [Directiva 1999/70/CE, de 28 de junio](#), relativa al Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada. Es cierto que la sala gallega de suplicación –una de las que más pregunta– les hizo anidar esperanzas cuando, para compensar el portazo

recibido al llevar a la ciudad de la justicia de Luxemburgo este asunto, «inventó» para este colectivo «precarizado»² una indemnización reducida (no los 20 días/año del despido objetivo): 12 días de salario/año de servicio «como si» (ficción jurídica) se tratara de contratos de obra, no un contrato de naturaleza formativa (aun cualificada). Pero el TS acaba de frustrarlas. Continuando la saga de frustraciones de la doctrina Ana de Diego Porras (tampoco creará en la imagen de héroe social del TJUE, tras su radical viraje), la Sala Cuarta del TS niega todo derecho indemnizatorio ([STS 903/2020, de 13 de octubre](#)). Por su relevancia –ha impulsado un movimiento para la reforma de la [Ley 14/2011, de 1 de junio](#), de la ciencia, la tecnología y la innovación–, en este monográfico incluimos un detenido [estudio del profesor Josep Moreno Gené](#), un experto reputado en este sector de la contratación laboral.

El problema referido se ventiló en el marco del artículo 4 de la referida [directiva](#) (protección de la igualdad de trato entre empleo temporal e indefinido). Sin restarle importancia, hoy, es en relación con la cláusula 5.^a (protección frente al abuso de la temporalidad) de este importante ámbito de armonización comunitaria de relaciones laborales, tanto de empleo privado como público, donde más visitas se registran a las salas del TJUE por parte de órganos judiciales españoles. Aunque el TJUE suele asumir la corrección normativa de nuestro sistema, su violación práctica está tan extendida que pone en cuestión aquella visión de teórica conformidad.

2. Una llama de derecho vivo que no cesa: actualidades del empleo temporal (público y privado) abusivo en la ciudad de la justicia de Luxemburgo y retos para las «fuentes» internas. Empresas de trabajo temporal (ETT). Esta última observación deja aflorar otros rasgos de la doctrina jurisprudencial del TJUE, no solo frecuentes contradicciones internas, sino sus notables disfunciones –o limitaciones prácticas– para ofrecer soluciones susceptibles de una aplicación razonablemente cierta, máxime ante las resistencias legislativas a intervenir –en espera de un procedimiento serio de incumplimiento–. Por eso, es frecuente que una decisión del TJUE dé lugar a múltiples y dispares reacciones nacionales, sin que el TS (Salas 3.^a y 4.^a), bien por su ambigüedad, bien porque, a su vez, si no gustan, vuelven a cuestionarse ante aquel, logre zanjar-pacificar el tema. El problema no es solo español, sino que está extendido, sobre todo en los países del sur (por ejemplo, para Portugal, [ATJUE de 30 de septiembre de 2020, asunto C-135/2020, Gondomar](#); para Italia, [STJUE de 25 de octubre de 2018, asunto C-331/17, Sciotto vs. Teatro de la Ópera de Roma](#)). Sin embargo, en los últimos años, España es uno de los visitantes más asiduos de la Corte del gran pretor comunitario.

Que se trata de un fuego que no cesa lo revela la [STJUE, Sala Segunda, de 19 de marzo de 2020, asuntos acumulados C-103/18 y C-429/18, Fernández Álvarez](#). Si bien confirma la

² La doctrina del TJUE permite comprobar que no es tampoco un problema exclusivo español. Para la experiencia rumana, que, por razones presupuestarias –de raíz contestadas por el TJUE, sobre la base de la efectividad del principio de igualdad–, llega a diferenciar retribuciones incluso atendiendo a la dirección de tesis, *vid.* la [STJUE de 8 de octubre de 2020 \(asunto C-644/19\)](#).

adecuación del [artículo 9.3 del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud](#) a la cláusula 5.ª de la [Directiva 1999/70/CE](#), deja en evidencia tan generalizada práctica abusiva que hace dudar de la veracidad de aquel aserto. Esta decisión adolece de significativas contradicciones internas. Da unas de «cal» (por ejemplo, flexibiliza, no sin matices propios del particularismo fáctico, su criterio precedente sobre la aplicación de las técnicas de lucha contra el abuso de la temporalidad, asumiendo ahora que puede darse sin sucesión de contratos temporales³; exige respetar plazos concretos para aceptar que los procesos selectivos sean una medida equivalente de protección de la estabilidad en el empleo; el engendro de la «indefinición no fija» no sirve para resolver realmente los problemas de abuso –y la experiencia española lo advierte–). Pero también otras de «arena» (el abuso en la contratación temporal no requiere la garantía de fijeza –en [Martínez Andrés/Castrejana López, asuntos acumulados C-184/15 y C-197/15](#); [Pérez López, asunto C-16/15](#); y, para la sucesión de empresa, en [Correia Moreira, asunto C-317/18](#), parece aceptarla–; la previsión de una indemnización sería una medida adecuada de protección frente al abuso, pero sigue sin dar pauta alguna para orientar a los órganos jurisdiccionales internos sobre cómo fijarla para que sea suficientemente efectiva para disuadir de conductas abusivas –lo que hoy es ciencia jurídica ficción en el sistema de empleo público temporal en España–). No sorprenderá, pues, que en su práctica genere tanta disparidad de criterio como frustración de expectativas.

Bastará ilustrarlo con la sentencia que promovió tal cuestión prejudicial y que ha dejado a las cinco odontólogas (con todo el abanico de contratos temporales –sustitución, interinidad, o eventual– y un periodo de «temporalidad» entre la friolera de 12 y 17 años) que presentaron la demanda (como abanderadas de muchas más, también de otras especialidades y actividades en el servicio madrileño de salud) frustradas, al desestimar la demanda finalmente ([Sentencia del Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 14 de Madrid de 29 de junio de 2020, auto 125/2017](#)). Ya que no cabe firmeza –según el TJUE–, solo procedería indemnización, pero, ante las dificultades prácticas para fijar sus criterios (la doctrina jurisprudencial contencioso-administrativa exige la prueba precisa del daño, sin que sea aplicable el sistema tasado laboral por analogía –[STS, Sala 3.ª, de 26 de septiembre de 2018, rec. 785/2017](#)–), resulta que no se pidió. Tampoco aquí el TJUE pasará por ser un «héroe social», aunque siempre pueda decir que el órgano nacional no ha entendido lo que dijo correctamente –y viceversa–.

La disparidad es la tónica dominante, y la «curva de incertidumbre» lejos de invertirse o aplanarse sigue al alza. En el ámbito contencioso la fijeza parece descartarse como reacción al abuso (por ejemplo, [Sentencia del TSJ –STSJ–, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de Baleares 271/2020, de 10 de junio](#): sucesión de relaciones temporales, laborales y administrativas, desde 1994 hasta 2019). No sucede lo mismo en el social. Al respecto, parece abrirse una posición favorable a la misma –cierto no mayoritaria– en la sala de

³ Por lo tanto, llama a una revisión de la doctrina jurisprudencial nacional (por ejemplo, [STS 840/2019, de 5 de diciembre](#)) dictada aplicando el apartado 64 de la [doctrina Lucía Montero Mateos](#), revisión ya pedida, a su vez, ante el TJUE de nuevo por Auto del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Madrid ([Auto de 23 de septiembre de 2019, rec. 876/2018](#)).

suplicación gallega, bien matizada o condicionada (por ejemplo, [STSJ de Galicia de 1 de julio de 2020, rec. 5589/2019](#): debe superarse un proceso de selección de personal fijo, no solo temporal), bien sin matices (por ejemplo, [STSJ de Galicia de 15 de mayo de 2019, rec. 280/2019](#)).

Por su trascendencia y complejidad (corroboradas en diferentes sectores de empleo público, también el del profesorado universitario, nuevo yacimiento de personal indefinido no fijo –por ejemplo, [STS 659/2020, de 16 de julio](#), en relación con la [STJUE de 13 de marzo de 2014, asunto C-190/13](#)–), amerita un análisis monográfico, que ofreceremos en un número próximo de esta revista. Aunque también el empleo privado se ve ampliamente afectado. Así lo prueba la influencia de la doctrina del TJUE en el giro copernicano que ha dado la jurisprudencia nacional respecto de los contratos por obra o servicio asociados a una contrata, lo que ha supuesto una completa conmoción en el sector empresarial, como prueba su difusión mediática, incluidas las redes sociales, una vez se conoció su [publicación en la página del Consejo General del Poder Judicial](#).

Como es sabido, legitimados desde hace décadas y mantenida constante la jurisprudencia (últimamente [STS 660/2020, de 16 de julio](#), que, estimando el recurso de unificación de doctrina planteado por la empresa, rechaza que tal construcción se oponga a la [STJUE de 11 de abril de 2019, asuntos acumulados C-29/18, C-30/18 y C-44/18](#)), ahora se rectifica ([STS 1137/2020, de 29 de diciembre](#)). Entre otras razones, se sostiene que la automatización de esta contratación temporal en función del modelo de organización de la actividad (gestión indirecta-descentralizada) pone en peligro la garantía comunitaria de la estabilidad, por lo que se otorga ahora una dimensión general a posiciones ya apuntadas parcialmente en otras decisiones (por ejemplo, [STS 204/2020, de 4 de marzo](#), que considera fraudulento basar un contrato de obra solamente sobre la especificidad de una subvención pública para realizar un proyecto; [STS 194/2020, de 3 de marzo](#) –un contrato de obra válidamente asociado a una contrata de inicio se convierte en indefinido por lo prolongado de la misma durante más de 10 años–). Sin duda, merece un estudio detenido, mayor del que aquí se puede ofrecer, emplazando de nuevo al citado próximo monográfico.

En cambio, nos ha parecido más adecuado incluir en este monográfico de diálogos con la jurisprudencia comunitaria y su impacto en la legislación laboral, y, sobre todo, en la práctica o experiencia jurisdiccional interna, una muy reciente y sugerente doctrina del TJUE que trata de proyectar, no sin su ambigüedad e incertidumbre características, esta política de lucha contra el abuso de la temporalidad en el mercado de trabajo privado. Concretamente en las llamadas relaciones triangulares de trabajo o de gestión indirecta de personas trabajadoras consistentes en los contratos de trabajo de puesta a disposición a través de ETT. Se trata de la [STJUE de 14 de octubre de 2020, asunto C-681/18](#).

Aunque la sentencia rechaza la tesis de la demanda según la cual sería aplicable en tales casos también la cláusula 5.^a de la [Directiva 1999/70/CE](#) (sigue, aclarándola en este punto, la citada [STJUE de 25 de octubre de 2018, asunto C-331/17, Sciotto](#)), sí que considera exigible a los Estados que, en aplicación de la cláusula 5.^a de la [Directiva 2008/104/CE](#), adopten medidas efectivas para evitar que la contratación de puesta a disposición se perpetúe,

por la sucesión de contratos de este tipo con una misma empresa usuaria. Precisamente, si bien respecto de un tema distinto (determinación de las situaciones legales de empleo), la [STS 728/2020, de 30 de julio](#), evidenciando una política jurisdiccional claramente preventiva del riesgo de fraude (pensamiento de la sospecha), niega a las ETT la facultad de contratar mediante relaciones fijas discontinuas (por lo que no reconoce el derecho a la prestación por desempleo en los tiempos de inactividad). El voto particular no se muestra tan cauteloso y considera que no se puede presumir el fraude, existiendo mecanismos en el derecho español suficientes para disuadir del mismo o, en todo caso, erradicarlo en el seno de estas formas de gestión indirecta (triangular) de relaciones de empleo temporal.

El voto mayoritario parece estar más en sintonía que el voto particular con esta doctrina comunitaria. La sentencia de referencia incorpora una notable novedad y abre importantes interrogantes de futuro, para el derecho legislado y su interpretación jurisprudencial en torno a cómo ha aplicarse, ¿exige medidas específicas para prevenir el abuso en las cesiones sucesivas de contratación por ETT o basta con adecuar las existentes fijadas para corregir la cesión ilegal (principio de causalidad apropiada; [art. 15.5 Estatuto de los Trabajadores –ET–](#))? Conviene poner de manifiesto que no ha sido habitual, hasta ahora, que el TJUE se pronuncie sobre cuestiones de las ETT, habiéndolo hecho de forma muy esporádica y con manifiesto desinterés.

Por ejemplo, la [STJUE, Gran Sala, de 17 de marzo de 2015, asunto C-533/13, AKT](#), concluyó que la obligación estatal –e incluso convencional– de no establecer prohibiciones-restricciones a la contratación temporal mediante ETT, una vez asegurado el principio de igualdad de trato en las condiciones esenciales (la [STS 930/2020, de 20 de octubre](#), condena a una ETT al pago de una retribución variable prevista en el convenio aplicable en la empresa usuaria y negada en la ETT), salvo razones de interés general (por ejemplo, seguridad y salud de las personas trabajadoras, en línea con la [disp. adic. cuarta Ley 14/1994, de 1 de junio](#), por la que se regulan las empresas de trabajo temporal), solo vincula a las autoridades estatales, no al órgano judicial. Por lo tanto, el TJUE aseguraba un amplio margen de discrecionalidad para los Estados de restringir –o, al revés, promover– la cesión legal de personas trabajadoras mediante ETT. La experiencia convencional en esta materia, para España, pone de manifiesto que un buen número de las prohibiciones o restricciones existentes antes de la trasposición de la directiva han ido desapareciendo (a partir de abril de 2011). Ahora, tanto la legislación como los convenios deberán promover garantías efectivas contra el abuso de la contratación temporal por ETT.

La novedad y relevancia de esta doctrina justifican un [análisis específico](#), efectuado por el profesor Ignacio González del Rey Rodríguez, reconocido especialista en esta materia.

3. De las mejoras de protección de la maternidad a la garantía de la igualdad efectiva de sexos: nuevas claves de una evolución legislativa y jurisprudencial comunitaria. ¿Y en familias monoparentales? Si en la tutela del empleo temporal la garantía de efectividad del principio de igualdad de trato y prohibición de no discriminación tiene una especial significación, queda claro que lo arraigado y transversal de la protección de la igualdad de trato

entre hombres y mujeres, así como la prohibición de las diferentes formas de discriminación (directa, indirecta, por asociación) por razón de sexo, hallan una intensa, constante y renovada atención por parte del derecho derivado de la UE, así como de la jurisprudencia comunitaria. Por supuesto, la configuración de la igualdad de género como un principio general del derecho de la UE y como un derecho fundamental (arts. 20 y 21 [Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#)) conoce notables proyecciones también en el ámbito del empleo público. Por poner un ejemplo, la [STJUE, Sala Cuarta, de 19 de noviembre de 2020 \(asunto C-93/19\)](#), que confirma la [Sentencia del Tribunal General, Sala Primera, de 27 de noviembre de 2018 \(asunto T-315/17\)](#), recuerda que el ejercicio de las potestades de organización pública (en el caso, la funcionaria comunitaria) deben ejercerse atendiendo a la perspectiva de género.

El resultado es la anulación de una decisión de traslados (en el contexto del procedimiento de rotación establecido por el SEAE –Servicio Europeo de Acción Exterior–), que tuvo en cuenta solo el interés del servicio y no ponderó la infrarrepresentación del sexo femenino en estos puestos. El TJUE recuerda a los poderes públicos que deben: «[...] al adoptar decisiones relativas a la organización de sus servicios, efectuar una ponderación entre los diversos intereses en juego, tomando en consideración, en particular, tanto el respeto del principio de igualdad de trato como el interés del servicio» ([apdo. 55](#)).

En el ámbito interno, y para un ámbito de servicios públicos sanitarios, pero gestionados de forma privada, sigue creciendo la larga saga de sentencias constitucionales que amparan a las médicas que sufrieron discriminación indirecta por razón de género por el efecto del sistema de cómputo del descanso retribuido, al no tener en cuenta la empleadora que la reducción de jornada ordinaria y complementaria traía causa del ejercicio del derecho-trabajo de cuidar (por ejemplo, [Sentencia del TC 168/2020, de 16 de noviembre](#)). En otras ocasiones, los tropiezos de las organizaciones con el principio de no discriminación por razón de sexo son tan recurrentes y siguen tan anclados en situaciones del pasado que causan perplejidad. Así sucede cuando comprobamos que aún los Altos Tribunales deben reprobar a los inferiores no corregir las utilidades de la maternidad como barrera a la carrera en lo profesional de las mujeres, también en el ámbito público.

Sería el caso de la [STS, Sala Tercera, 685/2020, de 5 de junio](#). En este asunto, la trabajadora-candidata a una plaza de funcionaria interina vio cómo se le negaba el tiempo de antigüedad durante su permiso de maternidad y, tras la impugnación judicial, cómo la instancia y la apelación avalaban tal criterio, primando razones procesales (acto firme consentido) y de fondo (priman los méritos que se han acreditado oficialmente y a cargo de quien los alega). Las situaciones se repiten una y otra vez (lo que evidencia no solo su recurrencia, sino su naturaleza todavía de discriminación sistémica) y obligan a decisiones del máximo rango jurisdiccional nacional, en ambas salas, social y contenciosa (por ejemplo, [STS, Sala 3.ª, 4/2020, de 14 de enero](#), cuya doctrina se forja, de nuevo, sobre criterios de la jurisprudencia comunitaria –además de la constitucional–; o [STS, Sala 3.ª, 1768/2020, de 17 de diciembre](#), que valora el periodo de excedencia por cuidado de familiar de una funcionaria como si de situación de servicio activo se tratara).

La sobrerrepresentación de las mujeres en el trabajo no remunerado de cuidar es una fuente continua de obstáculos, también para la carrera de seguridad social. Lo ilustra la [STSJ del País Vasco 1344/2020, de 17 de noviembre](#), que, aplicando la perspectiva de género, para remover esos obstáculos, así como la perspectiva de protección del interés superior de la persona menor, reconoce una base reguladora del 100 % a la trabajadora que, al acceder a la «prestación por hijo con enfermedad grave», se hallaba en reducción de jornada. Valora que, cuando inició la jornada reducida, ya existían los síntomas de la enfermedad grave, pero, dado que se diagnosticó después (casi 5 años), existía un obstáculo objetivo para optar por la reducción de jornada del [artículo 37.6 del ET](#), debiéndose corregir ([art. 9.2 Constitución española](#)).

Ahora bien, el intenso dinamismo –normativo y sociocultural– de esta cuestión (lo vimos en el [editorial del número de diciembre/2020](#)) puede hacer que garantías nacidas en su día como «medidas de protección» de la mujer terminen teniendo efectos contrarios, discriminatorios, tanto respecto de su situación en el mercado de trabajo, como, incluso, para los hombres, porque no solo debe permitirse, sino promoverse, su condición de progenitores al mismo nivel que las mujeres (modelo de conciliación corresponsable). Una cosa es proteger la maternidad y otra perpetuar su protagonismo en el trabajo reproductivo (trabajo de cuidar no remunerado), en detrimento del debido modelo de conciliación de tiempos de trabajo reproductivo socialmente corresponsable de la otra persona progenitora. Al respecto, las políticas y prácticas de los países basadas en otorgar permisos adicionales en exclusiva para las mujeres, en virtud del concepto –jurídico, pero, sobre todo, sociocultural– relativo a «las particulares relaciones que mantiene con su hijo/a durante el periodo posterior al parto», son vistas con creciente sospecha por el TJUE. Interesante al respecto es la [STJUE de 18 de noviembre de 2020, asunto C-463/19](#), y, sobre todo, incluso más, las [conclusiones del abogado general](#), que explicita mejor el sentido y las razones de ese recelo comunitario (obstaculiza el principio de igualdad corresponsable de género), exigiendo una cierta actualización de la doctrina del TJUE que ha venido marcando este ámbito central del derecho de la UE: la [doctrina Hofmann](#). Por su relevancia le dedicamos un [análisis específico](#).

Precisamente, en este contexto de cambio desde un modelo tradicional de reparto del trabajo reproductivo, basado en facilitar ausencias o reducciones de jornada laboral (trabajo productivo), en especial a las mujeres (que *de facto* son las que las ejercen muchísimo más), a otro asentado en un reparto corresponsable entre ambas personas progenitoras, y en derechos subjetivos a la adaptación razonable de jornada (por ejemplo, [art. 34.8 ET](#)), emerge una nueva dimensión del mismo: ¿cómo afrontar la cada vez mayor frecuencia de familias monoparentales que, además, suelen estar encabezadas por mujeres? En medio de un intenso debate social y político, en tanto que ya hay iniciativas legislativas dirigidas a atender específicamente esta situación, con unas medidas que tienden a reproducir la lógica tradicional (acumular permisos en las mujeres, o en la única persona progenitora de la unidad familiar), así como de una creciente conflictividad judicial, se ha dictado la [STSJ del País Vasco 1217/2020, de 6 de octubre](#), que anticipa la solución proyectada (la mujer tiene derecho a acumular el permiso que le correspondería al padre, pese a que eligió no tenerlo), de nuevo, sobre la doble perspectiva de protección de la infancia y de la equidad

de género. Dada su trascendencia, también es objeto de [análisis específico](#) en este monográfico, donde se lleva a cabo una crítica, tanto jurídica como social, de esta solución, a nuestro juicio no solo forzada, sino contraproducente para las mujeres.

4. Despidos colectivos y nueva llamada del TJUE al cambio legal, no solo jurisdiccional. ¿Más problemas derivados que soluciones con el nuevo método de cómputo del umbral de extinciones para la prevención del fraude de despido colectivo encubierto? Recordá-bamos que no hay aspecto de las relaciones de trabajo nacionales –no solo transnacionales comunitarias– que no esté influido, con más o menos intensidad, por la pretoriana jurisprudencia del TJUE. La terminación del contrato de trabajo no le es tampoco ajena. La falta de competencia específica no impide su intervención como condición de trabajo a proteger en el marco de los principios y derechos fundamentales relativos a la igualdad, por razón de sexo, por razón de discapacidad, etc. Un ejemplo conocido, que genera notables controversias, es la calificación de nulidad de los despidos por causas de enfermedad asimilada o equiparable a la discapacidad (para ilustrarlo, de interés la [STSJ de Cataluña 1760/2020, de 26 de mayo](#), que aplica la conocida [doctrina Daouidi](#)).

Pero no hay duda de que la modalidad de despidos más influida por la jurisprudencia del TJUE es la de despidos colectivos, puesto que existe –desde hace largo tiempo– un marco de armonización normativa específico ([Directiva 98/59/CE](#)). Si el texto actual del [artículo 51 del ET](#) no sería comprensible sin la norma comunitaria, su aplicación práctica actual, incluso al margen, a veces incluso contra el propio texto, no se comprendería sin la jurisprudencia del TJUE. Con frecuencia su reclamo ha motivado importantes virajes jurisprudenciales.

Cierto, la actualidad judicial de los despidos económicos viene influida, además, por otra vía de revisión de la jurisprudencia nacional de fuente social internacional, como es el caso del [Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo](#). La [STSJ de Baleares 412/2020, de 18 de noviembre](#), se rebela, en parte, frente a la doctrina del TS, que no deja margen a la impugnación individual del despido colectivo cuando ha habido acuerdo, salvo fraude, pues es *iuris et de iure*, para abrir una vía impugnatoria. A su juicio se trata solo de una presunción *iuris tantum* y, en consecuencia, es posible entrar a conocer también por vía individual. Así lo hace y declara la improcedencia del despido. Pero su gran importancia, enmarcado en un movimiento de cambio más amplio, exige un tratamiento específico, que se abordará en el próximo número, con la aportación del profesor Tomás Sala Franco.

Ahora bien, no menos verdad es que el centro de mayor interés se ha situado hoy en la STJUE de 11 de noviembre de 2020 (asunto C-300/19, Marclean Technologies). Con ella vuelve el gran pretor comunitario a marcar un profundo punto de inflexión, promoviendo la necesidad tanto de un nuevo giro jurisprudencial nacional (por ejemplo, [STS 21/2017, de 11 de enero](#); seguida luego de forma continuada en la doctrina judicial –por ejemplo, [STSJ de Andalucía/Sevilla 332/2020, de 30 de enero](#)–), como de la acción legislativa. La resistencia es ya injustificable, sin esperar a la suerte que pueda tener la contrarreforma laboral que se negocia. Más ahora porque la solución del TJUE (las extinciones a computar en los 90 días

pueden contarse hacia atrás o hacia delante, debiéndose utilizar aquel modo que permita integrar «el mayor número [de despidos] posible») abre más interrogantes que cierra (por ejemplo, revisión del plazo de caducidad; irrelevancia de la intención empresarial, pues es un concepto objetivo o de resultado; cómo se concreta este nuevo concepto jurídico indeterminado aportado por el TJUE –el mayor número de despidos posible–, etc.).

Por su relevancia e interés, aquí incluimos un [análisis cuidado por la profesora Yolanda Maneiro Vázquez](#), buena conocedora de esta jurisprudencia oracular que es la del TJUE, fiel exponente de una jurisprudencia de «textura abierta», al igual que las tenidas, por su apertura de sentidos varios, incluso dispares, a la realidad, como normas de «textura abierta» (Herbert L. A. Hart). El agravante de una jurisprudencia de este tipo es que, precisamente, ella es la llamada a ir concretando aquella amplitud de sentidos, no a crear más y nuevos interrogantes a cada decisión adoptada. Si con ello se puede ganar en justicia social, también se pierde en exceso en seguridad o certeza jurídica (capacidad de previsibilidad razonable del sentido de la respuesta jurídica a una situación dada).

Por supuesto, no son los únicos temas que se podrían traer a este monográfico. Otros de gran relevancia podrían tener espacio. Pero hay que elegir. En los próximos números (a iniciar por el siguiente) de esta revista seguiremos dando cuenta de este manantial inagotable de creación jurídica que es, en lo positivo y en lo no tanto (por la incertidumbre que crea), el TJUE.

Cómo citar: Molina Navarrete, Cristóbal. (2021). El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, alerta continua: una jurisprudencia ambivalente y de «textura abierta». *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 454, 125-135.

Los 90 días determinantes del despido colectivo: *certus an, ¿certus quando?*

Comentario a la [Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de noviembre de 2020, asunto C-300/19](#)

Yolanda Maneiro Vázquez

*Profesora contratada doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Santiago de Compostela*

Extracto

La sentencia *Marclean Technologies* aclara el momento temporal en el que debe contarse el plazo de 90 días para computar el número de despidos a la hora de determinar la existencia o no de un despido colectivo. En ella, el Tribunal de Justicia no considera que la jurisprudencia del Tribunal Supremo resulte acorde a la Directiva 98/59/CE y ofrece una interpretación mucho más amplia de dicho periodo temporal, pero que, a su vez, abre muchos interrogantes sobre su aplicación futura y pone de manifiesto la imperiosa necesidad de reformar el artículo 51.1 del Estatuto de los Trabajadores.

Palabras clave: despido colectivo; 90 días; *dies a quo*; artículo 51.1 ET; Directiva 98/59/CE.

Cómo citar: Maneiro Vázquez, Yolanda. (2021). Los 90 días determinantes del despido colectivo: *certus an, ¿certus quando?* Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de noviembre de 2020, asunto C-300/19. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 454, 137-145.

The 90 days determining collective redundancy: *certus an, ¿certus quando?*

Commentary on the judgment of the ECJ 11 November 2020,
case C-300/19

Yolanda Maneiro Vázquez

Abstract

The Marclean Technologies judgment clarifies the time frame within which the 90-day period for counting redundancies must be calculated when determining whether or not a collective redundancy exists. In it, the Court of Justice does not consider that the jurisprudence of the Supreme Court is in accordance with Directive 98/59/EC and offers a much wider interpretation of this time period, but which, at the same time, opens many questions about its future application and highlights the urgent need to reform article 51.1 ET.

Keywords: collective dismissal; 90 days; *dies a quo*; article 51.1 ET; Directive 98/59/EC.

Citation: Maneiro Vázquez, Yolanda. (2021). The 90 days determining collective redundancy: *certus an, ¿certus quando?* Commentary on the judgment of the ECJ 11 November 2020, case C-300/19. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 454, 137-145.

1. Marco normativo

La incidencia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en la interpretación y aplicación de las normas reguladoras del despido colectivo español es innegable. El relevante número de sentencias de origen español dictadas en los últimos años ha obligado a reinterpretar el [artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores \(ET\)](#). La reticencia a la hora de modificar su redacción, junto a estos nuevos criterios interpretativos, ha provocado que, en la actualidad, el cumplimiento estricto y literal de las reglas que contiene el citado precepto y su tradicional interpretación ya no garantizan la correcta tramitación de un despido colectivo. En 2015, las sentencias [Rabal Cañas](#) y [Pujante Rivera](#) ampliaron el tipo de extinciones asimilables a los despidos, que habrán de ser tenidas en cuenta para el cómputo total y la unidad de referencia empleada para computarlas. 3 años después, la [sentencia Porras Guisado](#) obligó a justificar los motivos por los que, como parte de un despido colectivo, se elegía a una trabajadora embarazada.

La reciente [Sentencia de 11 de noviembre de 2020, Marclean Technologies](#), tiene también origen español, pues responde a la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social número 3 de Barcelona, y la peculiaridad de haber sido dictada exactamente el mismo día que [Pujante Rivera](#), aunque un lustro después. Incide en el modo en el que han de computarse los 90 días que componen el periodo en el que debe tener lugar el número de extinciones requeridas por el [artículo 51.1 del ET](#) para que puedan entenderse constitutivas de un despido colectivo.

Además, la [sentencia Marclean Technologies](#) aborda los despidos colectivos tácitos, que con ánimo fraudulento tratan de eludir las reglas de procedimiento impuestas y, por ello, calificados como nulos por el último párrafo del [artículo 51.1 del ET](#):

Quando en periodos sucesivos de 90 días y con el objeto de eludir las previsiones contenidas en este artículo, la empresa realice extinciones de contratos al amparo de lo dispuesto en el artículo 52 c) en un número inferior a los umbrales señalados, y sin que concurren causas nuevas que justifiquen tal actuación, dichas nuevas extinciones se considerarán efectuadas en fraude de ley, y serán declaradas nulas y sin efecto.

De dicho precepto no puede extraerse una indicación expresa sobre si dichos 90 días han de ser anteriores o posteriores al despido individual. Esta cuestión tampoco se precisa en

el artículo 1.1.1.º a) de la [Directiva 98/59/CE](#), que simplemente se refiere al número de despidos que se producen en un periodo determinado de 30 o de 90 días, dependiendo de la elección de cada Estado miembro.

De nuevo en el derecho español, el [artículo 122.2.b\) de la Ley reguladora de la jurisdicción social](#) califica como nulas las extinciones individuales:

Quando se haya efectuado en fraude de ley eludiendo las normas establecidas por los despidos colectivos, en los casos a los que se refiere el último párrafo del apartado 1 del artículo 51 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

2. Síntesis del supuesto de hecho

La señora UQ, despedida el 31 de mayo de 2018 por la empresa Marclean Technologies, SLU, presentó demanda ante el Juzgado de lo Social número 3 de Barcelona solicitando la nulidad de su despido por considerarlo parte de un despido colectivo encubierto. La empresa justificó el despido individual tanto en el descenso en la actividad de la trabajadora, como en los incumplimientos laborales de la señora UQ y de otros compañeros y compañeras, que también fueron despedidos.

De acuerdo con los datos obtenidos por el referido Juzgado de lo Social, el *iter* de los despidos efectuados por la empresa fue el que sigue:

- Entre el 31 de mayo y el 14 de agosto se produjeron 7 ceses. De ellos, 4 lo fueron por causas no imputables a las personas trabajadoras, 2 por cese voluntario y 1 por finalización del contrato de trabajo.
- El 15 de agosto se extinguieron 29 contratos que, según la versión de la empresa, constituyeron un cese voluntario comunicado el 26 de junio con efectos a partir del 15 de agosto. Ese mismo día la empresa puso fin a su actividad.
- El 16 de agosto dichas 29 personas fueron contratadas por la empresa Risk Steward, SL.

Mediante Auto de 6 de febrero de 2019, el Juzgado de lo Social constató que habían sido despedidas entre 30 y 35 personas trabajadoras, de modo que, conforme a lo regulado por el artículo 1.1.1.º a) de la [Directiva 98/59/CE](#), dichos despidos podrían considerarse como colectivos. Sin embargo, la interpretación del [artículo 51.1 del ET](#) que ha venido realizando el Tribunal Supremo (TS) impediría esta consideración, pues exige que las extinciones hayan tenido lugar en un periodo de 90 días referidos «exclusivamente al periodo anterior a la fecha del despido impugnado».

Considerando que esta interpretación restrictiva puede dificultar la correcta aplicación de la finalidad tuitiva de la directiva, el Juzgado de lo Social número 3 de Barcelona planteó, el 25 de marzo de 2019, a través de auto, tres cuestiones prejudiciales que el TJUE examinó conjuntamente y que podrían resumirse del siguiente modo: si el artículo 1.1.1.º a) de la [Directiva 98/59/CE](#) debe interpretarse en el sentido de que el periodo de referencia de 30 o 90 días previsto en dicha disposición ha de calcularse computando, o bien exclusivamente un periodo anterior al despido individual impugnado; o bien un periodo posterior a ese despido, con independencia de que exista o no fraude; o bien incluye todo periodo de 30 o de 90 días en el que se hubiera producido ese despido individual.

3. Doctrina judicial existente

Tradicionalmente, el despido colectivo se ha venido identificando por la concurrencia de los tres elementos exigidos por el [artículo 51.1 del ET](#):

- El *número* de extinciones.
- Las *causas* económicas, técnicas, organizativas y de producción que las justificaban.
- El *periodo temporal* de 90 días en el que habrían de computarse y concurrir aquellas.

Además, el último párrafo de dicho precepto contiene una norma antifraude que conduce a la nulidad de las extinciones acordadas por la empresa «en periodos sucesivos de 90 días y con el objeto de eludir las previsiones contenidas» en la regla general.

La Sala de lo Social del TS cuenta con una reiterada jurisprudencia respecto del *dies a quo* de dicho periodo de 90 días. Así, las Sentencias de [23 de abril de 2012 \(rec. 2724/2011\)](#), [23 de enero de 2013 \(rec. 1362/2012\)](#), 25 y 26 de noviembre de 2013 (recs. [52/2013](#) y [334/2013](#), respectivamente), 11 de febrero y 9 de abril de 2014 (recs. [323/2013](#) y [2022/2013](#)), entre otras, reiteran la doctrina recogida en la Sentencia del TS (STS) de [11 de enero de 2017 \(rec. 2270/2015\)](#), empleada por el Juzgado de lo Social número 3 de Barcelona para fundamentar su cuestión prejudicial. El TS había sostenido firmemente en ella que:

[...] el primer párrafo del art. 51.1 ET [...] establece una norma general en virtud de la cual el día del despido constituye el día final del plazo (el «dies ad quem») para las extinciones contractuales que se acuerden ese día y, al mismo tiempo, el día inicial (el «dies a quo») para el cómputo del periodo de los 90 días siguientes. En términos generales, «el día en que se acuerda la extinción constituye el día final del cómputo del primer periodo de 90 días y el inicial del siguiente» [...].

La sala justificó dicha doctrina por ser este día «en el que se superan los límites que condicionan la existencia del despido colectivo, figura que no existe, que no se da hasta que el número de extinciones supera los límites del cálculo matemático que establece la norma» (STS de 23 de abril de 2012, citada). Dado que quien legisla, insiste la sala, no puede dar pautas para presumir y sancionar lo que la empresa piense hacer en el futuro, el *dies ad quem* se fija coincidiendo con la fecha en la que se acuerda la extinción:

[...] en la fecha en la que los hechos son ciertos y sin género de dudas se puede calificar si el despido es colectivo con arreglo a la ley y no con arreglo a un futuro incierto, pues la norma trata de generar seguridad jurídica y no incertidumbres.

De acuerdo con la interpretación anterior, solo existe un supuesto en el que se tienen en cuenta las extinciones futuras y, por lo tanto, el cómputo se realiza respecto de los días posteriores a la extinción del contrato de trabajo impugnada. Se trata del supuesto contenido en la «norma antifraude» del último párrafo del artículo 51.1 del ET, que se aplica a las extinciones producidas «en periodos sucesivos de 90 días y con el objeto de eludir las previsiones contenidas» en el artículo 51.1 del ET y en número inferior a los umbrales legales, sin que concurren causas nuevas que justifiquen los nuevos despidos. En tal caso, la excepción a la regla general facilita la declaración de nulidad del despido «cuando se aprecien datos o simples indicios que permitan, conforme a reglas lógicas, apreciar la existencia de fraude» (STS de 11 de enero de 2017, citada).

4. Trascendencia (indudable) del pronunciamiento

Una vez más, el TJUE ha venido a modificar una interpretación ya consolidada del artículo 51.1 del ET. También, una vez más, la cuestión prejudicial ha resultado ser un arma eficaz para que los juzgados de lo social puedan apartarse de las pautas jurisprudenciales marcadas por la doctrina de los tribunales superiores. Quizás esta circunstancia explica, en buena medida, el abundante número de cuestiones prejudiciales planteadas por los juzgados de lo social y por los tribunales superiores de justicia, en contraste con la moderación del TS para acudir a esta herramienta de auxilio interpretativo.

En comparación con la extensión de otras decisiones anteriores del TJUE en materia de despido colectivo, el caso UQ destaca por su brevedad y concisión, acentuada por el más que aconsejable examen conjunto de las tres cuestiones planteadas. El Tribunal de Justicia recuerda que los umbrales de cálculo del despido colectivo constituyen conceptos del derecho de la Unión cuya interpretación no puede dejarse a disposición de los Estados miembros. Lo contrario, como ya había indicado en las sentencias *Confédération générale du travail* y *Pujante Rivera*, permitiría que los Estados pudieran alterar el ámbito de aplicación de la Directiva 98/59/CE y, en consecuencia, privarla de eficacia.

Sin embargo, la complejidad de esta [sentencia](#), y, en especial, su trascendencia *ad futurum*, es muy superior a lo que pudiera parecer a primera vista. El TJUE corrige abiertamente en ella la jurisprudencia del TS al considerar no conforme a la [Directiva 98/59/CE](#) la limitación del cómputo de los 90 días exclusivamente al periodo anterior al despido individual. Tampoco es adecuado el empleo de los 90 días inmediatamente posteriores, si esta posibilidad se restringe exclusivamente a los supuestos de fraude de ley. El tribunal considera válido el empleo de ambos criterios, exista o no intención fraudulenta por parte de la empresa. Añade, además, un tercero: el que permite que dicho cómputo se realice en un periodo que pueda ser en parte anterior y en parte posterior al despido individual impugnado. Este método, señala el tribunal, «es el único que resulta conforme con la finalidad de la Directiva 98/59 [...] y que respeta el efecto útil de aquella».

Los fundamentos de esta interpretación se exponen con toda claridad en la sentencia:

1. La ausencia de cualquier límite temporal fijado por la directiva a estos efectos: «la directiva no menciona, a efectos de calcular el número de despidos que se han producido, ningún límite temporal exclusivamente anterior o posterior al despido individual impugnado» (apdo. 30).
2. El establecimiento de dicho límite, tal y como lo ha venido fijando la jurisprudencia unificada del TS, podría limitar la protección de los derechos de las personas trabajadoras perseguida por la directiva:

[...] limitar el periodo de referencia, o bien exclusivamente al periodo anterior al despido individual impugnado, o bien igualmente al periodo posterior a dicho despido en caso de fraude podría restringir los derechos de los trabajadores afectados, dado que ambos métodos impedirían computar los despidos producidos dentro de un periodo de 30 o 90 días, pero fuera de ese periodo anterior o posterior, aun cuando la totalidad de los despidos hubiera superado el número requerido por el art. 1.1.1.º a) de la Directiva 98/59/CE (apdo. 31).

3. Resulta irrelevante que el periodo de referencia empleado sea anterior o posterior al despido individual, siempre y cuando sea continuo, sin posibilidad de suspensión o interrupción alguna¹. El abogado general Bobek considera en sus [conclusiones](#) que en la expresión de «un periodo de 90 días» empleada por la directiva no debe interpretarse un numeral, sino como «*cualquier* periodo» de 90 días (apdo. 31).

¹ En palabras del abogado general Bobek en sus [conclusiones](#) a la sentencia *Marclean Technologies*:

[...] la única indicación que podría deducirse de la lógica y del contexto [del art. 1.1.1.º a)] es que ambos periodos de referencia, anterior y posterior a la extinción individual, «deben ser consecutivos, sin que exista la posibilidad de suspensión o interrupción alguna» (apdo. 32).

4. La finalidad de la directiva es identificar determinados tipos de actuación de las empresas dentro de un periodo específico, que debe tener un grado de previsibilidad y verificabilidad. Por ello, la directiva no distingue entre despidos fraudulentos o no, puesto que la intención empresarial no puede repercutir en el cómputo ni en la duración del periodo de referencia²:

Las extinciones de los contratos que constituyen despidos a los efectos de la Directiva 98/59 deben determinarse de manera objetiva, atendiendo exclusivamente a los criterios establecidos en el artículo 1 [...] con independencia de la intención subjetiva del empresario (apdo. 39).

Resulta curioso volver la vista atrás y retroceder unas décadas, para comprobar que esta misma interpretación ya formaba parte de la primera doctrina judicial de nuestros tribunales superiores de justicia. Así, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Cataluña 4390/1995, de 19 de julio, señalaba que: «basta que la extinción en cuestión se haya producido en un día de los 90, dentro de cuyo periodo hayan existido, antes, coetánea o posteriormente, otras extinciones computables cuya suma supere el correspondiente umbral». Fundamentaba esta interpretación en el canon hermenéutico (*ubi lex non distinguit...*), sistemático y en:

[la] discriminación que se produciría entre determinados trabajadores sujetos en realidad todos ellos a un despido colectivo con fundamento en las mismas causas si tan solo debieran estimarse nulos por fraudulentos los que sobrepasaran un determinado número dentro del mismo periodo, quedando convalidados los anteriores.

Sin embargo, sentencias posteriores, como la STSJ de Galicia de [21 de noviembre de 1996 \(rec. 4794/1996\)](#), restringieron dichos 90 días al «periodo precedente a la fecha de la extinción cuestionada en el proceso». Y en su posterior [Sentencia de 7 de julio de 2004 \(rec. 383/2003\)](#), el TSJ de Cataluña, en el caso de los despidos fraudulentos, consideró que:

[...] indudablemente el cómputo ha de hacerse hacia adelante partiendo del primer despido, iniciándose de nuevo al producirse otro despido, de tal modo que si entre uno y otro despido transcurre un lapso superior a 90 días se rompe la sucesión de los periodos a computar.

² Por tal motivo, el abogado general en sus [conclusiones](#) rechaza también la opción del Gobierno polaco, que iniciaba el periodo de cómputo en el primer despido derivado del proyecto de la empresa de efectuar un despido colectivo. Los despidos a efectos de la [Directiva 98/59/CE](#) deben determinarse de manera objetiva, atendiendo a los criterios fijados en ella, y «con independencia de la intención subjetiva del empresario» (apdo. 39 [conclusiones](#)).

A la vista de la [sentencia Marclean Technologies](#) no cabe duda de que la certeza que tradicionalmente ofrecía la jurisprudencia unificada del TS podría venirse abajo ante los dictados del TJUE. Queda por comprobar ahora cuál será su recepción real por parte de la doctrina judicial española. Habrá que ver si el TS «ratifica y completa» su anterior doctrina, como hizo tras la [sentencia Rabal Cañas](#), y si Marclean Technologies constituye, al fin, el impulso final que se precisaba para reformar el tan vapuleado [artículo 51.1 del ET](#) para adaptarlo a las exigencias de la normativa comunitaria.

Mientras esto sucede, los interrogantes que se abren tras [Marclean Technologies](#) tampoco resultan despreciables. Ante su lectura surgen numerosas cuestiones que, por la limitada extensión de este comentario, no pueden abordarse. Así, por ejemplo, la posible alteración del plazo de caducidad del que dispondrá una persona trabajadora que ha visto extinguido su contrato de trabajo, tras descubrir que el número de extinciones posteriores a su despido es suficiente para considerarlo parte de un despido colectivo encubierto. También deja ver esta sentencia la necesidad de reconfigurar una nueva parte del [artículo 51.1 del ET](#): el despido colectivo en fraude de ley. Tras [Marclean Technologies](#) resulta irrelevante la intención empresarial y solo se precisa que concurra el número suficiente de despidos en un periodo de 90 días consecutivos. Esto pone en cuestión la actual previsión de periodos sucesivos de 90 días en los que no llegan a producirse el número suficiente de extinciones.

Además, será interesante observar cómo se afrontarán otras dos posibles cuestiones derivadas del texto de la sentencia. La primera de ellas afecta al significado y trascendencia de la expresión «el mayor número de despidos», como elemento identificador del periodo de 90 días que ha de tomarse en consideración. Del texto de [Marclean Technologies](#) se extrae que el [artículo 51.1 del ET](#) no podrá limitar un único periodo de 90 días, pudiendo ser este el anterior, el posterior o aquel en el que se integre el despido individual impugnado. Ahora bien, parece dar a entender que la persona trabajadora individualmente despedida no podrá elegir el periodo de 90 días que más le convenga, ni siquiera aunque en él se alcance el número de extinciones requerido. Habría de acogerse al periodo de 90 días en el que se hubiera producido «el mayor número de despidos». Esta interpretación permitiría evitar que cada una de las personas trabajadoras afectadas por despidos individuales acordados en fechas próximas pudiera elegir un periodo de 90 días diferente. Queda por ver si los tribunales interpretarán restrictivamente esta expresión y si corresponderá a la persona trabajadora la compleja carga de probar que, en el periodo alegado, se produjo realmente el mayor número de extinciones.

Son abundantes las cuestiones que surgen y que surgirán, en el futuro, en torno a la aplicación práctica de la [sentencia Marclean Technologies](#). Esta decisión es un toque más del TJUE en el camino hacia la necesaria modificación del [artículo 51.1 del ET](#) para adaptar su texto y su interpretación a los requisitos de la [Directiva 98/59/CE](#). Es también un recordatorio de que hasta las más fuertes murallas de la interpretación jurisprudencial pueden caer ante la trompeta del Tribunal de Justicia.

Trabajo fijo discontinuo y empresas de trabajo temporal

Comentario a la [Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de octubre de 2020, asunto C-681/18](#), y a la [Sentencia del Tribunal Supremo 728/2020, de 30 de julio](#)

Ignacio González del Rey Rodríguez

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

Extracto

El presente comentario analiza la posibilidad de celebrar un contrato de trabajo fijo discontinuo en empresas de trabajo temporal para cesiones sucesivas a una misma empresa usuaria, conforme al derecho del trabajo español y su adecuación a la Directiva 2008/104/CE, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal.

Palabras clave: trabajo fijo discontinuo; empresas de trabajo temporal; misiones sucesivas.

Cómo citar: González del Rey Rodríguez, Ignacio. (2021). Trabajo fijo discontinuo y empresas de trabajo temporal. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de octubre de 2020, asunto C-681/18, y a la Sentencia del Tribunal Supremo 728/2020, de 30 de julio. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 454, 146-153.

Discontinuous fixed work and temporary agency work

Commentary on the judgment of the Court of Justice of the European Union of October 14, 2020 (case C-681/18), and the judgment of Spanish Supreme Court of Justice of July 30, 2020 (appeal on a point of Law 3898/2017)

Ignacio González del Rey Rodríguez

Abstract

This comment analyzes the possibility of concluding a fixed-discontinuous employment contract in temporary employment agencies to attend successive assignments of workers to the same user, in accordance with Spanish Labor Law and its adaptation to the Directive 2008/104/EC on temporary agency work.

Keywords: fixed-discontinuous work; temporary agency work; successive assignments.

Citation: González del Rey Rodríguez, Ignacio. (2021). Discontinuous fixed work and temporary agency work. Commentary on the judgment of the Court of Justice of the European Union of October 14, 2020 (case C-681/18), and the judgment of Spanish Supreme Court of Justice of July 30, 2020 (appeal on a point of Law 3898/2017). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 454, 146-153.

1. Marco normativo

La legalización de la cesión de personas trabajadoras a través de empresas de trabajo temporal (ETT) se produjo en España con la reforma laboral de 1993-1994 ([RDL 18/1993, de 3 de diciembre](#), y [Ley 10/1994, de 19 de mayo](#), ambas normas de medidas urgentes de fomento de la ocupación), en cuyo contexto se aprueba igualmente la [Ley 14/1994, de 1 de junio](#), por la que se regulan las empresas de trabajo temporal. Norma aún vigente, aunque modificada en más de veinte ocasiones, desarrollada actualmente por el [Real Decreto 417/2015, de 29 de mayo](#), y, específicamente, en materia de prevención de riesgos laborales, por el [Real Decreto 216/1999, de 5 de febrero](#).

A semejanza de otras formas de empleo precario, como el trabajo a tiempo parcial ([Directiva 97/81/CE](#)) o la contratación de duración determinada ([Directiva 1999/70/CE](#)), el mediado a través de ETT también ha sido objeto de regulación por parte de la Unión Europea, aunque con mayores dificultades y en contextos significativamente diferentes. Así, la primera norma comunitaria sobre ETT, la [Directiva 91/383/CEE, de 25 de junio](#), del Consejo, es común a toda la contratación laboral de duración determinada, tanto directa como indirecta, y se limita al ámbito de la seguridad y la salud en el trabajo, al suelo mínimo del ordenamiento laboral, por tanto. Y no es hasta 2008, y sin el consenso y el acuerdo marco de las partes interlocutoras sociales europeas, a diferencia de los citados precedentes sobre el trabajo temporal y a tiempo parcial, cuando se logra la [Directiva 2008/104/CE](#) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal, seguramente menos equilibrada que las anteriores y más proclive a la flexibilidad que a la seguridad.

Cabe decir, por lo demás, que esta forma de empleo intermediado ha sido también objeto de atención en el seno de la Organización Internacional del Trabajo, a través del [Convenio número 181](#), de 1997, sobre las agencias de empleo privadas, ratificado por España en 1999 (BOE de 13 de septiembre), y conforma igualmente un sector de negociación colectiva de ámbito estatal desde 1995, con seis ediciones de convenio colectivo, el último y vigente de 2018 ([BOE de 28 de diciembre](#)). Aunque ninguna de estas normas es objeto de aplicación o interpretación en las sentencias comentadas.

En cuanto al contrato o al trabajo fijo discontinuo, desde la versión original del Estatuto de los Trabajadores (ET) de 1980, su regulación ha ido oscilando entre el marco normativo de la vigencia del contrato de trabajo y los contratos de duración determinada ([art. 15 ET](#)) y el de la contratación a tiempo parcial ([art. 12 ET](#)), para encontrar un final acomodado específico y

autónomo en el [artículo 16](#) del vigente texto refundido de 2015, si bien segregado en dos modalidades: el de ciclo variable (que no se repite en fechas ciertas, en la expresión legal), con identidad propia, y el de ciclo regular (que se repite en fechas ciertas) o fijo periódico, considerado como contrato a tiempo parcial indefinido (arts. [12.3](#) y [16.1](#) ET). Aun cuando, a diferencia del trabajo a tiempo parcial, el fijo discontinuo pueda considerarse causal.

2. Supuestos de hecho y cuestiones debatidas

Tanto la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ([STJUE de 14 de octubre de 2020 \(asunto C-681/18\)](#)), como la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ([STS 728/2020, de 30 de julio](#)), parten de un supuesto o situación problemática coincidente, a saber: la reiterada, aun discontinua, sucesión de misiones o puestas a disposición por parte de una misma ETT de una misma persona trabajadora, para una misma empresa usuaria. Aunque en contextos normativos y en debates jurídicos diferentes, y con conclusiones que podrían resultar divergentes.

Así, en el caso de la [sentencia del TJUE](#), y con origen en un proceso de reclamación de reconocimiento de la existencia de una relación laboral indefinida por parte de un trabajador italiano cedido hasta diecisiete veces a la misma empresa usuaria a lo largo de 2 años y medio, se cuestiona prejudicialmente la adecuación a la [Directiva sobre ETT](#), y, en particular, a su artículo 5.5, en relación con su considerando 15, y la ambigua y débil regla de prevención del abuso de la contratación temporal a través de ETT, de la correspondiente normativa interna italiana, que no impide o limita la referida sucesión reiterada de misiones o puestas a disposición, y tampoco impone su justificación o causalidad en relación con las necesidades de producción de la empresa usuaria.

Por su parte, en el caso de la [sentencia de nuestro TS](#), el debate se suscita en relación con el pretendido acceso a una prestación por desempleo durante los periodos de inactividad ([art. 267.1 d\) Ley general de la Seguridad Social –LGSS–](#)), por parte de un trabajador contratado como fijo discontinuo por una ETT para atender a sucesivas necesidades de una misma empresa usuaria, y se centra en la posibilidad legal de que las ETT celebren contratos de esa modalidad para la reiterada, sucesiva y discontinua cesión a empresas usuarias.

3. Doctrina judicial

Como se insinuó en la referencia al marco normativo comunitario de las ETT, la [Directiva 2008/104/CE](#) incluye una regla antiabusos significativamente más débil o atenuada, y ambigua, que las correspondientes a la contratación temporal directa (cláusula 5 Acuerdo Marco anexo a la [Directiva 1999/70/CE](#)). Inaplicable esta directiva, por cierto, a la contratación intermediada a través de ETT (cláusula 3.1 y [STJUE de 11 de abril de 2013, asunto C-290/12](#)).

Podría decirse incluso que las limitaciones impuestas en aquella directiva a la utilización de las ETT tienen probablemente mayor virtualidad en la dirección inversa, esto es, en la evitación y justificación de las restricciones nacionales a su uso, en aras de la flexibilidad empresarial y de la libertad de prestación de servicios ([STJUE de 17 de marzo de 2015, asunto C-533/13](#)). Así, conforme a su artículo 4.1:

Las restricciones o prohibiciones al recurso a la cesión temporal de trabajadores por empresas de trabajo temporal deberán estar justificadas exclusivamente por razones de interés general relativas, sobre todo, a la protección de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, a las exigencias en materia de salud y seguridad en el trabajo o a la necesidad de garantizar el buen funcionamiento del mercado de trabajo y de evitar posibles abusos.

Más específicamente, en relación con la limitación del abuso de la cesión a través de ETT, el artículo 5.5 de la [Directiva 2008/104/CE](#) dispone que: «Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias, de conformidad con el derecho o las prácticas nacionales, con vistas a evitar [...] que se lleven a cabo cesiones sucesivas con el objetivo de eludir las disposiciones de la presente directiva».

Pero, a diferencia de la [Directiva 1999/70/CE](#), sobre contratos de duración determinada, la [2008/104/CE](#) no impone a los Estados el establecimiento de medidas específicas en relación con la causalidad o las razones objetivas que deban justificar la contratación o puesta a disposición, con su duración máxima, o con su renovación, encadenamiento o sucesión.

En consecuencia, la [STJUE de 14 de octubre de 2020 \(asunto C-681/18\)](#), de conformidad, matizada, con las [conclusiones](#) de la abogada general, Sra. Eleanor Sharpston, presentadas el 23 de abril de 2020, declara que la [Directiva 2008/104/CE](#) no se opone a una normativa nacional que no limita el número de cesiones o misiones sucesivas de una misma persona a una misma empresa usuaria y que no condiciona la licitud de la cesión a «razones de orden técnico, productivo, organizativo o de sustitución que justifiquen dicho recurso».

Sin embargo, con base más en principios deducidos de la directiva y de sus considerandos que en sus tímidas reglas antiabuso, y de modo ciertamente contradictorio y ambiguo, declara igualmente que:

[...] se opone a que un Estado miembro no adopte ninguna medida para preservar la naturaleza temporal del trabajo a través de empresas de trabajo temporal, así como a una normativa nacional que no establece ninguna medida para evitar que se lleven a cabo cesiones sucesivas de un mismo trabajador cedido por una empresa de trabajo temporal a una misma empresa usuaria con el objetivo de eludir las disposiciones de la Directiva 2008/104 en su conjunto.

¿Quiere ello decir que la directiva no impone a los Estados el establecimiento de medidas antiabuso en la puesta a disposición de personal por parte de ETT, pero que se opone a

que no lo hagan? ¿Que no se opone, pero sí se opone? ¿O, acaso, que los Estados deberían adoptar otras medidas antiabuso diferentes de las expresamente cuestionadas? ¿Por ejemplo, estableciendo una duración máxima acumulada y la consecuente consideración de contratación indefinida tras su superación, como parece sugerirse en la conclusión final 73 de la abogada general, pese a que no se incluye expresamente en el pronunciamiento de la sentencia?

Por su parte, la doctrina sentada por la [STS 728/2020, de 30 de julio](#), es más clara y contundente. Aunque no exenta de debate, al contar con dos votos particulares, expresados por tres magistrados, el primero, de fondo, y una magistrada, el segundo, procesal, en relación con la legitimación de la empresa en un recurso sobre una prestación por desempleo en el que no se cuestiona su responsabilidad.

El criterio mayoritario del Pleno de la sala niega la posibilidad legal de que las ETT celebren contratos de carácter fijo discontinuo con personal, para ser cedido con carácter sucesivo a empresas usuarias, por entender que la condición de fijeza discontinua que justifica dicha contratación ([art. 16 ET](#)) debe corresponderse con «necesidades de trabajo de carácter intermitente o cíclico» que se producen «en intervalos temporales separados pero reiterados en el tiempo y dotados de cierta homogeneidad» (SSTS de [21 de diciembre de 2006, rec. 4537/2005](#); [30 de mayo de 2007, rec. 5315/2005](#); y [26 de octubre de 2016, rec. 3826/2015](#)), y tales circunstancias no se producen en el caso de los contratos de trabajo celebrados por ETT con personal para su cesión a empresas usuarias. Ni en relación con las necesidades productivas de estas, que, de reunir tales características, no permitirían la contratación temporal, ni directa ni indirecta, a través de estas empresas intermediarias. Ni en relación con la actividad de las ETT, para la que las puestas a disposición de empresas usuarias no resultan cíclicas, reiterativas y homogéneas.

El voto particular de fondo considera admisible, por el contrario, la contratación fija discontinua por ETT para la sucesiva y reiterada cesión de personal a empresas usuarias. En primer lugar, porque la [Ley de ETT](#) permite la celebración de contratos de trabajo indefinidos con personal de puesta a disposición ([art. 10](#)), sin distinguir entre indefinidos ordinarios, periódicos o discontinuos, a jornada completa o a tiempo parcial. Incluso, añade, en el momento de aprobación de esta ley, el contrato fijo discontinuo se consideraba legalmente un contrato indefinido a tiempo parcial, y, conforme a la normativa actualmente vigente, el contrato fijo periódico a tiempo parcial solo se diferencia del fijo discontinuo en la irregularidad de la fecha de reiteración de cada ciclo de actividad ([arts. 12.3 y 16.1 ET](#)).

Y seguramente, también, habría que matizar, por su causalidad, no predicable del trabajo a tiempo parcial, pero sí del temporal, como se dijo. Aunque ambos tipos de trabajo (fijos periódicos y fijos discontinuos, de ciclo regular o irregular) generen protección por desempleo durante los periodos de inactividad, como se explicitó con la reforma del [artículo 208.4 de la LGSS de 1994](#) (RDleg. 1/1994, de 20 de junio), por obra del [Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de junio](#).

Considera, además, el voto particular que, si bien no cabría la contratación fija discontinua por parte de ETT para cubrir necesidades de esta naturaleza de la empresa usuaria, por

no tratarse de necesidades temporales sino permanentes, aun discontinuas, como defiende la posición mayoritaria, sí es posible, por el contrario, concebir necesidades de trabajo fijas discontinuas para las propias ETT, que reúnan las características de intermitencia cíclica y homogeneidad propias de dicha modalidad contractual. Por ejemplo, las necesidades de trabajo temporal superpuestas a actividades fijas discontinuas de empresas usuarias, como podría ser el caso de incrementos productivos eventuales y episódicos de dichas actividades o el de bajas y sustituciones de personal fijo discontinuo de tales empresas cesionarias.

Y subsidiariamente estima, también este voto discrepante, que la posible irregularidad en la contratación por parte de la empresa no puede tener consecuencias adversas en la privación del derecho a la prestación por desempleo, salvo que, en su caso, haya habido una connivencia fraudulenta al efecto. Como se ha mantenido por la propia sala en relación con los contratos de relevo y la pensión de jubilación (SSTS de [22 de septiembre de 2006, rec. 1289/2005](#); [15 de julio de 2010, rec. 2784/2009](#); y [17 de septiembre de 2013, rec. 3178/2012](#)).

4. Trascendencia del pronunciamiento

Intentando dejar de lado la contradicción y ambigüedad del pronunciamiento de la [STJUE de 14 de octubre de 2020 \(asunto C-681/18\)](#), su virtualidad para nuestro ordenamiento resulta dudosa, toda vez que la [Ley española de ETT](#) impone la causalidad temporal en los contratos de puesta a disposición ([art. 2 Ley 14/1994](#)), y el ET ordena la conversión en indefinidos de los contratos temporales que se sucedan o encadenen durante más de 24 meses, «con o sin solución de continuidad, para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas», «sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, con las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada» ([art. 15.5 ET](#)).

Se cumplen, por tanto, las genéricas previsiones antiabuso de la [Directiva 2008/104/CE](#). Si bien, con la relevante exclusión de cómputo, a efectos del referido límite al encadenamiento o sucesión de contratos temporales, entre otros, de los contratos de interinidad (por sustitución o por vacante) y de los formativos (para la formación y el aprendizaje, y en prácticas). Ambos susceptibles de utilización por las ETT para la puesta a disposición de personal en empresas usuarias (los segundos, desde los [RRD/LL 4/2013, de 22 de febrero, y 16/2013, de 20 de diciembre](#)), y, a tal fin, singularmente relevantes los primeros. Aunque, como es bien sabido, esta no sería la primera ni la única regla de nuestro ordenamiento interno sobre el contrato de interinidad cuestionable a la luz del derecho de la Unión Europea, como, paradigmáticamente, se puso de manifiesto en relación con la inexistente indemnización por extinción de dicha modalidad contractual y la [Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio](#), relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, en el caso De Diego Porras (SSTJUE de [14 de septiembre de 2016, asunto C-596/14](#), y [21 de noviembre de 2018, asunto C-619/17](#)).

Por su parte, la [STS 728/2020, de 30 de julio](#), resulta más innovadora y trascendente, al impedir claramente la contratación fija discontinua de personal por parte de ETT para su puesta a disposición en empresas usuarias, con la consecuente exclusión de la protección por desempleo durante los periodos de inactividad entre puestas a disposición, salvo que se produzca la extinción del contrato, en su caso.

A este respecto, podría cuestionarse la adecuación de este pronunciamiento a la [Directiva 2008/104/CE](#), y, en particular, a sus principios antiabuso de la cesión de personal, así como, en sentido contrario y de acuerdo con el principio de interpretación conforme, citado expresamente en la [sentencia del TJUE comentada](#) (parágrafo 65), plantearse la pertinencia del criterio mantenido por el voto particular de fondo, admitiendo la celebración de contratos fijos discontinuos por parte de ETT para dar cobertura a sucesivas cesiones de las mismas personas a las mismas empresas.

Parece claro que las reglas antiabuso de la cesión de personal, al igual que las previstas con mayor contundencia para la contratación temporal directa en la cláusula 5 del Acuerdo Marco anexo a la [Directiva 1999/70/CE](#), parten de la preferencia de la contratación indefinida y de la necesaria protección y tratamiento igualitario de las personas contratadas temporalmente (considerando 15 [Directiva 2008/104/CE](#)), como lo son también, con carácter general, las personas contratadas por ETT para su cesión a empresas usuarias. Por tanto, su contratación indefinida, inicial o sobrevenida, en su caso por conversión de una previa relación temporal o de una sucesión de contratos que exceda determinados límites de duración, bien por determinación legal, como se prevé expresamente en nuestro ordenamiento ([art. 15.5 ET](#)), bien por apreciación judicial, como parece sugerir la [STJUE de 14 de octubre de 2020](#) (parágrafo 67), constituye una medida acorde con las repetidas reglas antiabuso en la contratación y cesión temporal de personal. Incluso con independencia de que la relación indefinida se genere con la ETT o con la usuaria.

Sin embargo, es también claro que la contratación indefinida ordinaria es realmente compleja de articular para la contratación por parte de ETT de personal para ser cedido temporalmente a empresas usuarias, dada la irregularidad y discontinuidad de las necesidades de trabajo temporal de estas. Por lo demás, en tal hipótesis, la posible cobertura de los periodos de inactividad entre cesiones o misiones, a través, por ejemplo, de una suspensión contractual de mutuo acuerdo, en su caso tácita ([Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 10 de junio de 2003, rec. 1220/2003](#)), no generaría protección por desempleo.

Desde esta perspectiva, y aun comprendiendo el carácter un tanto forzado de la consideración de las sucesivas misiones o cesiones de una misma persona, para un trabajo similar y a una misma empresa usuaria, como actividades fijas discontinuas de la ETT, dada la insuficiente homogeneidad constatada por la [STS de 30 de julio de 2020](#), y también la mayor incertidumbre e irregularidad de tales misiones o llamamientos, tal solución sería posiblemente más acorde con la [Directiva 2008/104/CE](#). De lo contrario, las reglas antiabuso pueden llevar al indeseado efecto de evitar la reiteración de cesiones temporales de una misma persona mediante la simple rotación del personal contratado para cada misión, igualmente contraria a la estabilidad en el empleo y posiblemente también dañina para la formación, cualificación y eficiencia del trabajo dispuesto a través de ETT.

La indemnización por finalización del contrato predoctoral: fin del debate judicial

Comentario a la [Sentencia del Tribunal Supremo 903/2020, de 13 de octubre](#)

Josep Moreno Gené

*Profesor titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Lleida*

Extracto

La principal cuestión que plantea en la actualidad el contrato predoctoral es la de determinar si el personal investigador contratado a través de esta modalidad contractual tiene o no derecho a percibir alguna indemnización a la finalización de su contrato. Ante el clamoroso silencio normativo existente sobre esta cuestión, se ha contemplado la posibilidad de que el derecho a percibir una indemnización por la finalización del contrato predoctoral pudiera derivar del artículo 49.1 c) del Estatuto de los Trabajadores, que prevé que, a la finalización del contrato, excepto en los casos del contrato de interinidad y de los contratos formativos, la persona trabajadora tendrá derecho a recibir una indemnización equivalente a 12 días de salario por año de servicios. En este trabajo se aborda, precisamente, el recorrido que esta vía de reconocimiento de una indemnización a la finalización del contrato predoctoral ha tenido en los tribunales laborales y, muy especialmente, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 2020.

Palabras clave: contrato predoctoral; contratos formativos; contrato para obra o servicio determinados; extinción del contrato; indemnización.

Cómo citar: Moreno Gené, Josep. (2021). La indemnización por finalización del contrato predoctoral: fin del debate judicial. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 903/2020, de 13 de octubre. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 454, 154-163.

Compensation for termination of the predoctoral contract: end of the judicial debate

Commentary on the Supreme Court ruling 903/2020, of October 13

Josep Moreno Gené

Abstract

The main issue currently posed by the predoctoral contract is to determine whether researchers hired through this type of contract are or are not entitled to any compensation upon termination of their contract. In view of the absolute regulatory silence concerning this matter, it has been considered that the right to compensation for the termination of the predoctoral contract may derive from article 49.1 c) ET, which provides that upon contract termination, except in cases of provisional contracts and training contracts, the worker is entitled to receive compensation equivalent to 12 days' salary per year of service. This paper precisely addresses the fate that this avenue for the recognition of compensation upon termination of the predoctoral contract has encountered in the labour courts and, most specifically, in the ruling of the Supreme Court of 13 October 2020.

Keywords: predoctoral contract; training contracts; contract for a particular task or service; contract termination; compensation.

Citation: Moreno Gené, Josep. (2021). Compensation for termination of the predoctoral contract: end of the judicial debate. Commentary on the Supreme Court ruling 903/2020, of October 13. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 454, 154-163.

1. Los contornos del debate sobre el derecho a indemnización a la finalización del contrato predoctoral

Una de las principales cuestiones litigiosas que ha planteado el contrato predoctoral desde su aprobación ha sido la de determinar si las personas investigadoras contratadas a través de esta modalidad contractual tienen o no derecho a percibir alguna indemnización a la finalización del contrato. A tal efecto, cabe recordar que nada se preveía al respecto cuando se introdujo esta modalidad contractual mediante la [Ley 14/2011, de 1 de junio](#), de la ciencia, la tecnología y la innovación (Ley de la ciencia), ni tampoco, con posterioridad, tras la aprobación del [Real Decreto 103/2019, de 1 de marzo](#), por el que se aprueba el Estatuto del Personal Investigador Predoctoral en Formación (EPIPF) que, como su nombre indica, estaba llamado a regular el íntegro estatuto jurídico de este colectivo.

Ante el clamoroso silencio normativo existente sobre esta cuestión, desde un primer momento se plantearon dos vías distintas para intentar dotar de indemnización a aquellas personas investigadoras que hubieran visto extinguido su contrato de trabajo predoctoral por su cumplimiento. En primer lugar, se pretendía que el derecho a indemnización pudiera derivar de la normativa europea y, en particular, de la [Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999](#), relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, así como de la jurisprudencia que la interpretaba –especialmente, la doctrina «De Diego Porras»–, en la medida en que se consideraba que la situación del personal investigador con contrato predoctoral era comparable a la del personal con contratos de trabajo por tiempo indefinido y, en consecuencia, debía corresponder al mismo una indemnización equiparable a la de 20 días de salario por año de servicios fijada por el [artículo 53 del Estatuto de los Trabajadores \(ET\)](#) para la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas. Y, en segundo lugar, también se había contemplado la posibilidad de que el derecho a percibir una indemnización por la finalización del contrato predoctoral pudiera derivar del [artículo 49.1 c\) del ET](#), que prevé que, a la finalización del contrato, excepto en los casos del contrato de interinidad y de los contratos formativos, la persona trabajadora tendrá derecho a recibir una indemnización equivalente a 12 días de salario por año de servicios. A tal efecto, se consideraba que el contrato predoctoral debería asimilarse al contrato para obra o servicio determinados y, en consecuencia, generar el mismo derecho a indemnización por finalización de contrato previsto para esta modalidad contractual.

Pese a lo sugerente que podía resultar la primera vía consistente en acudir a la normativa europea para dotar de indemnización a la finalización del contrato predoctoral, la misma apenas tuvo recorrido, no habiéndose llegado a concretar nunca respecto al personal investigador vinculado mediante un contrato predoctoral. A tal efecto, las pioneras Sentencias

del Tribunal Superior de Justicia (SSTSJ) del País Vasco 1064/2018, de 15 de mayo, comentada en el número 431 de esta misma revista, y 58/2019, de 8 de enero, ya habían descartado de un modo expreso esta posibilidad, por considerar que la naturaleza formativa que se atribuye al contrato predoctoral hacía muy difícil que se pudiera constatar la identidad sustancial entre la persona trabajadora temporal y otra en la misma condición como trabajadora fija, exigida para poder proclamar el derecho a la equiparación indemnizatoria.

Por si ello fuera poco, la aplicación de los efectos de la doctrina «De Diego Porras» a los contratos predoctorales fue desestimada de un modo expreso por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), mediante [Auto de 19 de marzo de 2019, asunto C-293/18](#), CC. OO., en respuesta a una cuestión prejudicial planteada al respecto por el TSJ de Galicia, estableciéndose que:

[...] la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que no prevé el abono de indemnización alguna a los trabajadores con contratos predoctorales al vencimiento del término por el que estos contratos se celebraron, mientras que se concede indemnización a los trabajadores fijos con motivo de la extinción del contrato de trabajo por una causa objetiva.

Precisamente, en aplicación de esta doctrina del TJUE, la propia [STSJ de Galicia de 11 de abril de 2019 \(rec. 34/2017\)](#) en la que se había planteado la cuestión prejudicial, también [comentada en el número 436 de esta revista](#), así como la posterior [STSJ de Andalucía/Sevilla de 8 de julio de 2020 \(rec. 500/2019\)](#) han rechazado la pretensión del personal investigador predoctoral en formación de recibir una indemnización de 20 días de salario por año de servicios a la finalización de sus contratos con base en la normativa comunitaria.

Por el contrario, la opción de que el derecho a percibir una indemnización por la finalización del contrato predoctoral pudiera derivar del [artículo 49.1 c\) del ET](#) sí ha resultado más controvertida desde un punto de vista judicial. Por una parte, diferentes sentencias, entre las que cabe citar las SSTSJ del País Vasco 1064/2018, de 15 de mayo; Madrid 40/2019, de 21 de enero; y [Andalucía/Sevilla de 8 de julio de 2020 \(rec. 500/2019\)](#), han negado categóricamente esta posibilidad por considerar que el derecho a indemnización a la finalización del contrato predoctoral no se prevé de un modo expreso en la [Ley de la ciencia](#), sin que tampoco pueda extenderse a esta modalidad contractual la prevista para el contrato para obra o servicio determinados, puesto que no se trata de un contrato asimilable, más bien al contrario, estas resoluciones judiciales consideran que el contrato predoctoral se asimila más al contrato en prácticas para el que tampoco se prevé indemnización alguna tras su finalización.

Por otra parte, encontramos la [STSJ de Galicia de 11 de abril de 2019 \(rec. 34/2017\)](#), que sí reconoce el derecho a percibir una indemnización por la finalización del contrato predoctoral con base en el [artículo 49.1 c\) del ET](#), al considerar que dicho precepto:

[...] incluye dentro de su ámbito a toda contratación temporal, de las reguladas en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, únicas posibles en la legislación laboral, es decir, obra o servicio, eventual, e interinidad, excluyendo de tal efecto a este último y además al formativo del artículo 11, contrato que en modo alguno puede equipararse al suscrito por los trabajadores afectados por el conflicto aun cuando se denomine predoctoral en formación [...].

A partir de esta premisa, el TSJ de Galicia concluye que los contratos predoctorales formalizados por el personal investigador predoctoral en formación han de calificarse como temporales de obra o servicio y, por tanto, a su finalización dan derecho a la indemnización prevista en el [artículo 49.1 c\) del ET](#) para esta tipología de contrato.

Como fácilmente puede apreciarse, las soluciones dispensadas a la cuestión planteada por diferentes tribunales superiores de justicia eran diametralmente opuestas, lo que obligaba a que el Tribunal Supremo (TS) se pronunciara sobre esta materia, fijando de un modo definitivo los efectos indemnizatorios que deben asociarse a la finalización del contrato predoctoral. Esta es precisamente la tarea que lleva a cabo la Sentencia del TS ([STS](#)) [903/2020, de 13 de octubre](#), objeto de este comentario, al conocer del recurso de casación interpuesto contra la [STSJ de Galicia de 11 de abril de 2019](#) a la que se acaba de hacer referencia.

2. El supuesto de hecho

De la lectura de la [STS 903/2020, de 13 de octubre](#), se desprende que nos encontramos ante un colectivo de investigadores que suscribieron en su momento sendos contratos con la Universidad de Santiago de Compostela (USC) para la realización de tareas de investigación en el ámbito de un proyecto específico y novedoso, adquiriendo como consecuencia de la formalización de dichos contratos la condición de personal investigador predoctoral en formación.

Los referidos contratos se suscribieron por escrito, bajo la forma de contrato temporal predoctoral, a tiempo completo, anual prorrogable, siendo regulados por la legislación vigente, por el [artículo 15 del ET](#), por el [artículo 21 de la Ley de la ciencia](#), por el [Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre](#), por el que se desarrolla el artículo 15 del ET en materia de contratos de duración determinada, por el [artículo 1 de la Ley 12/2001, de 9 de julio](#), de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, y por el [II Convenio colectivo para el personal docente e investigador laboral de las Universidades de A Coruña, Santiago de Compostela y Vigo](#).

En este contexto, el Sindicato Nacional de Comisiones Obreras de Galicia interpone una demanda de conflicto colectivo contra la USC, la Unión General de Trabajadores de Galicia y la Confederación Intersindical Galega, solicitando que se reconozca el derecho del personal con contrato predoctoral de la citada universidad, en particular, de los que

han accedido mediante la Orden de 2 de agosto de 2013 de la Consellería de Educación, a percibir, de conformidad con la normativa europea, un resarcimiento derivado del cese o finalización de su contrato, equivalente a la indemnización legalmente fijada para el despido objetivo de 20 días de salario por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades o, subsidiariamente, a la indemnización prevista ahora por la normativa estatal para el contrato para obra o servicio determinados –10, 11 o 12 días de salario por año de servicio según la fecha de celebración del contrato–.

Como ya se ha anticipado, ambas pretensiones son resueltas en instancia por la [STSJ de Galicia de 11 de abril de 2019 \(rec. 34/2017\)](#), que procede a desestimar la primera y a estimar la segunda. A tal efecto, la resolución concluye que los contratos predoctorales formalizados por el personal investigador predoctoral en formación deben ser calificados como temporales de obra o servicio y, por tanto, a su finalización dan derecho a la indemnización prevista en el [artículo 49.1 c\) del ET](#) para esta tipología de contrato.

Disconforme la USC con esta sentencia dictada por el TSJ de Galicia, planteó el correspondiente recurso de casación, finalmente resuelto por la [STS de 13 de octubre de 2020](#) objeto de este comentario.

3. La doctrina judicial contenida en la sentencia: las razones jurídicas para el fallo

Antes de entrar a resolver la cuestión enjuiciada, el TS lleva a cabo una detallada descripción del régimen jurídico aplicable al contrato predoctoral, con cita del [artículo 48.3 de la Ley orgánica de universidades](#) y de los artículos [20](#), [23](#) y [disposición adicional decimotava](#) de la Ley de la ciencia. Por el contrario, se constata de un modo expreso que al supuesto enjuiciado no le resulta de aplicación el [EPIPF](#), por haber entrado en vigor con posterioridad al planteamiento del litigio y sin carácter retroactivo. Asimismo, el Alto Tribunal recuerda que la propia Ley de la ciencia establece de forma expresa que sus normas han de completarse con las del ET y las que desarrollen este ([art. 20.1, párr. 2.º](#)).

Una vez expuesto el marco normativo, el TS efectúa una valoración un tanto *sui generis*, por cuanto esta cuestión no había sido planteada por las partes, pero que puede constituir un auténtico «aviso a navegantes», consistente en la advertencia de que si una relación que se formaliza con la denominación de contrato predoctoral no satisface todas y cada una de las exigencias que para este tipo de contrato se fijan, habría de calificarse de relación laboral indefinida en los términos del [artículo 15.3 del ET](#), extendiéndose de este modo a la contratación de investigadores la prolija doctrina ya elaborada en relación con el personal docente e investigador de las universidades.

No encontrándose la contratación predoctoral enjuiciada en el supuesto que se acaba de indicar, puesto que la misma se acomoda plenamente a los mandatos del [artículo 23 de](#)

la [Ley de la ciencia](#), el Alto Tribunal centra el objeto del debate en discernir si la [remisión genérica que efectúa la Ley de la ciencia al ET](#) comporta un reenvío específico al régimen general de finalización de la contratación temporal recogido en el [artículo 49.1 c\) del ET](#).

En este punto, tras recordarse los vaivenes de la jurisprudencia del TJUE en materia de indemnización por finalización de contratos temporales prevista en el [artículo 49.1 c\) del ET](#), el Alto Tribunal recuerda su propia doctrina, según la cual la exclusión de determinadas modalidades contractuales del esquema indemnizatorio de dicho precepto resulta compatible con los mandatos del derecho de la Unión Europea, siendo una cuestión que, en última instancia, corresponde decidir a quien legisla –entre muchas otras, [STS 207/2019, de 13 de marzo](#)–.

A partir de estas premisas, el TS considera que el contrato predoctoral constituye, precisamente, una de estas modalidades contractuales temporales que no tienen prevista una indemnización a su finalización, en tanto que su regulación especial no contiene previsión alguna al respecto, ni puede mantenerse que tal falta de mención implique una remisión al ET como norma de carácter supletorio.

A tal efecto, del análisis de los diferentes supuestos de extinción del contrato de trabajo previstos en la [Ley de la ciencia](#), el Alto Tribunal deduce que:

El legislador ha especificado, cuando lo ha considerado necesario, este concreto aspecto de la relación laboral, determinando su régimen y, también, el juego de la supletoriedad del ET. Ha sido, pues, consciente de que ni el contrato predoctoral ni el de acceso al Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación llevaba aparejada una indemnización específica a su extinción y no ha efectuado tampoco remisión al ET en este punto.

Bajo estas premisas, a criterio del tribunal, únicamente podría activarse la supletoriedad de la regulación del ET si se asimila el contrato predoctoral con alguna de las modalidades contractuales para las que el [artículo 49.1 c\) del ET](#) sí contempla de forma expresa una indemnización a su finalización –específicamente, el contrato para obra o servicio determinado–. Es, precisamente, en este punto donde el TS discrepa radicalmente de la STSJ de Galicia objeto de recurso de casación.

A tal efecto, mientras que el tribunal gallego considera que el contrato predoctoral no puede ser considerado un contrato formativo y sí, en cambio, uno para obra o servicio determinados, el TS mantiene que sería el contrato en prácticas del [artículo 11 del ET](#) el que presenta mayores similitudes con el contrato predoctoral. Como argumentos que apoyan esta conclusión, el Alto Tribunal cita el hecho de que la propia [Ley de la ciencia](#) acude de forma expresa al contrato para obra o servicio determinados cuando lo considera oportuno; que se defina a las personas investigadoras vinculadas mediante el contrato predoctoral como «personal investigador predoctoral en formación»; que dicha contratación

exija de forma expresa que la persona investigadora haya sido admitida en un programa de doctorado; que el contrato predoctoral haya venido a sustituir al recurso al contrato en prácticas previsto por el [anterior Estatuto del Personal Investigador en Formación](#); que la actividad desarrollada por la persona investigadora se encuentre sujeta a evaluación; que la retribución del contrato predoctoral se fije en términos similares a los contratos formativos; y que la consecución del título de doctorado ponga fin al contrato predoctoral. En definitiva, todos estos argumentos permiten constatar al TS «el objetivo formativo obvio» del contrato predoctoral.

De forma coherente con todo lo expuesto, el TS concluye, en relación con el contrato predoctoral, que «el legislador ha diseñado una modalidad contractual, de carácter formativo, a la que no ha atribuido indemnización en el momento de su finalización, en la misma línea seguida con otros contratos temporales del ET».

4. Trascendencia de la doctrina más allá del caso: tras el final del debate judicial, ¿ahora qué?

Ante la ausencia de previsión expresa en la [Ley de la ciencia](#) y ahora también en el [EPIPF](#), la respuesta a la cuestión de si la indemnización por la finalización del contrato predoctoral puede derivar del [artículo 49.1 c\) del ET](#) se ha hecho depender de la naturaleza jurídica que se asigna al contrato predoctoral, de modo que quienes asimilan esta modalidad contractual a un contrato para obra o servicio determinados mantienen que a su finalización la persona investigadora tendría derecho a la indemnización prevista para esta modalidad contractual –12 días de salario por año de servicios–, mientras que quienes la asimilan a un contrato formativo consideran que en estos supuestos el derecho a indemnización no se encuentra contemplado.

En este debate, el TS se ha posicionado claramente por la segunda opción expuesta, puesto que, aunque considera que no nos encontramos propiamente ni ante un contrato para obra o servicio determinados ni ante un contrato en prácticas, sino ante una modalidad contractual autónoma y específica del ámbito de la investigación, mantiene que, por su finalidad, consistente en la formación predoctoral hasta la obtención del título de doctor/a, el contrato predoctoral tiene un carácter más bien formativo. Esta apreciación permite afirmar al Alto Tribunal que el contrato predoctoral debe quedar asimilado más a un contrato formativo y, en particular, al contrato en prácticas, que a un contrato para obra o servicio determinados.

Esta configuración de la naturaleza jurídica del contrato predoctoral, como no podía ser de otro modo, predetermina la respuesta del TS a la cuestión de si, tras la finalización del contrato predoctoral por su cumplimiento, el personal investigador predoctoral en formación tiene derecho o no a percibir alguna indemnización. A tal efecto, como se acaba de exponer,

el Alto Tribunal concluye que «el legislador ha diseñado una modalidad contractual, de carácter formativo, a la que no ha atribuido indemnización en el momento de su finalización, en la misma línea seguida con otros contratos temporales del ET».

Por lo demás, aunque el propio TS pone de manifiesto que al supuesto enjuiciado no le resulta de aplicación el [EPIPF](#), por haber entrado en vigor con posterioridad al planteamiento del litigio y sin carácter retroactivo, la posterior entrada en vigor de dicha norma no afectará en absoluto a la solución adoptada por el Alto Tribunal, no en vano, como ya se ha anticipado, esta norma reglamentaria no contiene previsión alguna en relación con el derecho de las personas investigadoras a percibir o no una indemnización a la finalización del contrato predoctoral.

Compartimos con el TS que el contrato predoctoral se configura como una modalidad contractual específica del ámbito de la investigación, distinta a cualquiera de las contempladas en el [ET](#), y que dicho contrato persigue una finalidad formativa, consistente en la formación de la persona investigadora predoctoral que normalmente debe concluir con la elaboración de la tesis doctoral y la obtención del correspondiente título de doctor/a. La suma de ambas consideraciones permite concluir, en los mismos términos que el TS, que el personal investigador predoctoral en formación contratado mediante esta modalidad contractual no tiene derecho a indemnización alguna a la finalización de su vínculo contractual.

Esta conclusión, además, no se opone a la finalidad perseguida con la introducción de una indemnización a la finalización de determinados contratos temporales, especialmente, tras la ampliación de la cuantía de la misma en el año 2010, que no era otra que la de desincentivar en cierto modo el recurso a las modalidades temporales más utilizadas y con un mayor nivel de fraude en su empleo, en especial, el contrato para obra o servicio determinados. A tal efecto, el recurso al contrato predoctoral por parte de universidades y otros centros de investigación se ajusta normalmente a la legalidad, sin que se acuda al mismo, por tanto, de un modo fraudulento.

Llegados a este punto, sin embargo, aún cabe explorar otras vías que permitan dotar de indemnización al personal investigador predoctoral tras la finalización de sus respectivos contratos predoctorales. A tal efecto, cabe recordar que la percepción de una indemnización a la finalización del contrato predoctoral, además de poder venir impuesta por la ley, posibilidad que, como se acaba de exponer, ha quedado ahora definitivamente vedada por el TS, también puede derivar del propio clausulado de los contratos suscritos, si los mismos contemplan de forma expresa esta posibilidad. En estos casos, nos encontraríamos ante una especie de condición más beneficiosa, cuyo cumplimiento estaría protegido de forma efectiva por el principio jurídico de confianza legítima, así como el de buena fe. Esta posibilidad ha sido admitida de forma expresa por las SSTSJ de Asturias de [23 y 30 de junio de 2020](#) (recs. 129/2020 y 48/2020, respectivamente).

En estos supuestos, sin embargo, aún se plantearían serias dudas sobre la validez de dichas cláusulas, no en vano, al tratarse las entidades empleadoras del personal investigador predoctoral en formación habitualmente de Administraciones públicas –universidades y organismos públicos de investigación, entre otros–, la posibilidad de incorporar condiciones más beneficiosas se encuentra especialmente restringida por el cumplimiento de los principios de legalidad y de igualdad. Recuérdese en este punto el criterio tan restrictivo mantenido al respecto por el TS tras la [Sentencia 623/2017, de 13 de julio](#).

Asimismo, también podría plantearse la posibilidad de que por vía de la negociación colectiva desarrollada en el marco de las universidades y otros centros de investigación pudiera introducirse el derecho a que el personal investigador predoctoral en formación percibiera alguna indemnización a la finalización de su contrato predoctoral, no en vano, aunque la [Ley de la ciencia](#) y el [EPIPF](#) no contemplen el derecho al percibo de una indemnización en estos supuestos, tampoco se oponen expresamente a la misma.

Sin embargo, tampoco parece que esta pueda ser una vía sencilla de implementación de estos derechos indemnizatorios, dado el tradicional desinterés de la negociación colectiva desarrollada en el marco de las universidades y otros centros de investigación por regular las condiciones de trabajo de este colectivo de personal investigador en formación. A tal efecto, aunque haya algún convenio colectivo que incluya en su ámbito de aplicación a dicho colectivo, lo más habitual es que, o bien lo excluyan, o que únicamente prevean su aplicación al mismo de forma subsidiaria o supletoria a lo dispuesto en los programas y convocatorias de ayudas a la investigación con los que se financia el contrato de trabajo del personal investigador predoctoral en formación. No parece factible, por tanto, que los referidos convenios colectivos pasen a prever ahora una indemnización por finalización del contrato predoctoral, más si cabe, si se tiene en cuenta el coste económico que ello supondría para las universidades y otros centros de investigación de acogida de estas personas investigadoras, puesto que la cuantía de estas indemnizaciones no se acostumbra a incorporar en los programas y convocatorias de ayudas con los que se financian estos contratos.

En este contexto, lo más oportuno sería que se procediera a dignificar las condiciones laborales del personal investigador predoctoral en formación mediante una intervención legislativa que introdujera de forma expresa dentro del catálogo de derechos de este colectivo el derecho a una indemnización a la finalización de su contrato predoctoral, en cuantía, cuanto menos, equivalente a la de 12 días de salario por año de servicios, prevista para la finalización de otros contratos temporales. No cabe duda de que con la previsión de esta indemnización se solventaría lo que constituye una de las principales disfunciones de esta modalidad contractual. A tal efecto, meras razones de política científica y de equidad justificarían por sí mismas la incorporación de una indemnización en estos supuestos.

Permisos por nacimiento y recelo comunitario de acumularlos en la mujer: ¿y si elige ser familia monoparental?

Comentario a la [Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de noviembre de 2020, asunto C-463/19](#)

Cristóbal Molina Navarrete

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

Extracto

El derecho de la Unión Europea permite que las leyes nacionales y los convenios colectivos reconozcan permisos adicionales a los permisos legales de maternidad. Sin embargo, la acumulación de estos permisos puede tener efectos contrarios a la protección de la maternidad que buscan y perjudicar, en cambio, la posición de las mujeres en el mercado de trabajo. Estos desequilibrios de género en las políticas de conciliación de la vida laboral y familiar pueden ser mayores en los casos de familias monoparentales, la mayoría de ellas constituidas por mujeres.

Palabras clave: permiso de maternidad; igualdad de género; protección de la infancia; familias monoparentales; conciliación de la vida laboral y familiar.

Cómo citar: Molina Navarrete, Cristóbal. (2021). Permisos por nacimiento y recelo comunitario de acumularlos en la mujer: ¿y si elige ser familia monoparental? Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de noviembre de 2020, asunto C-463/19. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 454, 164-178.

Permissions by children and community caution to accumulate them in women: what if you choose to be a monoparental family?

Commentary on the judgment of the Court of Justice of the European Union of November 18, 2020, case C-463/19

Cristóbal Molina Navarrete

Abstract

European Union law allows national laws and collective agreements to recognize leave in addition to legal maternity leave. However, the accumulation of these leaves can have effects contrary to the protection of the maternity that they seek and damage, instead, the position of women in the labor market. These gender imbalances in the policies for reconciling work and family life are more serious in the cases of single-parent families, most of them made up of women.

Keywords: maternity leave; gender equality; child protection; single parent families; reconciliation of work and family life.

Citation: Molina Navarrete, Cristóbal. (2021). Permissions by children and community caution to accumulate them in women: what if you choose to be a monoparental family? Commentary on the judgment of the Court of Justice of the European Union of November 18, 2020, case C-463/19. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 454, 164-178.

[...] claro que la soledad no viene sola/si se mira por sobre el hombro mustio/de nuestras soledades/se verá un largo y compacto imposible/un sencillo respeto por terceros o cuartos/ese percance de ser buena gente/después de la alegría/después de la plenitud/después del amor/ viene la soledad [...].

M. Benedetti (*Soledades*)

1. Los marcos normativos: evolución del derecho comunitario e inercias y cambios de los ordenamientos nacionales

En el [asunto comunitario objeto de este análisis](#), en sí mismo y en algunas proyecciones más recientes de actualidad a fin de favorecer un modelo más corresponsable de conciliación de la vida laboral y familiar, en sus doctas y vibrantes [conclusiones](#), presentadas el 9 de julio de 2020, el abogado general (Michal Bobek) llamaba así a una renovación dentro de la tradición:

[...] sin ánimo de cuestionar el hecho de que los niños [y las niñas, añádase] pequeños necesitan una especial atención y protección, y que en general mantienen un vínculo especial con su madre. Sin embargo, el principio de igualdad de trato exige que la ley permita a cada familia elegir la forma de repartir las responsabilidades y funciones de criar a un hijo más allá del periodo del permiso de maternidad [...] (apdo. 68).

Las [conclusiones](#), por momentos de estilo lírico (por ejemplo, «Paso a la edad adulta de la jurisprudencia Hofmann»; evitemos interpretar de tal modo los criterios jurisdiccionales del pasado de tal modo que terminen convertidos «en una profecía que propicia su propio cumplimiento», etc.), asumen que ha llegado la hora de la renovación, de la actualización, de la comprensión hermenéutica precedente para facilitar el tránsito hacia un nuevo modelo de conciliación de la vida laboral y familiar. Y ello en una doble dirección, a mi entender:

- a) En la de dar practicidad en la vida social a la finalidad normativa (ambiciosa) de corregir el tradicional reparto de las responsabilidades entre ambas personas progenitoras, de modo que no recaiga prevalentemente sobre las mujeres (modelo de conciliación corresponsable).

En este sentido, matizando la afirmación del TJUE en su «doctrina Hofmann» (Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas –[STJCE de 12 de julio de 1984, C-184/83](#), apdo. 25), según la cual el objeto de las directivas entonces vigentes no era «regular las cuestiones relativas a la organización de la familia o modificar el reparto de responsabilidades dentro de la pareja», las [conclusiones](#) de la Abogacía General, aun asumiendo prudentemente –en exceso– que «quizás no se trate de cambiar una tradición por otra», afirman que, en cualquier caso, al menos, es exigible «un cierto margen de elección para que padres y madres tomen este tipo de decisiones» (apdo. 55). Precisamente, a través de la promoción de esa libertad real de elección no solo se lograría suprimir, o al menos reducir, «en la medida de lo posible, los incentivos [...] que petrifican en la legislación ciertas convenciones socialmente establecidas», sino también se corregirían «los estereotipos de género».

- b) En la de desplazar el eje principal de las medidas de garantía y promoción de tal modelo de conciliación corresponsable desde la técnica del alargamiento de los permisos, o de reducción de jornada (por ejemplo, Sentencia del TJUE –[STJUE de 30 de septiembre de 2010, asunto C-104/09, Roca Álvarez](#)), hacia la de la adaptación razonable de la organización del trabajo a fin de favorecer un modelo de conciliación útil con el menor coste posible –económico y profesional–. Y ello tanto en aras de la igualdad de resultados de género cuanto de la mejor protección de la infancia (no agotada en la primera etapa de vida), sin perjuicio de la necesidad de servicios –sociales y empresariales– de apoyo ([STJCE de 19 de marzo de 2002, asunto C-476/99](#)).

Esta segunda dimensión del cambio de modelo de conciliación hacia la corresponsabilidad propuesto por el [asunto aquí analizado](#) (con más convicción las [conclusiones](#), con una prudencia aquí excesiva –y contraproducente– el TJUE, como veremos) no está explícita en este caso, por el objeto que sirve a la reflexión más general (las políticas nacionales, en especial a través de la negociación colectiva, de acumulación de permisos en la mujer, sumando al de maternidad legal otros adicionales convencionales), pero subyace claramente, a mi juicio, en todo el razonar. Y ello en la medida en que, de un lado, pone de relieve la evolución del marco legislativo europeo, pasando de la inexistencia de armonización alguna en el tema de la conciliación a una dimensión no solo «constitucional» de la misma (por ejemplo, art. 31 [Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#) –CDFUE–), sino también de derecho derivado: [Directiva 2019/1158/UE](#) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio (relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores –con lenguaje de género inclusivo debería ser «de las personas progenitoras

y cuidadoras»-). Esta regulación no solo evidencia la distinción entre permisos parentales (art. 5), permisos de maternidad y permiso de paternidad (art. 4), a fin de fomentar la igualdad entre personas progenitoras, sino también la necesidad de las «fórmulas de trabajo flexible» (art. 9). De otro, el favor por la libertad real de elección de cada persona cuidadora.

Esta evolución legislativa de la UE hacia el reconocimiento de la igualdad entre el hombre y la mujer en su papel de personas cuidadoras con «situaciones comparables», yendo más allá de la etapa de mejora solo de los permisos de maternidad ([Directiva 2006/54/CE](#) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio, relativa al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, en relación con la [Directiva 92/85/CEE](#) del Consejo, de 19 de octubre, relativa a la mejora de la seguridad y de la salud de la trabajadora embarazada –décima directiva específica–), y que incluso se reflejará en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sobre el artículo 8 (derecho a la vida privada, con perspectiva de tutela del interés superior de la persona menor) del [Convenio Europeo de Derechos Humanos](#), también halla reflejo en el ámbito del derecho social universal. Sería el caso, por ceñirnos al objeto de nuestro comentario, de la [Convención sobre los Derechos del Niño](#) (el lenguaje inclusivo de género tampoco parece el fuerte de esta norma) de la ONU (1989: entró en vigor de forma general el 2 de septiembre de 1990 y para España el 5 de enero de 1991). En apretada síntesis, esta norma civil internacional asocia el interés superior de la persona menor (art. 3) a la maximización de su bienestar atendiendo, entre otros, al reconocimiento, a fin de asumir «ambos padres» sus «obligaciones comunes en la crianza y desarrollo del niño» (art. 18), de derechos a prestaciones de Seguridad Social para su crianza considerando las circunstancias –la situación y recursos– de la persona menor cuidada y de las cuidadoras (art. 26).

Vemos, pues, que ambos marcos internacionales presuponen la corresponsabilidad de dos personas progenitoras en el derecho-deber (trabajo no remunerado empresarialmente) de cuidar. No obstante, las realidades de la unidad familiar actuales son mucho más complejas. La libertad de elección de la que parte la Abogacía General en el [asunto comunitario de referencia](#) también puede implicar, precisamente, la opción de prescindir de «otro progenitor», bien de inicio (elección de criar «en soledad») bien sobrevenida (decisiones de ruptura de la pareja) y, en consecuencia, el cuidado debe hacerse por «una persona sola». En estos casos, el desequilibrio en el diseño de las políticas sobre conciliación entre hombres y mujeres aumenta, agravando no solo los estereotipos de género, sino también las desigualdades de protección a la infancia según unas opciones –presuntamente libres– u otras. ¿La solución será también aquí acumular permisos en la mujer –prevalente en este tipo de familias–, como parece proponerse¹?

No afronta, obviamente, esta cuestión directamente la [sentencia analizada](#), pues el fondo del asunto no afecta solo a familias monoparentales, sino también biparentales, aunque con una situación en la que el trabajo de cuidar recae, *de facto*, solo en la mujer.

¹ El artículo 5 de la [Proposición de Ley integral de protección y apoyo a las familias](#), presentada por el grupo parlamentario Ciudadanos, reconoce 36 semanas.

Pero sí subyace en el contexto jurídico y sociocultural más general que sirve a la respuesta un creciente recelo a hacer de la ampliación de los permisos por nacimiento de la mujer la respuesta de conciliación más adecuada. En el caso francés, ciertos convenios colectivos (como el de los organismos relativos a la seguridad social) añaden al permiso legal de maternidad (art. L. 1225-17 del Código de Trabajo francés) permisos adicionales para «las empleadas que críen a su hijo ellas mismas». En estos casos –que no son solo para las familias monoparentales, se insiste–, el artículo 46 del citado convenio colectivo reconoce el derecho a diversos permisos sucesivos: a (1) un permiso de 3 meses (percibiendo la mitad de su salario) o de 1 mes y medio (percibiendo el salario íntegro) y a (2) un permiso de 1 año sin sueldo.

Precisamente, en relación –ya sí explícitamente– con la situación de «empleadas solteras» (o con cónyuge, pero sin ingresos habituales –por invalidez, larga enfermedad o servicio militar–), el derecho adicional se concreta a un permiso de 3 meses con salario íntegro. Comprobamos, pues, cómo cuando el trabajo de crianza en solitario sea el reflejo de una unidad monoparental encabezada por una mujer se mejora la protección, pues se mantiene el salario íntegro durante todo el periodo máximo reconocido en esa primera fase de ampliación del permiso –3 meses–. No experimenta cambio alguno la segunda fase prevista: el permiso de 1 año sin sueldo. De este modo, mediante la acumulación de permisos se pretendería «la protección de las especiales relaciones entre la mujer y su hijo» durante el periodo que sigue al embarazo y al parto, a fin de evitar que la acumulación de la carga de trabajo reproductivo las perturbe y que en las unidades monoparentales adquiriría una dimensión de especial necesidad. Pero ¿es la acumulación de los permisos por nacimiento el modelo más coherente y útil para afrontar tales nuevas situaciones específicas de necesidad o vulnerabilidad –aun elegida–?

2. Supuesto de hecho: síntesis de la cuestión litigiosa

Un trabajador, con un hijo a su cargo, que presta servicios para una entidad obligada por el convenio de referencia reclama el reconocimiento de los permisos adicionales por nacimiento reconocidos a sus compañeras de trabajo. Tal solicitud le es denegada por ser exclusivo para las empleadas que asuman el trabajo de cuidar solas («por ellas mismas»). Se trataría de un permiso asociado al de maternidad (art. 45 convenio), situación no objetivamente comparable con la de aquel, porque es exclusiva de la mujer. De ahí que descarte discriminación, a diferencia de uno de los sindicatos del sector que sí entendía existente una discriminación por razón de sexo.

Presentada demanda, el Tribunal Laboral Paritario de Metz (Conseil de prud'hommes de Metz, Francia) realizó una petición de decisión prejudicial (art. 269 [Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea](#) –TFUE–). A su juicio, de aplicar la doctrina jurisprudencial sobre el precepto convencional litigioso, la entidad empleadora tiene razón al denegar el permiso

adicional de maternidad a un padre que cuida por sí mismo al hijo (Sentencia de la Corte de Casación de 21 de septiembre de 2017). Sin embargo, duda de la conformidad de tal regulación convencional, y, por tanto, de la doctrina jurisprudencial nacional, al derecho de la UE, en particular a la [Directiva 2006/54/CE](#), en relación con los artículos 8 y 157 del [TFUE](#), así como a los principios-derechos fundamentales de igualdad (arts. 20, 21.1 y 23 [CDFUE](#)).

3. Doctrina: razonamientos para el fallo (¿salomónico?)

El TJUE asume, en esencia, aunque con más parquedad argumental, y menos énfasis en las dudas, las [conclusiones](#) de la Abogacía General. De ahí que, superadas las objeciones de falta de competencia (se trata de un acto de la UE: [STJUE de 30 de abril de 2020, asunto C-661/18](#)) y criterios de inadmisibilidad de la cuestión prejudicial ([STJUE de 2 de abril de 2020, asunto C-500/18](#)), la [STJUE de 18 de noviembre de 2020, asunto C-463/19](#), considera la norma convencional conforme con el principio comunitario de igualdad de sexos en las condiciones de trabajo. No obstante, pone una reserva («sentencia interpretativa»): que el permiso adicional proteja solo la condición exclusiva de maternidad de la mujer en cuanto tal, no su condición de progenitora o cuidadora. Para verificar tal presupuesto de validez conforme a los imperativos del derecho de la UE, la competencia será del órgano jurisdiccional remitente (quien pregunta es puesto ante su espejo), si bien, a fin de orientar tal función interpretativa del derecho nacional –francés– respecto del derecho de la UE, le ofrece unas pautas para el juicio: «[...] en particular, las condiciones del derecho al permiso, sus modalidades de disfrute y su duración y la protección legal asociada al periodo de permiso».

Decimos que la sentencia se presenta más taimada en la convicción de que un permiso adicional puede discriminar al varón cuidador, porque no explicita el carácter excepcional y, por tanto, de restrictiva interpretación, que tendrían tales permisos. Permisos tan largos (hasta 2 años) y con dispar protección (no todo es retribuido) desbordan la doble finalidad del permiso ([doctrina Hofmann](#)): recuperación del cambio de condiciones existenciales (biopsicosociales) de la mujer derivado del alumbramiento (situación de vulnerabilidad específica: [STJUE de 21 de mayo de 2015, asunto C-65/14, Rosselle](#)), de un lado, y «la protección de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo», de otro, sin que la carga de trabajo obstaculice, por una reincorporación prematura, ni la una ni la otra ([STJUE de 4 de octubre de 2018, asunto C-12/17, Dicu](#)). Asimismo, ninguna llamada hace el TJUE a actualizar al nuevo espíritu y contexto normativo-social aquella doctrina, como explicita el abogado general, que llama a una «edad adulta de Hofmann».

No obstante, sí que se traslucen en el razonamiento de la sentencia sus reservas, trayendo a colación su doctrina sobre la protección del hombre en su condición de progenitor, como una situación comparable –formalmente– con la propia de la mujer respecto del trabajo de cuidar, sea su doctrina más arraigada (por ejemplo, [STJCE de 29 de noviembre de 2011, asunto C-366/99, Griesmar](#)) como la más reciente y de especial incidencia en España ([STJUE de 12 de diciembre de 2019, asunto C-450/18, INSS](#) –complemento de pensión

para las madres–). Medidas de este tipo no se justifican sobre la base del artículo 28.1 de la [Directiva 2006/54](#), como tampoco podría ampararse en el derecho de la UE un permiso que no protegiera de forma directa e inmediata, no indirecta o de forma genérica o abstracta, la condición biopsicosocial de la mujer y las relaciones particulares que de la misma se deriva entre mujer e hijo/a durante el periodo posterior al parto, sin superar este el «tiempo necesario» para tal protección. Si bien los Estados tienen margen de apreciación para fijar este periodo, la evolución legislativa actual (arriba sintetizada) la reduce notablemente en aras del principio de igualdad entre mujeres y hombres en la protección de la condición como personas progenitoras obligadas al trabajo de cuidar en iguales términos.

4. Trascendencia de la doctrina del TJUE más allá de la experiencia francesa: ¿alguna lección para la española?

4.1. Ambivalencia, desde la perspectiva de género, de los «permisos adicionales» para «proteger la relación particular» de la madre con sus hijos/as

La extensa y heterogénea jurisprudencia del TJUE en política sociolaboral hace difícil encasillarla en una valoración binaria, conservadora o de progreso, ofreciendo ejemplos de lo uno y de lo otro. La [sentencia comentada](#), aunque fuese por exceso de prudencia o bien por una extremada influencia de la literalidad de ciertas normas (en el asunto aquí analizado ni siquiera ha entrado a la dimensión constitucional de la conciliación), sigue respirando tradicionalismo. Si en la [STJUE de 12 de diciembre de 2019](#) (complemento de pensión para las madres) creemos que pecó por exceso, al identificar –formalistamente– una situación objetivamente comparable entre las trabajadoras y los trabajadores en relación con el complemento de pensión, con total ausencia valorativa de las diferencias *de facto* y sin perjuicio del deficiente diseño legislativo del mismo –que, [como se ha visto](#), la Ley de presupuestos generales del Estado para 2021 no corrige, por lo que el perseverante error seguirá generando un coste importante y regresivo a la ciudadanía contribuyente–, en el asunto aquí analizado peca por defecto.

A mi juicio, con matices, el exceso de prudencia e indeterminación con que se ha movido finalmente la sentencia, frente a la claridad, precisión, brillantez y coherencia en que lo hicieron las [conclusiones](#) del abogado general, hace que quede algo diluido en ella este nuevo contexto (normativo y sociocultural), la lógica y el espíritu (de favor por una igualdad efectiva, *de facto*, no solo formal, entre mujeres y hombres, en el ámbito de la conciliación de la vida laboral y familiar) de la jurisprudencia Hofmann (parafraseando el apdo. 56 de las [conclusiones](#), inciso primero). Es cierto que el TJUE no se mantiene en su «pie de la letra sin mayor límite o aclaración», pues incluye los renovados criterios de evaluación para la conformidad comunitaria del poder de los Estados, así como de los

convenios colectivos, para introducir permisos adicionales como una «medida de protección de la maternidad» frente a «situaciones específicas de vulnerabilidad». Ahora bien, su laconismo y ambigüedad permiten aplicarle la metáfora utilizada por el abogado general para explicar el sentimiento de quien se acerca a las cuestiones de la conciliación hoy con una mirada todavía basada en la retrospectiva: «recuerda de alguna manera a un abuelo invitado a un acontecimiento social con su progenie en que todos los participantes, pese a sentir aprecio unos por otros, se sienten extrañamente desconectados y sin mucho de qué hablar».

Al respecto, es manifiesto que la norma convencional colectiva francesa obedece a un modelo de conciliación basado en reconocer periodos adicionales del permiso que, por lo largo de su duración y por lo reducido de su protección económica (al menos más allá del mes y medio retribuido reconocido con carácter general, o de los 3 en caso de familias monoparentales), lejos de servir como «medidas de protección» de la maternidad, perpetúan una distribución sexista del trabajo de cuidar. Primero porque, dada la brecha retributiva, pueden verse obligadas a postergar aún más su regreso al trabajo. Segundo porque un permiso ampliado sin garantía retributiva deteriora la situación económica de las trabajadoras y compromete su regreso, con la consiguiente erosión del principio de igualdad de trato (apdos. 77 y 78 [conclusiones](#)). En suma, sorprende que el TJUE fuese tan drástico respecto del complemento español –legal– y tan «salomónico» con la norma convencional francesa, ignorando el fin de «acción positiva» (arts. 3 [Directiva 2006/54](#) y 157.4 [TFUE](#)). También causa perplejidad que, en otros asuntos (por ejemplo, SSTJUE de [30 de septiembre de 2010, asunto C-104/09, Roca Álvarez](#), y [16 de julio de 2015, asunto C-222/14, Maïstrellis](#)), decidiera, con razón, que reservar a las mujeres periodos de permiso añadidos para la crianza perpetúa un reparto tradicional de funciones entre hombres y mujeres, porque aquellos siguen en una función subsidiaria de las mujeres respecto al ejercicio de su función parental, pero, en este, deje la decisión definitiva al órgano jurisdiccional requirente, aunque le ofrezca un catálogo de criterios o pautas a seguir en la decisión y que, si aplicadas, rectamente, deben levantar acta de defunción de la norma convencional.

4.2. ¿Siguen vigentes los permisos por nacimiento de hijo/a adicionales por convenio colectivo tras la equiparación de los de maternidad y paternidad?

La claridad y evolución de los Altos Tribunales en esta materia de medidas relativas a la conciliación de la vida laboral y familiar desde el renovado prisma de la corresponsabilidad, para que esta no se quede en mera palabra solemne fuera de practicidad, es determinante para un adecuado acompañamiento de la evolución legislativa, como ilustran las [conclusiones](#) referidas del abogado general en este asunto. Máxime cuando se comprueba (por ejemplo, en diversos números precedentes, y veremos en posteriores, de esta revista) la gran y constante litigiosidad laboral, con un importante protagonismo comunitario

[por ejemplo, [STJUE de 4 de junio de 2020, asunto C-588/18](#) –y Sentencia de la Audiencia Nacional ([SAN](#)) [47/2020, de 6 de julio](#)–] de los «permisos» vinculados a la conciliación (entendidos de forma amplia –laxa, si se quiere– como tiempos de no trabajo productivo para realizar trabajo reproductivo –cuidar–, sean retribuidos –permiso estricto, por ser interrupciones breves de la prestación de servicios– por la empresa, sean cubiertos por la Seguridad Social –más bien suspensiones de contrato–). Y de ella no escapan, por supuesto, los de nacimiento de hijo/a.

Recientemente, por ejemplo, la AN ha confirmado su doctrina judicial [aún no validada directamente por el Tribunal Supremo (TS), pese a que invoca a su favor la doctrina jurisprudencial respecto del cambio legal del parámetro de concreción horaria del derecho de reducción de jornada ex [art. 37.5 Estatuto de los Trabajadores](#) (ET): de «jornada ordinaria» a «diaria» –Sentencias del TS (SSTS) de [18 de mayo de 2016, rec. 198/2015](#), y [15 de septiembre de 2016, rec. 260/2015](#)–] en torno a las mejoras del permiso por nacimiento de hijo previstas en un convenio. Conforme a una interpretación tuitiva, considera que sigue siendo aplicable ([SAN 93/2020, de 30 de octubre](#)). Sin embargo, prueba de la polémica es que, sobre el mismo argumento, la Sala de Suplicación del País Vasco, cierto, con voto particular, mantiene lo contrario (por ejemplo, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia –[STSJ-del País Vasco 1428/2019, de 16 de julio](#)).

En el asunto vasco, también con extremado laconismo argumental, basado en la mera literalidad (doble: la de la ley que deroga y la del convenio colectivo), se sostiene que:

No puede aceptarse la vigencia en el convenio de la mejora de un derecho legal que ya no existe; ni resulta legítimo, en relación con idéntica materia y derecho, que los trabajadores pretendan acogerse a dos fuentes distintas (el convenio y la ley) (FJ 2.º).

La AN, por su parte, decidió que no tuvo incidencia la entrada en vigor del [Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo](#), en el permiso reconocido en el artículo 20.2 y 3 del Convenio colectivo de Paradores de Turismo de España, por nacimiento de un hijo (mejora a 5 días laborables ampliables a 6 naturales en caso de desplazamiento), pese a ser eliminado del [artículo 37.3 del ET](#) (2 días, 4 en caso de desplazamiento).

El presupuesto razonable de esta derogación fue que este permiso quedaba superado, por tanto, integrado, en virtud de la ampliación del permiso de nacimiento a favor del padre (llamado ahora «el otro progenitor»), hasta lograr la equiparación con el de la madre (art. [48](#) y [disp. trans. decimotercera ET](#): culminada el pasado 1 de enero de 2021). En este sentido, cambia la denominación, que se quiere común: «permiso por nacimiento» (ni maternidad ni paternidad). Esta es la posición empresarial. Pero no la sindical, que entiende que sigue vigente esa mejora.

En su razonamiento, la AN trae a colación el principio técnico-aplicativo (trasunto del principio sustantivo de favor hacia la persona trabajadora) de la «norma más favorable»

ex [artículo 3.3 del ET](#): los conflictos originados entre los preceptos de dos o más normas laborales, tengan una fuente estatal o convencional, se resolverán, respetados los mínimos, con la aplicación de lo más favorable para la persona trabajadora valorado en su conjunto, en cómputo anual, respecto de los conceptos cuantificables. Ciertamente, en el presente caso, el convenio colectivo se suscribió con anterioridad (diciembre de 2018) a la modificación del [artículo 37.3 b\) del ET](#). Consecuentemente, la voluntad de la norma convencional no podía ser mejorar la legal, pues quienes la negociaron la desconocían y, además, el Tribunal Constitucional (TC) cerró la vía a la equiparación en vía interpretativa (Sentencia del TC [–STC– 111/2018, de 17 de octubre](#)). Pero no menos cierto es [–enfatisa la AN–](#) que fue publicado con posterioridad a la entrada en vigor del [Real Decreto-Ley 6/2019](#) (marzo de 2019).

De modo que, sea por el valor normativo del convenio, inserto en el sistema de fuentes con posterioridad a la publicación de una ley de mínimos (y sin que la patronal [–le reprocha la AN–](#) se dirigiera a la autoridad laboral para que subsanase el eventual vicio de legalidad), sea por la distinta naturaleza del derecho reconocido (el convenio, un permiso retribuido en sentido estricto, la ley, una suspensión del contrato con prestación de Seguridad Social [–FJ 3.º–](#)), así como por la debida perspectiva de género a integrar en la interpretación de normas laborales relativas a la conciliación (art. 4 Ley orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres), debe entenderse subsistente la mejora convencional. Con ello, se [«neutraliza \[...\] también una posible discriminación indirecta por razón de sexo»](#) (FJ 2.º).

Vemos, pues, cómo emerge el canon de hermenéutica jurídica de trasfondo: la interpretación de favor hacia el derecho constitucional y la cautela para prevenir situaciones de discriminación indirecta por razón de género, en tanto que este tipo de medidas, pese a que en la norma colectiva de referencia se reconoce a trabajadores y a trabajadoras, tienen un mayor impacto, *de facto*, en la situación de las mujeres (*vid.* [STS 793/2020, de 23 de septiembre](#) [–comentada en el editorial del número 453, diciembre/2020, de esta revista](#) y al que remito para un análisis más detallado).

No es pertinente discutir aquí la solidez real de la posición de la AN² (atiende a la diversa naturaleza de las medidas [–permiso retribuido una, suspensión de contrato otra–](#), pero no, como predica el TJUE, a su finalidad, aquí idénticas). Tampoco discutiré ni la oportunidad abstracta de traer a colación la perspectiva de género (evidente), ejemplo de la creciente transversalidad hermenéutica (piénsese, por traer un ejemplo aparentemente extramuros de nuestra temática, en el urbanismo [–influye en la movilidad: facilidad/dificultad de ciertas actividades de cuidar: las mujeres sufren más accidentes *in itinere*–](#): [STS, Sala 3.ª, 426/2020](#),

² Para una posición de favor, *vid.* Rojo Torrecilla (entrada en www.eduardorjotorrecilla.es de [29 de noviembre de 2020](#)).

de 18 de mayo), ni su consistencia (se orilla que la equiparación legal tiene como finalidad la protección de la equidad de género desde la corresponsabilidad, poco pueden influir 5 días más de permiso). Si da entrada a otra cuestión de gran actualidad, también muy polémica, con una «lógica de la acumulación» de permisos y defendida sobre una recreación total de la legislación vigente en perspectiva de equidad de género, así como, según una perspectiva igualmente en aumento en el orden social ([STSJ de Canarias/Las Palmas de 1 de septiembre de 2020, rec. 197/2020](#)), el «interés superior del menor».

4.3. ¿Es discriminatorio no reconocer el derecho de la madre monoparental a acumular el derecho del padre del que se decide libremente prescindir?

Me refiero ahora a la –muy mediática, y, sin duda, importante– [STSJ del País Vasco 1217/2020, de 6 de octubre](#). Esta decisión jurisdiccional estima el recurso de suplicación interpuesto por una madre «cabeza de familia monoparental», frente a la Sentencia del Juzgado de lo Social número 5 de Bilbao de 18 de mayo de 2020 (autos 1015/2019), y, en consecuencia, reconoce su derecho a acumular 8 semanas adicionales por nacimiento de hijo, con el correspondiente abono de la prestación de Seguridad Social que le hubiera correspondido al otro progenitor. Dos serían las razones para este reconocimiento judicial, sin duda totalmente ajeno, quizás incluso contrario, a la previsión legal en materia ([art. 177 Ley general de la Seguridad Social](#) en relación con los arts. [48 ET](#) y [49 Estatuto Básico del Empleado Público](#)). De un lado, el deber judicial de integrar en la hermenéutica de las normas (laborales y de seguridad social) el principio de protección del interés superior del menor o de la menor (perspectiva de protección de la infancia), según las normas internacionales, en especial la [Convención sobre los Derechos del Niño](#) (sobre su vigencia en un caso de protección de menor que se encuentra en nuestro país sin familia –menores no acompañados, MENA–, *vid.* [STS, Sala 1.ª, 307/2020, de 16 de junio](#)). De otro, el deber jurisdiccional de diligencia debida en la integración de la perspectiva de equidad de género para la hermenéutica de aquellas normas, evitando cualquier elemento de discriminación, en este caso indirecta, contra las mujeres, por razones de conciliación de la vida laboral y familiar.

Sin poder entrar en profundidad ahora sobre una decisión judicial, tan relevante como polémica, y de cuya consolidación albergo notables dudas jurídicas por su debilidad argumental (ha sido recurrida en casación por el Ministerio Fiscal *ex* [art. 219.3 Ley reguladora de la jurisdicción social](#) –sobre esta modalidad *vid.*, [STS de 15 de octubre de 2013, rec. 1195/2013](#)–, al margen de las simpatías que pueda concitar desde un punto de vista de política social), no será ocioso evidenciar de forma sintética los fundamentos que sostienen ambas razones básicas de decidir. Desde la perspectiva citada de la protección efectiva de la infancia, la sala exhibe (algo desmesurada y poco argumentada más allá

de la afirmación) una comprensión absoluta de la prevalencia de la norma internacional, derivando derechos prestacionales específicos ex artículo 26 de la [convención](#), pese a que la norma no hace tal previsión. Se invoca a favor la doctrina jurisprudencial social que reconoce el derecho de las personas progenitoras de bebés gestados por sustitución a un permiso de maternidad subrogada y en la que ha resultado determinante, incluso para superar la radical prohibición de este tipo de prácticas en España, la protección de interés superior del/de la menor, sin que tampoco el TEDH haya derivado de este estándar de protección un derecho prestacional directo (por ejemplo, SSTS de [25 de octubre de 2016](#), [rec. 3818/2015](#), [16 de noviembre de 2016](#), [rec. 3146/2014](#), y [14 de diciembre de 2017](#), [rec. 2859/2016](#)).

Este tipo de conflictos de conciliación, en los que subyace la contradicción –o disparidad– entre la libertad de elección del tipo de unidad familiar y la garantía de acompañamiento social que (no) ofrecen las normas vigentes de seguridad social, están también a la orden del día y no tienen siempre la misma respuesta. Por ejemplo, de gran interés es la [STS 685/2020](#), de [21 de julio](#). La mayoría inadmite el recurso de casación de unificación de doctrina por falta del requisito de la contradicción –resultado del cambio normativo y de espíritu regulador que implicó reconocer el permiso de paternidad, impidiendo identidad del debate jurídico, pese a la coincidencia de los relatos fácticos–, adquiriendo firmeza la sentencia de suplicación (también de la sala vasca y que, a su vez, revocó parcialmente una sentencia del Juzgado de lo Social núm. 5 de Bilbao), y, en consecuencia, se niega el derecho a la prestación de maternidad (pretensión principal), en la regulación anterior a la vigente, para un supuesto de adopción de la hija biológica por parte de la pareja de hecho del padre de la menor nacida en gestación por sustitución (en México). Y ello, en síntesis, porque un mismo hijo o una misma hija no da a ambos integrantes de la pareja dos derechos de prestación de maternidad. No opina lo mismo el voto particular, que sí estima contradicción ([STS de 15 de septiembre de 2010](#), [rec. 2289/2009](#): dos hechos distintos –maternidad biológica y adopción por la otra persona integrante de la pareja– sí permiten generar dos prestaciones de maternidad sucesivas), proponiendo la estimación del recurso de casación unificadora.

En lo que concierne a la perspectiva de género, la sala vasca concluye que existe una discriminación (a mi juicio, sin que se realice la adecuada distinción entre los juicios de vulneración de la igualdad de trato –no concreta por qué se trata de situaciones objetivamente comparables, sin justificación razonable de la diversidad de trato– y el relativo a la discriminación indirecta –no se detiene en razonar si hay o no razón justificativa objetiva y proporcionada del efecto dispar o peyorativo–) por el dato estadístico y el criterio sociológico (estereotipo de género). Denegar el derecho a la mujer monoparental a acumular el permiso adicional que hubiera correspondido al padre (otro progenitor), de haber sido esa su opción personal, sería un obstáculo injustificado para esta decisión libre, perjudicando a la persona menor integrante de la unidad monoparental y a la mujer, porque:

El tiempo de dedicación al menor por parte de ella es superior, porque no lo comparte, ni simultanea ni diacrónicamente lo bifurca; el tiempo de dedicación a la formación y promoción profesional también se merma; la promoción en el empleo y al desarrollo personal se reduce. La situación de la mujer vuelve a empeorarse [...] (FJ 7.º).

Al margen de la valoración que, en el plano de la política social, merezca la decisión, se echa de menos un mayor cuidado técnico-jurídico, además de una valoración más global de los agravios que puede generar esta doctrina en otras situaciones si se argumenta sobre una base tan genérica de la igualdad de trato (por ejemplo, partos múltiples). Lo primero que crea perplejidad es que se prescinda de analizar la finalidad y sentido de ambos permisos. Tanto el TC ([STC 111/2018](#)), más coincidente con la doctrina comentada del TJUE (que diferencian atendiendo al proceso biológico y psicosocial de maternidad en sentido estricto), cuanto el TS, más proclive a identificar una parte común en ambos permisos por nacimiento, asumen que el permiso por paternidad tiene «una finalidad específica: fomentar un reparto más equitativo de las responsabilidades familiares entre hombres y mujeres y permitir que se cree un vínculo temprano entre padres e hijos» ([STS 793/2020, de 23 de septiembre](#), FJ 4.º). ¿Entonces, resulta coherente jurídicamente reconocer el derecho a acumular un permiso cuya finalidad es crear unos vínculos entre hijo/a y padre (el otro progenitor) que la madre ha decidido excluir, como la más determinante expresión de la singularidad de su opción personal?

Honestamente, estoy convencido de que no. Si se decide la ampliación, por la legislación, del permiso de maternidad en familias monoparentales encabezadas por mujeres, la mayoría, o el de paternidad en familias monoparentales encabezadas por hombres (entendiendo que no cabe aquí la diferencia, porque la condición protegida es la de progenitura), hágase. Sin embargo, ha de hacerse sobre bases jurídicas correctas, no sobre razones artificiales, incluso inconsistentes.

Quienes reivindican un modelo de unidad familiar diferenciado, monoparental, tienen derecho a que la legislación atienda de forma específica su singularidad, para que su decisión de libre elección sea realmente libre, acompañada de garantías sociales que atiendan su específica vulnerabilidad, pero no pueden fundamentar su derecho sobre la privación de una garantía que han decidido excluir (la corresponsabilidad con otro progenitor). Además, es errado reivindicar un derecho a doblar los permisos de nacimiento sobre la base de derecho de todo hijo (o de toda hija) al mismo tiempo de cuidado que en la unidad biparental, porque ese derecho no existe, pues el derecho del niño o de la niña es a ser cuidado el mismo tiempo por ambas personas progenitoras, pero si una de ellas decide excluir esta dualidad, se frustra el derecho del niño o de la niña a ese tipo de cuidado, porque es cualitativo (atención del otro progenitor –el padre–), no cuantitativo o sumatorio (un tiempo absoluto de cuidar, al margen de quien lo realice). En este sentido, si la atención al niño (a la

niña) se identifica de forma matemática, numérica –igual tiempo de atención–: ¿no deberían tener también los hijos y las hijas de partos múltiples el mismo tiempo de atención efectiva, sin tener que repartírselo como «buenos hermanos», dividiendo el tiempo de atención real, sea de la madre, sea del padre?

Finalmente, por no extendernos más en este apasionante tema: ¿si se dice que la mayor parte de las familias monoparentales son encabezadas por mujeres, y así es, tiene sentido que el modelo de conciliación útil, para el bienestar de la persona cuidada y de la cuidadora, pase, de nuevo, por doblar los permisos, añadiendo trabas laborales? ¿Doblar los permisos no conlleva un riesgo superior de incrementar los riesgos de obstaculización del desarrollo profesional de las madres monoparentales? En otros términos, más allá de un determinado tiempo razonable, necesario de protección de la maternidad, como ha subrayado el TJUE, ¿la solución conciliadora en términos de equidad de género, también para las familias monoparentales, no pasaría por un adecuado desarrollo del derecho subjetivo social fundamental a una adaptación razonable de la jornada de trabajo en aras de favorecer la atención a la infancia y la promoción de la mujer en el trabajo ex [artículo 34.8 del ET](#), sin tener que abandonar por largos periodos el trabajo ni reducir la jornada –con la reducción retributiva consiguiente–? Sin duda, el debate está servido, en el plano social (mientras [unas asociaciones de familias monoparentales](#) piden el modelo del [art. 34.8 ET](#) y servicios públicos, otras piden más duración de los permisos –por ejemplo, Federación de Asociaciones de Madres Solteras, FAMS–) y [en sede judicial](#). También la vía político-legislativa está iniciada.

Cuerpo de Gestión de la Administración de la Seguridad Social

Mónica Modamio Miguel

Funcionaria del Cuerpo de Gestión de la Administración de la Seguridad Social

Extracto

El presente caso analiza y desarrolla la fundamentación jurídica del supuesto práctico materia del tercer ejercicio en la convocatoria correspondiente al año 2018 –Resolución de 15 de abril de 2019 (BOE de 26 de abril)–, para el acceso al Cuerpo de Gestión de la Administración de la Seguridad Social (turno libre), que tuvo lugar el 5 de septiembre de 2020 en el Centro de Formación de la Seguridad Social en Madrid.

Palabras clave: autónomos y autónomas; cotización; recaudación; prestaciones por desempleo, orfandad, riesgo durante el embarazo y nacimiento y cuidado del menor; jubilación; mutuas colaboradoras.

Fecha de entrada: 04-11-2020 / Fecha de aceptación: 04-11-2020

Cómo citar: Modamio Miguel, Mónica. (2021). Cuerpo de Gestión de la Administración de la Seguridad Social. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 454, 179-206.

Management of the Social Security Administration

Mónica Modamio Miguel

Abstract

This case analyses and develops the legal basis of the supposed practical of the third exercise in the call corresponding to 2018 –Resolution of 15 April 2019 (BOE of 26 April)–, for access to the Social Security Management (free shift), which took place on 5 September 2020 at the Social Security Training Centre in Madrid.

Keywords: self-employed; contributions; collection; benefits for unemployment, orphans, risk during pregnancy and birth and care of the child; retirement; mutual collaborators.

Citation: Modamio Miguel, Mónica. (2021). Management of the Social Security Administration. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 454, 179-206.

Enunciado

Don Rafael, administrador único de la empresa Lomanalsa, inició su actividad el día 13 de marzo de 2018, dando lugar a su inclusión en el régimen especial de trabajadores autónomos (RETA).

Pregunta 1. Indique la fecha del alta en el RETA, que solicitó don Rafael en los plazos reglamentariamente establecidos.

Don Rafael inicia un proceso de incapacidad temporal (IT) derivado de enfermedad común el día 3 de agosto de 2019, con la correspondiente prestación económica y una vez expedido el parte de baja en dicha fecha. Este proceso se prolonga hasta el día 20 de enero de 2020, fecha en la que se emite el alta médica.

Pregunta 2. Indique quién es el responsable del ingreso de las cuotas del RETA durante este proceso de IT.

Don Sergio inició su actividad en la empresa Lomanalsa el día 14 de marzo de 2018, pero la empresa no tramitó su alta en el régimen general de la Seguridad Social (RGSS). El trabajador denunció esta situación ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) el día 18 de marzo de 2018. La ITSS, el día 28 de marzo de 2018, realizó la correspondiente actuación inspectora a la empresa Lomanalsa, determinando la existencia de la relación laboral como trabajador por cuenta ajena e instando el día 1 de abril de 2018 ante la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) el alta de oficio del trabajador en el RGSS.

Pregunta 3. Indique y motive la fecha de efectos del alta de don Sergio.

La empresa Lomanalsa solicita la práctica de la liquidación de cuotas a la TGSS del mes de junio de 2019.

Pregunta 4. Indique el plazo en el que la empresa debe solicitar y aportar los datos necesarios para este cálculo de la liquidación, así como los documentos que la TGSS emitirá en el supuesto de haberse practicado la liquidación correctamente.

Don Sergio percibió en la nómina de la empresa Lomanalsa del mes de noviembre de 2019 las siguientes retribuciones:

- Sueldo base: 1.000 euros.
- Antigüedad: 500 euros.
- Productividad: 500 euros.
- Gastos de locomoción: 50 euros.
- Horas extraordinarias: 250 euros.

Además, tiene derecho al abono de dos pagas extraordinarias por el importe del sueldo base y la antigüedad. El abono de los gastos de locomoción se realiza previa presentación de la factura del transporte público utilizado cuando el trabajador se desplaza a revisar las instalaciones de otro centro de trabajo de la empresa distinto del propio.

Pregunta 5. Calcule las bases de cotización por contingencias comunes y por contingencias profesionales correspondientes al mes de noviembre de 2019, así como la justificación de los elementos tenidos en cuenta para el cálculo o para su exclusión.

La empresa Lomanalsa en el mes de septiembre de 2019, debido a un problema técnico, no remitió la base de cotización de uno de sus trabajadores dentro del plazo reglamentario; por ello, la TGSS emitió la correspondiente reclamación de deuda.

Pregunta 6. Indique el plazo de ingreso y los recargos que procederían si la reclamación de deuda le fue notificada el día 26 de noviembre de 2019.

La empresa Lomanalsa tiene deudas con la Seguridad Social, debidamente apremiadas. Ante la falta de pago, la Unidad de Recaudación Ejecutiva (URE) procede al embargo de un inmueble cuya titularidad corresponde a la empresa. Según el Registro de la Propiedad, este inmueble tiene una hipoteca a favor de una entidad financiera y figura inscrito un embargo previo a favor de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT).

Pregunta 7. Señale a quiénes debe notificarse el embargo del inmueble.

Cumplidos todos los trámites legales, la Dirección Provincial de la TGSS ha convocado la subasta del inmueble de la empresa Lomanalsa para el día 4 de marzo de 2020.

Pregunta 8. Indique los requisitos que deben cumplir las posibles posturas en sobre cerrado; asimismo, señale el lugar y la fecha hasta la cual se podrán presentar las mismas.

Doña Paloma, trabajadora de la empresa Lomanalsa, de 45 años, tiene dos hijos con los que convive: Carlos, de 20 años y que no trabaja, y Daniel, de 18 años, que está trabajando en una empresa, con unos ingresos brutos de 1.400 euros/mes. La trabajadora tenía un contrato a tiempo completo por obra o servicio determinado, que finalizó el día 14 de febrero de 2020. En esta empresa ha trabajado un total de 6 meses y el número de días de vacaciones retribuidas y no disfrutadas es de 5 días.

Su base de cotización por contingencias profesionales ha sido de 2.000 euros durante todo el periodo trabajado.

Con anterioridad, doña Paloma trabajó en una empresa de suministros durante 25 meses, finalizando su contrato el día anterior al inicio de la relación laboral con la empresa Lomanalsa. No ha percibido prestación por desempleo en los últimos 6 años.

Pregunta 9. ¿Tiene derecho doña Paloma a la prestación por desempleo? En caso afirmativo, ¿qué duración y cuantía tendría la prestación? ¿Cuáles serían las contingencias cubiertas por la entidad gestora?

Doña Verónica, hermana de doña Paloma, se casó con don José el día 15 de junio de 2015; hasta ese momento, tenía a su exclusivo cargo, como única progenitora conocida, un hijo, nacido el día 19 de diciembre de 1994, el cual no tiene rentas de ningún tipo y figura matriculado en el año académico 2019/2020, iniciado el 1 de octubre de 2019 y que finalizará el 30 de septiembre de 2020, en un estudio universitario oficialmente reconocido.

El 15 de octubre de 2019, doña Verónica fallece, habiéndose determinado que el fallecimiento se ha producido por violencia contra la mujer, y siendo don José condenado por comisión de delito doloso de este homicidio, mediante sentencia firme.

Doña Verónica no tenía en el momento de su fallecimiento ningún tipo de renta, ni ha figurado en alta en algún régimen de Seguridad Social.

Pregunta 10. Justificar si doña Verónica puede causar alguna de las prestaciones económicas de muerte y supervivencia a favor de su hijo. En caso afirmativo, indique su cuantía y duración.

Doña Yolanda trabaja desde hace 3 años en la empresa Lomanalsa con un contrato a tiempo completo. Está casada con don Alberto y tienen dos hijos en común, uno adoptado y otro biológico. Acredita un total de cotización de 24 años en el RGSS. Antes de trabajar en esta empresa estuvo 10 años sin trabajar.

El 1 de septiembre cumplió 68 años y está pensando jubilarse.

Pregunta 11. ¿Qué requisitos deberá cumplir para acceder a la pensión de jubilación? Teniendo en cuenta que para el año 2020, con menos de 37 años cotizados, se exige para acceder a la jubilación ordinaria una edad de 65 años y 10 meses, ¿qué porcentajes se le aplicarán para calcular su pensión? Explique si tendrá derecho a algún complemento.

Don Alberto, marido de doña Yolanda, trabaja también en la empresa Lomanalsa y va a solicitar su pensión de jubilación ordinaria. Tiene 64 años, ya que nació el 1 de junio de 1956. Acredita 1 año de coeficiente reductor de la edad de jubilación por el tiempo que trabajó en un buque de la marina mercante, periodo en el que estuvo encuadrado en el régimen especial de trabajadores del mar (RETMAR).

A lo largo de su vida laboral acredita 38 años de cotización.

Una vez jubilado quiere compatibilizar la pensión de jubilación y el trabajo mediante la modalidad de jubilación activa.

Pregunta 12. ¿Podría acceder a esta modalidad de jubilación activa? Razone su respuesta. Suponiendo que pudiese acceder a la jubilación activa y las cuantías de la pensión de don Alberto fueran las que se indican a continuación, ¿cómo afectaría la situación de compatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo a las cuantías de la pensión de jubilación?

- Pensión: 150 euros.
- Revalorizaciones: 40 euros.
- Complemento a mínimos: 458,70 euros.

Doña Ascensión, embarazada de 8 meses, trabaja por cuenta ajena en la empresa Lomanalsa, que tiene concertada la cobertura de las contingencias comunes con el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y de las contingencias profesionales con una mutua colaboradora con la Seguridad Social. En la empresa no existe un puesto de trabajo compatible con su estado, por lo que le es reconocida una prestación por riesgo durante el embarazo, suspendiendo el contrato de trabajo el 15 de enero de 2020. El parto se produce el 20 de febrero de 2020.

Pregunta 13. ¿En qué fecha se inicia la prestación por riesgo durante el embarazo y cuándo termina? ¿Qué entidad gestiona y paga esta prestación?

El INSS ha emitido resolución reconociendo la prestación por nacimiento y cuidado del menor con fecha 1 de marzo de 2020.

Pregunta 14. ¿En qué caso esta resolución puede ser provisional de acuerdo con lo establecido en la Ley general de la Seguridad Social (LGSS)? ¿Puede

emitirse posteriormente una resolución definitiva? Y si es así, ¿por qué? ¿Deviene definitiva la resolución provisional por el transcurso del tiempo?

El marido de doña Ascensión está en situación de alta en el RGSS, trabajando en una empresa, y quieren solicitar ambos la prestación por corresponsabilidad en el cuidado del lactante.

Pregunta 15. ¿Es necesario que ambos progenitores reduzcan su jornada de trabajo? ¿Pueden percibir la prestación ambos progenitores o solo uno de ellos? Indique la fecha de inicio y de fin de la prestación si es reconocida en su duración máxima.

Solución

Pregunta 1. Indique la fecha de efectos del alta en el RETA, que solicitó don Rafael en los plazos reglamentariamente establecidos.

En la primera pregunta se plantea la cuestión relativa a la fecha concreta de efectos del alta en el RETA de un trabajador por cuenta propia, entendiéndose que se trata de un alta inicial en dicho régimen especial o, en todo caso, de una de las tres primeras altas del ejercicio económico correspondiente y sabiendo que el autónomo ha cumplido con su obligación de solicitar su propia alta ante la TGSS, a realizar a través del Sistema de Remisión Electrónica de Datos o Sistema RED, dentro del plazo establecido.

Conforme al artículo 46 del Reglamento general de inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores (RIA), aprobado por el Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, la afiliación y alta de autónomos y autónomas serán obligatorias y producirán los siguientes efectos: respecto a la afiliación y hasta tres altas dentro de cada año natural, tendrán efectos desde el día en el que concurran en la persona los requisitos y condiciones determinantes de inclusión en el campo de aplicación del RETA.

En su condición de trabajador autónomo, don Rafael es el responsable de promover su propia alta en el RETA, estando obligado a hacerlo en un plazo máximo de 60 días naturales anteriores a la fecha de inicio de la actividad, la cual tiene lugar el 13 de marzo de 2018. Entendiéndose que se trata de un alta inicial en el RETA, o, en todo caso, un alta comprendida dentro de las tres primeras altas anuales, los efectos económicos se producirán desde el día en el que concurran en don Rafael los requisitos y condiciones determinantes de su encuadramiento en el RETA. Es decir, los efectos se producirán desde el día de inicio de la actividad que, a la vista de los datos indicados, tiene lugar el 13 de marzo de 2018.

En resumen, el artículo 46 del RIA indica que las tres primeras altas dentro de cada año natural producirán efectos desde el mismo día en el que se produzcan dichas altas. De esta manera, la cotización de cada respectivo mes en el que se realicen las tres primeras altas anuales solo incluirá los días naturales del mismo, prorrateándose la cuota mensual entre 30 días y comprendiendo únicamente los días de actividad en dicho mes.

Por el contrario, en caso de tratarse de altas posteriores a las tres primeras altas anuales (es decir, las producidas a partir de la cuarta alta en el mismo año natural), así como en los casos de alta fuera de plazo (es decir, la producida con posterioridad al inicio de la actividad) o de alta de oficio realizada por la TGSS, comprenderán la totalidad del mes, retrotrayendo sus efectos al día primero del mes en el que se produzcan y, por tanto, debiendo ingresarse la cuota correspondiente al mes completo y no a la parte proporcional del mismo.

Lo anterior implicaría que, si don Rafael hubiera promovido su cuarta alta en el RETA en el año 2018, o si hubiera promovido su alta después de iniciar su actividad (por ejemplo, el 15 de mayo de 2018), o bien si el alta hubiera sido realizada de oficio por la TGSS (por ejemplo, a causa de una actuación inspectora de la ITSS en la empresa Lomanalsa), los efectos de dichas altas se retrotraerían al día primero del mes de inicio de la actividad o, en este caso, el 1 de marzo de 2018.

Pregunta 2. Indique quién es el responsable del ingreso de las cuotas del RETA durante este proceso de IT.

La segunda pregunta hace referencia a las características de la IT de las personas trabajadoras por cuenta propia, planteando el caso de un trabajador autónomo en situación de IT derivada de contingencia común con una duración de 171 días.

Conforme al Real Decreto-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, a partir del 1 de enero de 2019, la protección de las contingencias profesionales, de la IT derivada de contingencias comunes y del cese de actividad resulta obligatoria para la gran mayoría de personas trabajadoras autónomas (aunque se prevén algunas excepciones), estando estas además obligadas a concertar dicha protección con una mutua colaboradora con la Seguridad Social, eligiendo la misma para toda la acción protectora.

Por tanto, teniendo lugar la baja el 3 de agosto de 2019, se puede deducir que don Rafael se encuentra cotizando obligatoriamente por IT derivada de contingencias comunes, siendo la entidad encargada de gestionar y abonar la prestación económica la mutua colaboradora con la que él haya concertado la protección de las citadas contingencias. No es así en cambio respecto a la asistencia sanitaria, ya que, al derivar de enfermedad común, esta le será prestada a don Rafael por el servicio público de salud.

Independientemente del pago de la prestación económica y respondiendo a la cuestión planteada, durante los 60 primeros días del proceso de baja del trabajador autónomo, este será responsable de seguir abonando las cuotas al RETA, abono que se realizará a su cargo. Sin embargo, una de las particularidades en la IT de las personas trabajadoras por cuenta propia es que, a partir del sexagésimo primer día de la baja, el pago de las cuotas será asumido por la correspondiente mutua colaboradora, en los términos previstos en el artículo 308.1 de la LGSS.

Teniendo en cuenta que en el ámbito de cada mutua colaboradora existen tres cuentas a efectos contables (la cuenta por contingencias profesionales, la cuenta por contingencias comunes y la cuenta por cese de actividad), resulta interesante añadir que el coste de las cotizaciones abonadas por la mutua a favor de la persona trabajadora autónoma a partir del día sexagésimo primero de su baja se imputará contablemente en la cuenta de gestión por cese de actividad de la mutua. De hecho, al describir el artículo 329 de la LGSS el alcance

de la acción protectora de la prestación por cese de actividad, enuncia que esta comprenderá la prestación económica por cese total, temporal o definitivo, el abono de la cotización a la Seguridad Social y el abono de la cotización de la persona trabajadora autónoma por todas las contingencias a partir del día sexagésimo primero de la baja.

De lo anterior no debemos deducir, sin embargo, que a partir del día sexagésimo primero de la baja el autónomo o autónoma pase a situación de cese de actividad. Este seguirá estando en situación de IT, pero sus cuotas serán abonadas por la correspondiente mutua colaboradora y esta imputará contablemente dicho coste a su cuenta por cese de actividad.

Otra de las particularidades más reseñables en la IT de las personas trabajadoras por cuenta propia es que, para percibir la prestación, estas deberán presentar una declaración sobre la persona que gestione el establecimiento durante su baja, debiendo presentar dicha declaración a la mutua colaboradora en el plazo de 15 días o bien presentar el cese de actividad.

Por lo demás, el cálculo de la prestación económica, incluyendo los porcentajes aplicables a la base reguladora, se realiza de la misma manera que en el caso de las personas trabajadoras por cuenta ajena. Igualmente, al derivar la incapacidad de contingencia común, durante los 3 primeros días de baja (días 3, 4 y 5 de agosto), don Rafael no percibirá prestación económica.

Pregunta 3. Indique y motive la fecha de efectos del alta de don Sergio.

La tercera pregunta del caso práctico plantea una situación de alta fuera de plazo de un trabajador por cuenta ajena y practicada de oficio por la TGSS.

En este caso se puede considerar que, conforme a lo establecido en el artículo 32 del RIA, la empresa ha incumplido su obligación de solicitar el alta de don Sergio en cuanto que tal solicitud debió presentarse por Lomanalsa con carácter previo al comienzo de la prestación de servicios y nunca antes de los 60 días naturales anteriores al previsto para el inicio de la prestación laboral. De haber sido así, el alta hubiera surtido efectos a partir del día de inicio de la actividad.

Expuesto lo anterior y en relación con la fecha de efectos del alta de don Sergio, hay que tener en cuenta que el alta ha sido realizada, como se ha señalado, fuera de plazo y practicada de oficio por la TGSS a consecuencia de la actuación inspectora realizada a la empresa por la ITSS. A su vez esta estuvo motivada por la denuncia presentada por el propio trabajador una vez transcurridos 4 días desde el inicio de la prestación de servicios sin haber la empresa solicitado su alta.

La cuestión consiste en determinar en cuál de las tres fechas enunciadas deberá surtir efectos el alta de don Sergio: la fecha de la denuncia por el trabajador (el 18 de marzo de

2018), la fecha de realización de la actuación inspectora por la ITSS (el 28 de marzo) o la fecha en la que se produce el alta de oficio por la TGSS (el 1 de abril).

A estos efectos es preciso remitirse al artículo 35.1.2.º del RIA que establece que las altas practicadas de oficio por la TGSS retrotraerán sus efectos a la fecha en la que los hechos que las motiven hayan sido conocidos por la TGSS. Hasta aquí pareciera que con ello nos indicara la última de las tres fechas enunciadas; sin embargo, sigue la redacción del artículo en estos términos:

[...] si las altas se efectuasen de oficio [...] como consecuencia de la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, los efectos de la declaración del alta se retrotraerán a la fecha en que se haya llevado a cabo tal actuación, salvo en el caso de que esta hubiera sido promovida por orden superior, a instancia de las entidades gestoras o como consecuencia de denuncia, queja o petición expresa, en cuyo caso los efectos se retrotraerán a la fecha en que se haya producido la orden superior o la instancia de la entidad gestora o en que hayan tenido entrada las referidas instancias, denuncia, queja o petición.

Por tanto, conforme a la redacción del mencionado artículo, el alta de don Sergio deberá surtir efectos el 18 de marzo de 2018, siendo esta la fecha en la que el trabajador efectuó la denuncia ante la ITSS de su falta de alta.

A estos efectos hay que tener en cuenta que, independientemente de que el alta y la acción protectora respecto al trabajador surtan efectos solo desde el 18 de marzo de 2018 o fecha de la denuncia, a la empresa Lomanalsa se le van a reclamar las cuotas desde que el trabajador inició la actividad (es decir, desde el 14 de marzo de 2018), procediendo la TGSS en estos casos a emitir y notificar reclamación de deuda a la empresa con su correspondiente recargo.

Es preciso, por tanto, diferenciar entre la exigencia de cuotas para la empresa y la fecha a efectos de alta y prestaciones para el trabajador, que será desde la fecha de la denuncia (o, en su caso, actuación inspectora practicada de oficio u orden superior), y ello a menos que, aun faltando el alta, se hubiera producido el ingreso de cuotas, en cuyo caso se retrotraerán los efectos a la fecha de dicho ingreso, tal como se establece en el penúltimo párrafo del artículo 35.1.1.º del RIA, aunque, en este caso, debido al poco tiempo transcurrido entre el inicio de la prestación laboral y la fecha de efectos del alta, no resulte conveniente presumir que la empresa hubiese llegado a ingresar cuotas por el trabajador.

Pregunta 4. Indique el plazo en el que la empresa debe solicitar y aportar los datos necesarios para este cálculo de la liquidación, así como los documentos que la TGSS emitirá en el supuesto de haberse practicado la liquidación correctamente.

En primer lugar, el artículo 56 del Reglamento general de recaudación de la Seguridad Social (RGRSS), aprobado por el Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, establece el plazo

reglamentario general para el ingreso de cuotas y conceptos de recaudación conjunta. Conforme a él, tales deudas deberán ingresarse dentro del mes siguiente al que corresponda su devengo, salvo que se establezca otro plazo, como sería el caso de determinados colectivos incluidos en el RGSS o de determinados regímenes especiales, como el RETA.

En este supuesto práctico ha de aplicarse el plazo reglamentario general, al referirse el enunciado del caso al cálculo de la liquidación de la deuda de una empresa respecto a las cotizaciones de sus personas trabajadoras por cuenta ajena encuadradas en el RGSS.

En cuanto que el sistema de autoliquidación de cuotas se trata actualmente de un sistema residual de liquidación, ya que la mayoría de las empresas se encuentran hoy en día incorporadas al sistema de liquidación directa, debe entenderse que a la empresa Lomanalsa se le debe aplicar este último. Así, al tratarse de la liquidación correspondiente al mes de junio de 2019, conforme a los artículos 18.2 d) del Reglamento general sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social (RGCLSS), aprobado por el Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, y al 29.2 de la LGSS, el plazo del que dispondrá la empresa Lomanalsa para solicitar y aportar los datos necesarios para la realización por parte de la TGSS del cálculo de la liquidación será hasta el penúltimo día natural del plazo reglamentario.

Continúa la redacción de estos artículos diciendo que el cálculo se efectuará en función de los datos de que disponga la TGSS sobre las personas obligadas a cotizar, constituidos tanto por los que ya hayan sido facilitados por las personas responsables, así como por los que ya obren en su poder y afecten a la cotización, como por los que deban aportar las personas responsables en cada periodo de liquidación. Asimismo, la TGSS aplicará las deducciones que procedan, así como, en su caso, el importe de las prestaciones abonadas en régimen de pago delegado correspondientes al mismo periodo de liquidación, en función de los datos recibidos de las entidades gestoras y colaboradoras.

Como se ha señalado al inicio respecto al plazo reglamentario de ingreso, las empresas, por las personas trabajadoras por cuenta ajena que tengan contratadas a su servicio, deberán solicitar el cálculo e ingresar las cuotas de estas a lo largo del mes siguiente al que corresponda su devengo. De esta manera, las cuotas correspondientes al mes de junio de 2019 deberán ser liquidadas e ingresadas dentro del mes de julio de 2019. Por tanto, por aplicación del artículo 29.2 de la LGSS, el penúltimo día natural del mes de julio será la fecha límite para solicitar y aportar los datos que permitan a la TGSS realizar dicho cálculo.

En conclusión, la empresa Lomanalsa dispondrá hasta el día 30 de julio de 2019 para solicitar y aportar a la TGSS los datos que permitan a esta realizar el cálculo de la liquidación relativa al mes de junio de 2019.

Por su parte, los documentos que la TGSS emitirá en caso de haberse practicado correctamente la liquidación en el sistema de liquidación directa, como se establece en el artículo 18.2 d) del RGCLSS, serán el documento electrónico de pago y la relación nominal de personas trabajadoras.

Pregunta 5. Calcule las bases de cotización por contingencias comunes y por contingencias profesionales correspondientes al mes de noviembre de 2019, así como la justificación de los elementos tenidos en cuenta para el cálculo o para su exclusión.

En la quinta pregunta se plantea la determinación de las bases de cotización por contingencias comunes y profesionales de la persona trabajadora.

Empezando por la base de cotización, conforme a los artículos 8 y 23 del RGCLSS, estará constituida por la remuneración total, cualquiera que sea su forma o denominación, que, con carácter mensual, tenga derecho a percibir la persona trabajadora o la que efectivamente perciba de ser esta superior, por razón del trabajo que realice por cuenta ajena.

Además, conforme al artículo 9 del RGCLSS, dicha base no podrá sobrepasar determinados límites absolutos (máximo y mínimo) y, según el artículo 23.2 del RGCLSS, deberán excluirse determinados conceptos, puesto que estarían exentos de formar parte de la base de cotización. Tal sería el caso de los gastos de locomoción cuando se utilicen medios de transporte público y estén debidamente justificados mediante factura (art. 23.2 A) b) último párrafo), ya que hay que tener en cuenta que los mencionados 50 euros no tienen el objeto de remunerar a la persona trabajadora por su trabajo, sino en compensarla por los gastos causados a consecuencia del mismo por sus desplazamientos fuera del centro habitual de trabajo.

En este caso se exige, si el desplazamiento se realiza en un medio de transporte público, que se encuentren justificados, a cuyo efecto se requerirá factura o documento equivalente. Caso distinto sería si el desplazamiento se hubiera realizado en medio de transporte privado, en cuyo caso el límite exento se encuentra en los 0,19 euros por kilómetro, debiendo incluirse todo importe por kilómetro que en su caso llegase a superar el mencionado límite, aplicándose en este caso el artículo 9 del Reglamento del impuesto sobre la renta de las personas físicas.

Por otro lado, señala la norma que las horas extraordinarias no formarán parte de la base de cotización, salvo para la protección de las contingencias profesionales. Por tanto, esto implica que, de existir horas extraordinarias, estas solo deberán incluirse en la base de cotización por contingencias profesionales.

Finalmente, el artículo 23.1 A) del RGCLSS indica que los conceptos retributivos de devengo superior al mensual (entre los que se incluirían las pagas extraordinarias) deberán prorratearse a lo largo de los 12 meses del año. En el caso que se nos plantea, el trabajador tiene derecho a dos pagas extraordinarias anuales por el importe del sueldo base (1.000 €) y la antigüedad (500 €). Así, 1.500 euros, percibidos dos veces al año, hacen un total de 3.000 euros que, prorrateados a lo largo de 12 meses, arrojan un total de 250 euros, que deberán sumarse a la correspondiente base de cotización mensual, incrementando la misma.

Por tanto, la base de cotización por contingencias comunes en el mes de noviembre de 2019, correspondiente a don Sergio, ascenderá a un total de 2.250 euros y estará formada por los siguientes conceptos:

- Sueldo base: 1.000 euros.
- Antigüedad: 500 euros.
- Productividad: 500 euros.
- Parte proporcional de pagas extraordinarias: 250 euros.

Por su parte, la base de cotización por contingencias profesionales tendrá el mismo importe que la base de cotización por contingencias comunes, pero, en caso de que durante el mes se hayan abonado horas extraordinarias, estas deberán ser sumadas a la base de cotización, pero únicamente a la relativa a las contingencias profesionales. En este caso concreto, a los señalados 2.250 euros que conforman la base de cotización por contingencias comunes hay que sumar los 250 euros que remuneran las horas extraordinarias, arrojando un total de 2.500 euros, a efectos de base de cotización por contingencias profesionales.

Seguidamente será preciso comprobar que tales bases de cotización se encuentran comprendidas dentro de los límites absolutos máximo y mínimo a los que se refiere el artículo 9 del RGCLSS. Así, la base máxima de cotización por contingencias comunes será la fijada para cada ejercicio económico por la correspondiente Ley de presupuestos generales del Estado y está actualmente establecida en 4.070,10 euros al mes o 135,67 euros al día.

Por su parte, la base mínima de cotización estará conformada por la cuantía íntegra del salario mínimo interprofesional (SMI) vigente en cada momento, incrementado en un sexto (es decir, incrementado por la parte proporcional de las dos pagas extraordinarias anuales), aunque es preciso añadir que las bases mínimas de cotización dependen del grupo de cotización de cada persona trabajadora, dato del que se carece en el caso aplicable a don Sergio.

En términos generales, la base mínima de cotización está actualmente establecida en 1.050 euros al mes o 35 euros al día, excepto para los grupos de cotización 1, 2 y 3, que cuentan con sus importes mínimos respectivos. Dichas bases mínimas de cotización quedaron establecidas en el Real Decreto-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, para el ejercicio 2019, y, a falta de aprobación de la correspondiente Ley de presupuestos generales del Estado para el año 2020, quedaron automáticamente prorrogados para el presente ejercicio 2020, a pesar de que el importe del SMI establecido para 2020 es de 950 euros al mes o 13.300 euros al año, por lo que la prorrogada base mínima de cotización para 2019 (y a falta de publicación oficial de una base mínima de cotización conforme a la actualización salarial) no se corresponde actualmente con el importe del SMI mensual incrementado en un sexto.

Finalmente, respecto a las contingencias profesionales, existen para todos los grupos de cotización únicamente un tope máximo (4.070,10 € al mes) y un tope mínimo (1.050 € al mes).

En conclusión, queda acreditado que las bases de cotización por contingencias comunes y profesionales de don Sergio están comprendidas dentro de los límites y topes actualmente establecidos.

Pregunta 6. Indique el plazo de ingreso y los recargos que procederían si la reclamación de deuda le fue notificada el día 26 de noviembre de 2019.

Puesto que la reclamación de deuda le fue notificada a la empresa el 26 de noviembre de 2019 y, por tanto, notificada entre el día 16 y el último día del mes, conforme al artículo 64 del RGRSS, el plazo de ingreso será hasta el día 20 del mes siguiente o el inmediato hábil posterior. Por tanto, la empresa deberá realizar el ingreso hasta el día 20 de diciembre de 2019 y, en caso de que este día fuese inhábil, el 21 de diciembre (o el siguiente día hábil).

En cuanto al recargo a imponer en la reclamación de deuda, este será del 20 %. Independientemente de que se haya producido un error técnico en el ámbito de la empresa Lomanalsa y no siendo este un error imputable a la propia TGSS, la falta de comunicación en plazo de los datos para el cálculo de la liquidación implica la consideración de que la empresa, respecto a una de sus personas trabajadoras, no ha cumplido con las obligaciones de información y comunicación que se establecen en el artículo 29.2 de la LGSS, al ser aplicable el sistema de liquidación directa.

Aplicando el artículo 62.1 a) del RGRSS, resulta claro que el instrumento por el cual la TGSS reclamará el importe de la deuda a Lomanalsa será mediante la emisión de una reclamación de deuda, ya que se trata de una situación de falta de cotización de una persona trabajadora dada de alta respecto a la que no se han cumplido dentro de plazo las obligaciones en materia de liquidación de cuotas del artículo 29 de la LGSS (o cuando, habiéndose cumplido, tales liquidaciones o datos transmitidos contuvieran errores materiales, aritméticos o de cálculo).

El siguiente paso consiste en determinar el recargo a aplicar a la reclamación de deuda. En este sentido, la consecuencia de no ingresar cotizaciones en el plazo reglamentario y no habiendo cumplido las obligaciones del artículo 29 de la LGSS determinará la imposición de un recargo del 20 % o del 35 %, siendo del 20 % si Lomanalsa abona la deuda dentro del plazo de ingreso indicado en la reclamación de deuda (es decir, hasta el día 20 de diciembre de 2019 o posterior día hábil). En caso contrario, el recargo será del 35 %.

Por tanto, en un principio, la reclamación de deuda notificada a la empresa Lomanalsa en relación con la persona trabajadora de la que no transmitió en plazo los datos para realizar el cálculo de su liquidación incluirá un recargo del 20 %, disponiendo hasta el 20 de diciembre de 2019 (o día hábil inmediatamente posterior) para efectuar el ingreso. Si

transcurrido el plazo señalado Lomanalsa no hubiera realizado el ingreso de la reclamación de deuda, el recargo aplicable a esta ya no será del 20 %, sino del 35 %.

Pregunta 7. Señale a quiénes debe notificarse el embargo del inmueble.

La notificación del embargo del inmueble propiedad de Lomanalsa realizado por la URE debido a la falta de pago de la deuda por parte de la empresa deberá realizarse, conforme al artículo 103.2 del RGRSS a la persona deudora, a las terceras personas poseedoras, a las personas acreedoras hipotecarias y a las anotantes anteriores. De ser el deudor o la deudora una persona física y estar casada, deberá notificarse asimismo a su cónyuge, aunque naturalmente tal disposición no se aplica en este supuesto concreto relativo a la deuda de una persona jurídica.

Por tanto, en el presente caso, el embargo deberá notificarse a la empresa Lomanalsa, en su calidad de persona deudora, a la entidad financiera, en su condición de acreedora hipotecaria y, asimismo, deberá ser notificado a la AEAT, puesto que esta es una anotante anterior.

Finalmente, y aunque esto no queda especificado en el RGRSS, el propio Registro de la Propiedad también será objeto de la notificación de embargo por parte de la URE, a fin de que pueda realizarse la oportuna anotación de embargo.

Pregunta 8. Indique los requisitos que deben cumplir las posibles posturas en sobre cerrado; asimismo, señale el lugar y la fecha hasta la cual se podrán presentar las mismas.

Conforme al artículo 113 del RGRSS, la subasta pública constituirá el procedimiento ordinario para la realización de los bienes embargados, estando este procedimiento regulado en los artículos 116 y siguientes del mencionado reglamento general.

A los trámites iniciales, tales como la emisión de la providencia de subasta y su notificación (art. 116), así como la publicación del anuncio de subasta en el tablón de anuncios de la Seguridad Social con los requisitos relativos al contenido del mismo (art. 117), le sucederá el trámite de presentación de posturas en sobre cerrado, desarrollado este en el artículo 118 del RGRSS.

Conforme al mismo, las personas licitadoras podrán presentar sus posturas en sobre cerrado en el plazo comprendido entre la convocatoria de la subasta y el día hábil inmediatamente anterior a su celebración y debiendo ser dicho plazo de presentación de posturas de al menos 1 mes. Las posturas en sobre cerrado deberán presentarse de forma independiente para cada bien o lote de bienes, indicándose en su exterior el número de dicho bien o lote e incluyendo en su interior copia del documento nacional de identidad (o del número de identificación en caso de que la persona licitadora fuese extranjera), así como

del importe de la postura con la correspondiente firma de la persona interesada. Asimismo, de forma simultánea a la presentación de la oferta, la persona licitadora deberá constituir un depósito mediante cheque certificado, visado o conformado por la entidad bancaria por importe del 25 % del tipo establecido para la enajenación del bien.

Tal cheque será nominativo a favor de la TGSS y en él se hará constar que se garantiza la existencia de fondos suficientes en la cuenta de la persona licitadora y debiendo la entidad bancaria, en su condición de librado, retener el importe para su pago hasta un mínimo de 10 días posteriores a la fecha en la que se hagan públicas las ofertas presentadas y de esta forma garantizar su cobro a la TGSS.

Finalmente, respecto al lugar de presentación de las posturas, indica el apartado 3 del artículo 118 que tanto las ofertas como la constitución de los depósitos deberán realizarse en la sede de la Dirección Provincial de la TGSS en la que se tramite el expediente, otorgándose un justificante de la presentación de la oferta en el que constará la hora y minuto exacto de presentación de la misma, lo cual tiene una especial incidencia en la adjudicación de la subasta, ya que si coincidieran en el mismo importe dos posturas presentadas por escrito en sobre cerrado, se dará prioridad a la registrada en primer lugar.

Pregunta 9. ¿Tiene derecho doña Paloma a la prestación por desempleo? En caso afirmativo, ¿qué duración y cuantía tendría la prestación? ¿Cuáles serían las contingencias cubiertas por la entidad gestora?

Para la resolución de la pregunta novena, en primer lugar ha de determinarse el derecho de doña Paloma a acceder a la prestación contributiva por desempleo y, en caso negativo, si se cumplen los requisitos para acceder a la prestación en su modalidad asistencial.

De reunir los derechos para el acceso a la prestación contributiva, la duración vendrá determinada por los días de ocupación cotizada acreditados en los últimos 6 años. Por otro lado, para determinar la cuantía de la prestación, se debe estar no solo a la base reguladora de la prestación con sus correspondientes porcentajes, sino también a las circunstancias personales de la beneficiaria y, en concreto, a las responsabilidades familiares que acredite.

En primer lugar, respecto del derecho de doña Paloma a la percepción de la prestación contributiva, conforme al artículo 266 de la LGSS, los requisitos para el acceso a la misma son los siguientes.

Estar afiliado a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada en el momento del hecho causante. Doña Paloma, hasta la extinción de su contrato, era trabajadora de Lomansal. Se parte de la base de que la empresa había tramitado su alta en el RGRSS, pero, aun en caso contrario, el desempleo, así como las contingencias profesionales, se trata de una contingencia en la que existe una situación de alta presunta o de pleno derecho reconocida en el artículo 166.4 de la LGSS. De esta manera y conforme al artículo 167 de la

LGSS, aun faltando el alta, la trabajadora tendría derecho a la prestación, imputándose la responsabilidad y el coste de la prestación a la empresa Lomanalsa en cuanto que esta hubiese incumplido su deber de dar de alta a la trabajadora a su servicio.

El segundo requisito es la acreditación de un periodo mínimo de carencia. Concretamente, se requiere acreditar 360 días cotizados en los 6 años inmediatamente anteriores a la situación legal de desempleo. En el supuesto, la trabajadora ha prestado servicios en la empresa Lomanalsa durante 6 meses, aunque previamente había cotizado como trabajadora por cuenta ajena durante 25 meses por su trabajo anterior para una empresa de suministros y que no fueron consumidos a efectos de obtención de una prestación anterior, en cuanto que en el supuesto se menciona que doña Paloma no ha percibido prestación por desempleo en los últimos 6 años.

De esta forma, el periodo de cotización acreditado asciende a 31 meses o 930 días, a los que deberemos sumar los mencionados 5 días de vacaciones retribuidas y no disfrutadas a fecha de extinción de su contrato, que deberán considerarse en todo caso como días de cotización efectiva.

Con un total de 935 días cotizados, doña Paloma reúne ampliamente el periodo mínimo de cotización exigido. Además, el número de días de cotización acreditados tendrá incidencia en la duración de la prestación, como se verá posteriormente.

En tercer lugar, la persona beneficiaria de la prestación contributiva por desempleo ha de estar en situación legal de desempleo, acreditar disposición para buscar activamente empleo y aceptar colocación adecuada mediante la suscripción del compromiso de actividad.

La situación legal de desempleo deberá estar acreditada por escrito. En este caso, se trata de un contrato de duración determinada que llega a su fecha de finalización, requiriéndose en estos casos que el contrato no haya sido denunciado por la propia persona trabajadora. Para la acreditación por escrito, doña Paloma podrá aportar la notificación por escrito que haya podido recibir de la empresa, así como la copia de su contrato de duración determinada.

El siguiente requisito exigido es que la persona beneficiaria no tenga cumplida la edad o los requisitos que le permitieran acceder a la jubilación ordinaria. Esto es así en el presente caso, en cuanto que doña Paloma tiene solo 45 años, estando, por tanto, muy lejos de la edad ordinaria de jubilación establecida para el año 2020 de 65 años y 10 meses.

En último lugar se exige que la trabajadora se inscriba previamente como demandante de empleo antes de realizar la solicitud, siendo importante señalar que solo podrá hacerlo una vez hayan transcurrido los 5 días de vacaciones devengadas, retribuidas y no percibidas a fecha de extinción del contrato. Suponiendo que doña Paloma proceda a cumplir tal requisito tras la extinción de su contrato, se puede concluir que acredita los requisitos para la percepción de la prestación contributiva por desempleo, pasando seguidamente a analizar la duración de la misma y la cuantía.

Respecto a la duración, con 935 días cotizados y encontrándose estos en el tramo entre 900 y 1.079 días cotizados, conforme a la escala contenida en el artículo 269 de la LGSS, le corresponderían 300 días de prestación.

El siguiente paso sería averiguar el importe de la prestación, a cuyos efectos se proporciona el importe de la base de cotización mensual de doña Paloma durante todo el periodo trabajado: 2.000 euros.

Para hallar la base reguladora de la prestación ha de computarse el promedio de las bases de cotización percibidas durante los últimos 6 meses o 180 días. A tales efectos, 2.000 euros percibidos de forma constante durante 6 meses suponen una cantidad de 12.000 euros. Dividiendo entre 180 días, se obtiene una base reguladora diaria de 66,66 euros. A dicha base reguladora se le aplicará el 70 % durante los 180 primeros días de prestación, pasando a ser el 50 % del día 181 hasta su extinción el día 300.

Así, durante los 180 primeros días, doña Paloma percibirá, en principio, 46,66 euros diarios, que pasarán a ser 33,33 a partir del día 181. Sin embargo, la prestación a percibir por cada persona beneficiaria deberá estar sujeta a determinados límites mínimo y máximo en función de sus circunstancias familiares y, en concreto, a tener o no hijos/as a cargo, conforme al artículo 270.3 de la LGSS.

A estos efectos, se considerará tener hijos/as a cargo el hecho de que estos/as convivan en el hogar de la persona beneficiaria de la prestación por desempleo, sean menores de 26 años y tengan ingresos inferiores o iguales al importe del SMI con las pagas extraordinarias excluidas. Es decir, los ingresos de tales hijos/as menores de 26 años no podrán superar el 100 % del SMI anual percibido en 12 mensualidades, cantidad que asciende actualmente a 11.400 euros. En el caso de doña Paloma, su hijo Carlos cumple estos requisitos, ya que es menor de 26 años y no percibe ingresos. Sin embargo, su hijo Daniel, aun siendo menor de 26 años, percibe unos ingresos brutos mensuales de 1.400 euros, estando actualmente el SMI fijado en 950 euros mensuales, por lo que podemos deducir que Daniel no se encuentra a cargo.

Por tanto y a estos efectos, doña Paloma solo tiene un único hijo a cargo. Esto tendrá como consecuencia que el límite mínimo de la prestación a percibir será el 107 % del indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM) mensual, mientras que la prestación no podrá superar como límite máximo el 200 % de dicho IPREM mensual.

Aunque el artículo 270.3 de la LGSS no lo especifica, el IPREM a tener en cuenta para la determinación de los importes mínimo y máximo de la prestación por desempleo en función de los hijos/as a cargo será el computado en 14 pagas anuales. Siendo objeto de publicación anual en la correspondiente ley de presupuestos generales del Estado o documento legislativo equivalente, para el año 2020 el importe del IPREM mensual asciende a 537,84 euros. Computado conforme a 14 pagas anuales, la cantidad de dicho IPREM ascendería a 626,63 euros mensuales o 20,89 euros al día.

Por tanto, el importe mínimo de la prestación de doña Paloma, al tener al menos un hijo a cargo, se encuentra en el 107 % del IPREM mensual computado en 14 pagas o 626,63 euros, lo que equivale a 670,49 euros al mes. Su importe máximo, al considerarse un solo hijo a cargo, se encuentra en el 200 % de dicho IPREM mensual o 1.253,26 euros al mes. En cómputo diario y percibiéndose en todo caso la prestación por desempleo conforme a mensualidades de 30 días (independientemente de los días naturales efectivos de cada mes), esto implicaría que la prestación diaria a percibir no podrá ser inferior a 22,35 ni superior a 41,77 euros.

Como se mencionó anteriormente, durante los 180 primeros días, doña Paloma percibiría, en principio, 46,66 euros diarios, pasando a ser 33,33 euros a partir del día 181. Dado que la prestación de doña Paloma, aun desde el día 181 de prestación, siempre se mantendrá por encima del mínimo diario de 22,35 euros, pero el importe máximo de su prestación deberá limitarse en función del número de hijos a cargo, pasando de ser de los teóricos 46,66 euros al día a 41,77 euros efectivos diarios, a fin de no rebasar su límite máximo conforme a un solo hijo a cargo.

Finalmente, respecto a las contingencias cubiertas por la entidad gestora, en este caso el Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE), además de la prestación económica, durante todo el tiempo que la trabajadora tenga derecho a su percepción, el SPEE cotizará a su favor por todas las contingencias comunes y con base en la misma base reguladora reconocida de la prestación (es decir, el promedio de las bases de cotización de los últimos 6 meses) y no del importe de la prestación en sí. De esta manera, la entidad gestora asumirá la cuota correspondiente a la parte empresarial, mientras que la parte de cuota correspondiente a la trabajadora será deducida del importe mensual de su prestación, a fin de hacer efectivo su ingreso.

En cambio, la acción protectora no alcanzará a las contingencias profesionales ni a los conceptos de recaudación conjunta (desempleo, Fogasa y formación profesional), por lo que estos no serán objeto de cotización durante el periodo de percepción de la prestación.

Pregunta 10. Justificar si doña Verónica puede causar alguna de las prestaciones económicas de muerte y supervivencia a favor de su hijo. En caso afirmativo, indique su cuantía y su duración.

Partiendo del hecho de que doña Verónica en el momento de su fallecimiento no había figurado en alta en ningún régimen del sistema de Seguridad Social, queda descartada la posibilidad de que pueda causar una pensión contributiva de orfandad siendo beneficiario de ella su hijo, en cuanto que no quedaría cumplido el requisito de hallarse la causante en alta o en situación asimilada en el momento del hecho causante o fallecimiento. Dicho lo anterior, cabe analizar si se cumplen los requisitos para causar una prestación de orfandad, de carácter no contributivo, de reciente creación e introducida por la Ley 3/2019, de 1 de marzo, de mejora de la situación de orfandad de las hijas e hijos de víctimas de violencia de género y otras formas de violencia contra la mujer.

Conforme a esta y modificando el artículo 224 de la LGSS, tendrán derecho a la prestación de orfandad los hijos e hijas de la causante fallecida, cualquiera que sea la naturaleza de su filiación, cuando el fallecimiento se produzca a consecuencia de violencia contra la mujer, en los términos en los que se defina por la ley o por los instrumentos internacionales ratificados por España, siempre que se hallen en circunstancias equiparables a una orfandad absoluta y no reúnan los requisitos necesarios para causar pensión de orfandad.

A estos efectos, hay que tener en cuenta que para causar una pensión de orfandad no se requiere ningún periodo mínimo de cotización, bastando únicamente con el hecho de encontrarse en alta o situación asimilada a ella en el momento del hecho causante o bien, en caso de fallecimiento desde no alta, acreditar una carencia de al menos 15 años.

Aplicando estos requisitos al caso de doña Verónica y su hijo, se puede deducir lo siguiente.

Respecto a los requisitos de la causante, doña Verónica fallece a consecuencia de violencia contra la mujer, en cuanto que ello quedó acreditado mediante sentencia firme al haber sido condenado por homicidio su cónyuge don José. Es, por tanto, requisito que la causante no estuviera en alta o situación asimilada o bien no acreditara una carencia mínima de 15 años en el momento de su fallecimiento, siendo este el caso de doña Verónica.

En cuanto a los requisitos del beneficiario, el hijo de doña Verónica nació el 19 de diciembre de 1994, por lo que, a fecha del fallecimiento de su madre el día 15 de octubre de 2019, era aún menor de 25 años, en cuanto que cumplió esta edad el 19 de diciembre de 2019. El hijo no dispone de rentas al no realizar ningún trabajo, pero está cursando estudios oficiales, al estar matriculado en una universidad durante el año académico 2019/2020. Finalmente, de los datos del caso se puede deducir que el hijo se halla en una circunstancia equiparable a la orfandad absoluta, puesto que su única progenitora conocida era doña Verónica.

Respecto a la cuantía y duración de la prestación de orfandad, conforme a la legislación vigente, la cantidad a otorgar en principio será el 20 % de la base mínima de cotización vigente, si bien se otorgará el 70 % de la misma condicionada a que los rendimientos de la unidad familiar de convivencia en la que quede la persona huérfana (esta incluida), divididos entre el número de miembros de la unidad, no superen el 75 % del SMI anual, excluidas dos pagas extraordinarias. Esta cantidad, teniendo en cuenta que el SMI actual es de 950 euros mensuales, quedaría fijada en 8.550 euros.

El beneficiario percibirá 12 meses de prestación y, concretamente, hasta el mes de octubre de 2020. A estos efectos hay que tener en cuenta que el huérfano está cursando estudios y, conforme a la legislación establecida, tiene derecho a percibir la prestación hasta el mes siguiente al inicio del siguiente curso académico. En este caso, el siguiente curso académico sería el curso 2020/2021, que comenzó en septiembre de 2020, motivo por el cual percibirá la prestación hasta octubre de 2020 (este incluido).

Pregunta 11. ¿Qué requisitos deberá cumplir para acceder a la pensión de jubilación? Teniendo en cuenta que para el año 2020, con menos de 37 años cotizados, se exige para acceder a la jubilación ordinaria una edad de 65 años y 10 meses, ¿qué porcentajes se le aplicarán para calcular su pensión? Explique si tendrá derecho a algún complemento.

Para acceder a la pensión de jubilación, a doña Yolanda se le exigirán los siguientes requisitos.

En primer lugar, encontrarse en situación de alta o situación asimilada al alta en el momento de producirse el hecho causante. En este caso, se puede considerar que doña Yolanda cumple este requisito, en cuanto que ella se encuentra en ese momento trabajando para la empresa Lomanalsa y, por tanto, se puede presumir que la empresa tramitó en su momento el alta de la trabajadora.

En segundo lugar, a doña Yolanda se le exigirá reunir el periodo de carencia para el acceso a la jubilación, siendo este de 15 años, 2 de los cuales deberán estar comprendidos en los últimos 15 años. Este segundo requisito queda, asimismo, cumplido en cuanto que la trabajadora acredita un total de 24 años cotizados y, puesto que lleva 3 años trabajando para Lomanalsa, la carencia específica (al menos 2 años comprendidos dentro de los últimos 15) quedaría, asimismo, acreditada.

En tercer lugar, la trabajadora deberá tener cumplida una determinada edad si desea acceder a la jubilación, dependiendo dicha edad del periodo de cotización acreditado por la trabajadora, en su caso 24 años. Conforme indica el enunciado, para el año 2020, con menos de 37 años cotizados, se exige para acceder a la jubilación ordinaria una edad de 65 años y 10 meses. En el caso de doña Yolanda, ella ya ha cumplido 68 años, por lo que el tercer requisito quedaría, asimismo, acreditado.

Finalmente, para acceder a la pensión de jubilación deberá producirse el hecho causante, siendo este para las personas trabajadoras en alta producirse el cese en el trabajo, ello sin perjuicio de que en algunos casos y reuniendo los requisitos legales sea posible compatibilizar la pensión de jubilación (o un porcentaje de ella) con la realización de una actividad por cuenta ajena o propia.

De esta manera, independientemente de si doña Yolanda solicita la pensión de jubilación en un momento posterior, para acceder a su pensión deberá cesar en el trabajo, siendo la retroactividad máxima de su pensión de 3 meses y produciéndose los efectos económicos desde el día siguiente a aquel que cesó en su trabajo.

Habiendo determinado que doña Yolanda tendrá derecho a percibir su pensión de jubilación una vez cese en su trabajo, se pasa a analizar qué porcentajes se aplicarán a su pensión, siendo preciso a estos efectos hacer una pequeña referencia (aunque no es objeto de pregunta en el presente caso práctico) a la base reguladora de la pensión de jubilación

en cuanto que la cuantía determinada de su pensión se hallará aplicando a la base reguladora un porcentaje determinado.

En aplicación de la disposición transitoria octava de la LGSS, para el año 2020, la base reguladora estará conformada por la suma de las bases de cotización de los 276 meses inmediatamente anteriores al mes previo al hecho causante, a dividir entre 322. En este caso carecemos de datos para el cálculo de la base reguladora.

El porcentaje aplicable a la base reguladora al que doña Yolanda tiene derecho dependerá de sus años de cotización acreditados y, asimismo, sometido a legislación transitoria. Conforme a la disposición transitoria novena de la LGSS, por los 15 primeros años cotizados se otorga un 50 % y, a partir del decimosexto año, por los meses comprendidos entre el 1 y el 106, se otorgará un 0,21 % adicional por mes, y, por los 146 meses restantes, se otorgará un 0,19 % adicional por mes.

Así, puesto que la trabajadora acredita 24 años, una vez descontados los 15 primeros años que suponen el 50 % de la base reguladora, debemos calcular el porcentaje correspondiente a los 9 años o 108 meses restantes. De esta forma, por los siguientes 106 meses, le correspondería la aplicación de un 22,26 %, y, por los 2 meses restantes, un 0,38 %.

Por tanto, a la trabajadora le correspondería en principio el 72,64 % de la base reguladora. Sin embargo, hemos de tener en cuenta que, habiendo podido acceder a la jubilación a los 65 años y 10 meses, en cuanto que a dicha fecha reunía todos los requisitos, ella accedió teniendo 68 años, es decir, demoró su acceso a la jubilación en 2 años completos.

Esta situación de jubilación demorada queda recogida en el artículo 210.2 de la LGSS y supone que, cuando se acceda a la jubilación a una edad superior a la ordinaria y siempre que al cumplir dicha edad se hubiera reunido el periodo mínimo de cotización, se reconocerá un porcentaje adicional por cada año completo cotizado desde que se cumplió la edad ordinaria de acceso hasta la fecha del hecho causante.

Este porcentaje dependerá del total de años cotizados, correspondiendo un 2 % adicional por cada año completo de demora a aquellas personas trabajadoras que acrediten hasta 25 años cotizados, como es el caso de doña Yolanda. Por tanto, al porcentaje del 72,64 % anteriormente mencionado habrá que añadir un 4 % adicional correspondiente a los 2 años completos de demora en el acceso a su pensión, por lo que se puede concluir que a la base reguladora de la pensión de doña Yolanda le corresponderá el 76,64 % de la misma.

Finalmente, se ha de tener en cuenta que, con anterioridad al hecho causante de la pensión, doña Yolanda tuvo dos hijos, siendo a estos efectos irrelevante su filiación (en cuanto que se menciona que uno de los hijos es biológico y el otro adoptado). Así, debido a la aportación demográfica realizada por doña Yolanda correspondiente a dos hijos, esta tendrá derecho a que la cuantía inicial de su pensión se incremente en un 5 %, aplicándose de esta manera el complemento por maternidad establecido en el artículo 60 de la LGSS.

Pregunta 12. ¿Podría acceder a esta modalidad de jubilación activa? Razone su respuesta. Suponiendo que pudiese acceder a la jubilación activa y las cuantías de la pensión de don Alberto fueran las que se indican a continuación, ¿cómo afectaría la situación de compatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo a las cuantías de la pensión de jubilación?

- Pensión: 150 euros.
- Revalorizaciones: 40 euros.
- Complementos a mínimos: 458,70 euros.

Para determinar si don Alberto podrá acceder, dadas sus circunstancias, a la jubilación activa, en primer lugar es preciso determinar si se cumplen los requisitos recogidos en el artículo 214 de la LGSS para su acceso. Conforme a este artículo, se requerirá haber accedido a la pensión con la edad de jubilación ordinaria sin la aplicación de ningún coeficiente reductor, así como acreditar el 100 % del porcentaje aplicable a la base reguladora.

Respecto a este último requisito y teniendo en cuenta que, en 2020, conforme a la citada disposición transitoria novena de la LGSS, el 100 % de la base reguladora de la pensión de jubilación se alcanza al acreditar al menos 36 años cotizados, puesto que don Alberto reúne 38 años de cotización, tal requisito quedaría, sin duda, acreditado.

Más problemático resulta, en cambio, el primer requisito, por el que se exige haber accedido a la jubilación con la edad de jubilación ordinaria y sin la aplicación de ningún tipo de coeficiente reductor. Se menciona que don Alberto acredita 1 año de coeficiente reductor de la edad de jubilación a causa de su cotización en el RETMAR, lo que, con base en el artículo 206 de la LGSS le permitiría acceder a la jubilación ordinaria a los 64 años, y ello sin la aplicación de ningún coeficiente reductor de la cuantía de su pensión. Ello es debido a que, en 2020, el acceso a la jubilación de aquellas personas que acrediten al menos 37 años de cotización podrá producirse a los 65 años. Puesto que don Alberto tiene, por su periodo de cotización en el RETMAR, derecho a la aplicación de un coeficiente reductor de 1 año, podrá acceder a la jubilación ordinaria en el momento de cumplir los 64 años y sin experimentar por ello ninguna penalización en la cuantía de su pensión.

Sin embargo, de hacerlo así traería importantes consecuencias a don Alberto. De esta manera, en caso de que finalmente opte por jubilarse ordinariamente a los 64 años, la consecuencia sería no poder acceder posteriormente a la jubilación activa, en cuanto que es requisito que no se haya aplicado ningún coeficiente reductor de la edad.

Por el contrario, si don Alberto decide esperar a cumplir los 65 años y jubilarse a partir de este momento, ya no habrá anticipado su acceso a la jubilación ordinaria, por lo que posteriormente reunirá todos los requisitos para causar la jubilación activa.

Suponiendo que don Alberto decida jubilarse una vez cumpla los 65 años y, por tanto, poder causar la jubilación activa, esta implicaría poder compatibilizar el 50 % de la pensión resultante con el trabajo, que podrá ser por cuenta ajena o propia y a tiempo completo o parcial.

Dado que el pensionista percibe 190 euros (150 de pensión inicial, más 40 € de revalorización), su pensión se reduciría en el 50 %, quedando fijada en 95 euros mensuales, debiendo suspenderse los complementos a mínimos durante el tiempo que el pensionista se encuentre en situación de jubilación activa, pues dichos complementos no resultan compatibles con la misma.

Pregunta 13. ¿En qué fecha se inicia la prestación por riesgo durante el embarazo y cuándo termina? ¿Qué entidad gestiona y paga esta prestación?

En el caso de doña Ascensión, la prestación por riesgo durante el embarazo se causa en el momento en el que el trabajo realizado por la trabajadora embarazada, debido a los agentes presentes en su lugar de trabajo o a las condiciones del puesto, supone un riesgo para su salud o la del feto, no pudiendo la empresa ofrecerle un puesto de trabajo compatible con su estado.

De esta forma se procede a suspender su contrato de trabajo el 15 de enero de 2020, en los términos del artículo 45.1 e) del texto refundido del Estatuto de los Trabajadores (ET) y finalizando el día anterior a la fecha de parto. Es decir, la prestación por riesgo durante el embarazo se iniciará el día 15 de enero de 2020 (fecha de la suspensión del contrato de trabajo) y finalizará el 19 de febrero de 2020, ya que, desde el 20 de febrero o fecha del parto, doña Ascensión presumiblemente tendrá derecho a causar la prestación por nacimiento y cuidado del menor si reúne los requisitos para ello (fundamentalmente, encontrarse en alta y reunir la carencia requerida conforme a su edad).

En este sentido, es preciso mencionar que la prestación por riesgo durante el embarazo, a diferencia de la mencionada prestación por nacimiento y cuidado del menor, se trata de una contingencia profesional. Como tal no se requerirá ningún periodo mínimo de cotización o periodo de carencia, así como la existencia de una situación de alta presunta o de pleno derecho, aun si la empresa hubiera incumplido su obligación de dar de alta a la trabajadora.

Finalmente, la entidad encargada de gestionar y pagar esta prestación será la mutua colaboradora con la Seguridad Social, en cuanto que en el enunciado se especifica que la empresa ha concertado la protección de las contingencias profesionales con una mutua.

La gestión de la prestación por riesgo durante el embarazo está incluida en el ámbito de colaboración en la gestión que ejercen las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, que se extiende, asimismo, a la gestión de las prestaciones económicas y la prestación de asistencia sanitaria derivada de contingencias profesionales, la gestión de la prestación

económica por IT derivada de contingencias comunes, la prestación por riesgo durante la lactancia natural, la prestación por cese de actividad de las personas trabajadoras autónomas, así como la prestación para el cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave.

De esta manera, el pago de la prestación será realizado por la mutua en régimen de pago directo, en cuanto que en nuestra legislación solo se prevé el pago delegado en las contingencias de IT y desempleo parcial.

Pregunta 14. ¿En qué caso esta resolución puede ser provisional de acuerdo con lo establecido en la Ley general de la Seguridad Social (LGSS)? ¿Puede emitirse posteriormente una resolución definitiva? Y si es así, ¿por qué? ¿Deviene definitiva la resolución provisional por el transcurso del tiempo?

Para responder a la penúltima pregunta planteada en este caso práctico se ha de estar al artículo 179.2 de la LGSS, aunque conviene, a modo de introducción, recordar la forma de determinación de la cuantía de la prestación por nacimiento y cuidado del menor. En este sentido, para las personas trabajadoras a tiempo completo, la base reguladora de la prestación será la misma establecida para la IT derivada de contingencias comunes y tomando como referencia la fecha de inicio del descanso.

Así, la base reguladora de la prestación estará conformada por la base de cotización por contingencias comunes de la persona beneficiaria en el mes anterior, dividida entre el número de días de cotización del mes (que usualmente será 30 si la persona trabajadora tiene cotización mensual). La prestación consistirá en un subsidio equivalente al 100 % de la citada base reguladora.

Conforme al citado artículo 179.2 de la LGSS, la prestación por nacimiento y cuidado del menor podrá reconocerse por el INSS mediante resolución provisional teniendo en cuenta la última base de cotización por contingencias comunes que conste en las bases corporativas del sistema, en tanto no esté incorporada a las mismas la base de cotización por contingencias comunes correspondiente al mes inmediatamente anterior al del inicio del descanso; circunstancia que sucede en el caso planteado, ya que, si el parto se produce el 18 de febrero de 2020, la liquidación de las cotizaciones del mes anterior no se producirá hasta el 29 de febrero de 2020, no teniendo conocimiento el INSS de las correspondientes bases de cotización hasta que transcurra un periodo posterior. Si posteriormente se comprobase que la base de cotización por contingencias comunes del mes inmediatamente anterior al del inicio del descanso fuese diferente a la utilizada en la resolución provisional, se recalculará la prestación y se emitirá resolución definitiva. Por el contrario, si la base no hubiese variado, la resolución provisional devendrá definitiva en un plazo de 3 meses desde su emisión.

Pregunta 15. ¿Es necesario que ambos progenitores reduzcan su jornada de trabajo? ¿Pueden percibir la prestación ambos progenitores o solo uno de ellos? Indique la fecha de inicio y de fin de la prestación si es reconocida en su duración máxima.

La reciente prestación por corresponsabilidad en el cuidado del lactante, recogida en los artículos 183 a 185 de la LGSS, aunque aún a falta del correspondiente desarrollo reglamentario, efectivamente exige que ambas personas progenitoras se encuentren en alta y trabajando y que ambas reduzcan su jornada de trabajo en la misma duración y de forma sucesiva, para de esta manera ejercitar su derecho de forma corresponsable. El término «corresponsable» implica que, mientras dure la prestación, unos meses podrá ejercer su derecho una de las personas progenitoras y otros meses otra, sucesivamente y debiendo ambas turnarse en el cuidado del menor. Es decir, cuando en ambas personas progenitoras concurren las circunstancias para ser persona beneficiaria, el derecho a percibir la prestación solo se reconocerá simultáneamente a una de ellas, aunque podrán (y, de hecho, deberán) ejercitarlo ambas de forma sucesiva.

Para el acceso al derecho, se exigen los mismos requisitos que los establecidos para la prestación por nacimiento y cuidado del menor. De esta manera, ambas personas progenitoras deberán estar en alta o situación asimilada y reunir la carencia exigida conforme a su edad correspondiente. Del mismo modo, la prestación consiste en un subsidio equivalente al 100 % de la base reguladora establecida para la prestación por nacimiento y cuidado del menor y en proporción a la reducción que experimente la jornada de trabajo de cada persona progenitora.

La fecha de inicio de la prestación comienza al cumplir el/la lactante los 9 meses, momento en el cual se extingue el permiso por lactancia reconocido en el artículo 37.4 del ET. Conforme a este último, se concede al trabajador o a la trabajadora un permiso para ausentarse de su puesto de trabajo durante 1 hora al día, que, a su vez, puede dividirse en dos fracciones de media hora, hasta la fecha en la que la persona lactante cumpla los 9 meses. Asimismo, podrá acumularse en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o acuerdo individual con la empresa.

De esta forma, la prestación por corresponsabilidad en el cuidado del lactante implica, mediante el reconocimiento de la prestación de Seguridad Social, la continuación del permiso retribuido reconocido por el ET a partir de los 9 meses de edad de la persona menor y extinguiéndose la prestación al cumplir esta los 12 meses, si bien, a diferencia del permiso hasta que el/la menor lactante cumpla 9 meses, la continuación del mismo conlleva una reducción del salario; reducción que se compensa con la prestación de la Seguridad Social.

Aplicando lo anterior al caso de doña Ascensión y su marido, y sabiendo que el parto se produjo el 20 de febrero de 2020, el permiso de lactancia reconocido en el ET finalizará el 20 de noviembre de 2020, comenzando entonces la prestación por corresponsabilidad en el cuidado del lactante y extinguiéndose esta al cumplir los 12 meses de edad el/la menor el 20 de febrero de 2021.

Inteligencia emocional y bienestar laboral: un estudio de mediación moderada

Pablo González Rico

Doctor en Psicología. Universidad CEU San Pablo (Madrid)
pablo.gonzalezrico@ceu.es | <https://orcid.org/0000-0003-0498-0248>

Eloísa Guerrero Barona

Doctora en Psicología. Universidad de Extremadura (Badajoz)
eloisa@unex.es | <https://orcid.org/0000-0003-3907-7796>

María José Chambel

Doctora en Psicología. Universidade de Lisboa (Lisboa)
mjchambel@psicologia.ulisboa.pt | <https://orcid.org/0000-0001-6588-7034>

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Manuel Fernández Ríos, doña Eva Cifre Gallego, don Antonio Ortega Parra, doña Vanesa Pérez Torres, don José Ramos López, don Alfredo Rodríguez Muñoz y doña Raquel Sanz Valle.

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

Extracto

El objetivo de este estudio es doble: analizar el rol mediador del bienestar laboral, entendido como la coexistencia de *burnout* y de *engagement*, en la relación entre la satisfacción con el trabajo y la satisfacción con la vida, y observar el efecto moderador de la inteligencia emocional sobre la relación satisfacción con el trabajo-bienestar laboral. Los datos se obtienen de una muestra representativa (N = 585) de la Universidad de Extremadura (España): personal docente e investigador (PDI) y personal de administración y servicios (PAS). Se realizaron análisis de mediación simple y de mediación moderada. Los resultados muestran que la relación entre la satisfacción laboral y la satisfacción con la vida está mediada por el bienestar laboral y que también existe una relación directa entre ambos constructos en los dos colectivos analizados, a excepción del *engagement* en el PDI, que ejerce de mediador total en la relación entre la satisfacción laboral y la satisfacción con la vida. Además, se observa que la inteligencia emocional atenúa la relación negativa existente entre la satisfacción laboral y el *burnout* en el PAS. Se discuten estos hallazgos, sus implicaciones prácticas y se proponen líneas de investigación futuras.

Palabras clave: satisfacción; *burnout*; *engagement*; inteligencia emocional; personal universitario.

Fecha de entrada: 01-06-2020 / Fecha de aceptación: 18-09-2020

Cómo citar: González Rico, Pablo; Guerrero Barona, Eloísa y Chambel, María José. (2021). Inteligencia emocional y bienestar laboral: un estudio de mediación moderada. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 454, 207-230.



Emotional intelligence and well-being at work: a moderated mediation study

Pablo González Rico

Eloísa Guerrero Barona

María José Chambel

Abstract

This study are two objectives: to analyze the mediating role of work well-being, understood as the coexistence of burnout and engagement, in the relationship between job satisfaction and life satisfaction and to observe the moderating effect of emotional intelligence on the relationship job satisfaction-well-being at work. Data come from a representative sample of workers (N=585) at the University of Extremadura (Spain), both teaching and research academic staff (TRAS) such as service and administrative staff (SAS). Simple mediation and moderate mediation analysis were performed. The results show that the relationship between job satisfaction and satisfaction with life is mediated by well-being at work and that there is also a direct relationship between both constructs in the two groups analyzed, with the exception of engagement in the PDI, which acts as a mediator total in the relationship between job satisfaction and life satisfaction. Furthermore, it is observed that emotional intelligence attenuates the negative relationship between job satisfaction and burnout in SAS. These findings and their practical implications are discussed and future lines of research are proposed.

Keywords: satisfaction; burnout; engagement; emotional intelligence; university workers.

Citation: González Rico, Pablo; Guerrero Barona, Eloísa y Chambel, María José. (2021). Emotional intelligence and well-being at work: a moderated mediation study. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 454, 207-230.



Sumario

1. Bienestar laboral como mediador entre la satisfacción laboral y la satisfacción con la vida
 2. Inteligencia emocional como moderador sobre la relación satisfacción laboral-bienestar en el trabajo
 3. Método
 - 3.1. Participantes y procedimiento
 4. Instrumentos
 - 4.1. Satisfacción laboral
 - 4.2. *Burnout*
 - 4.3. *Engagement*
 - 4.4. Satisfacción con la vida
 - 4.5. Inteligencia emocional
 - 4.6. Variables control
 5. Análisis estadístico
 6. Resultados
 - 6.1. Mediación
 - 6.2. Mediación moderada
 7. Discusión
- Referencias bibliográficas

1. Bienestar laboral como mediador entre la satisfacción laboral y la satisfacción con la vida

El bienestar en el trabajo se puede entender a través del *burnout* y el *engagement* (Hakanen *et al.*, 2006). Cada vez hay más autores y autoras que apoyan la idea de que estudiar el bienestar en el trabajo no debe limitarse únicamente a estudiar los factores negativos (y las estrategias para «hacer frente») que lo producen, sino que también se deben analizar juntas las respuestas, positivas y negativas, que ocurren en el trabajo (Lazarus y Folkman, 1984). Podría considerarse, por tanto, que el estudio del bienestar en el trabajo solo se considera completo si se estudia desde ambos prismas, positivo y negativo.

Además, Folkman y Moskowitz (2000) apoyaron la idea de que una reacción positiva y una reacción negativa podrían coexistir durante un periodo de tiempo estresante. La investigación sobre el modelo JD-R (*job demands-resources model*) ha demostrado que el *burnout* y el *engagement* pueden ocurrir simultáneamente, por ejemplo, en personal de enfermería (Matziari *et al.*, 2017), personas trabajadoras de banca (Auh *et al.*, 2016) o profesionales de recursos humanos (Chambel y Peiró Silla, 2011).

Schaufeli y Enzmann (1998), partiendo de la clásica definición del *burnout* de Maslach y Jackson (1981), consideran que el *burnout* es un síndrome tridimensional que se caracteriza por agotamiento emocional, cinismo y falta de realización profesional. El agotamiento emocional se refiere a la pérdida de recursos emocionales provocados por las demandas interpersonales. Por su parte, el cinismo alude al sentimiento de indiferencia hacia el trabajo, así como a dudar sobre la importancia del mismo. Por último, la falta de realización profesional hace referencia a la predisposición a evaluar el trabajo realizado por uno mismo hacia los demás de manera negativa, y recelar de la efectividad del mismo.

Engagement es un concepto que surgió de la necesidad de encontrar un constructo en contraste con el de *burnout*, pero que no fuese exactamente lo opuesto, ya que lo forman diferentes dimensiones relacionadas con el trabajo, son evaluados de manera distinta e incluso pueden coocurrir de manera simultánea (Demerouti *et al.*, 2010). Puede definirse como «un estado psicológico positivo relacionado con el trabajo y que se caracteriza por vigor, dedicación y absorción o concentración en el trabajo» (Schaufeli *et al.*, 2002, p. 79). Vigor se caracteriza por elevados niveles de energía, resistencia y activación mental mientras se trabaja, manteniendo la creencia en lo que se hace y en poder superar cualquier obstáculo que se presente en el camino. Dedicación se refiere a la implicación que la persona tiene en su trabajo, a un alto orgullo por el trabajo que realiza y a involucrarse en las tareas de

trabajo. Finalmente, absorción hace referencia a la concentración en el trabajo, y a disfrutar realizando las tareas hasta el punto de que puede resultar complicado desconectar del propio trabajo (Torrente Barberà *et al.*, 2012).

Hoy en día, el estudio del *burnout* y del *engagement* se ha extendido prácticamente a todos los grupos profesionales, como, por ejemplo, en profesiones de la salud (Upadyaya *et al.*, 2016), en policías (Kulikowski, 2019) y en profesorado no universitario (Salmela-Aro *et al.*, 2019).

Centrándose en el sector educativo, que ocupa este estudio, la universidad ha sido menos explorada a nivel del personal docente e investigador (PDI), y prácticamente no tiene investigación en personal de administración y servicios (PAS) en las variables contempladas. No obstante, se han encontrado evidencias de que tanto el PDI como el PAS presentan indicadores de *burnout*, y es el PDI quien presenta puntuaciones más altas (Mesurado y Laudadio, 2019).

Resulta relevante hacer diferenciación entre ambos grupos profesionales dentro del ámbito universitario, puesto que, en el caso del PDI, tienen una serie de demandas diferentes para la enseñanza de los niveles de primaria o secundaria, como sobrecarga de trabajo producida por las muchas tareas a realizar (tiempo de enseñanza, tareas de gestión y actividad de investigación), el conflicto de roles que surge de tareas tales como cambios organizativos diferentes marcados por la adaptación al Espacio Europeo de Educación Superior y la presión del tiempo debida a la imposición de plazos para satisfacer las demandas laborales.

Independientemente del nivel de educación, educación primaria, secundaria o universitaria (Kokkinos, 2007), existe un consenso de que el profesorado es vulnerable a sufrir malestar laboral y presentar demandas laborales asociadas con el *burnout* (Hakanen *et al.*, 2006).

En consecuencia, se espera que en este estudio el *burnout* y el *engagement* ocurran simultáneamente como indicadores de bienestar en el trabajo y también se espera proporcionar información sobre estos dos grupos profesionales.

En la literatura científica se pueden encontrar numerosos trabajos que tratan de identificar los antecedentes y consecuentes del síndrome de *burnout*. Con respecto a los antecedentes parece que las variables organizacionales tienen gran responsabilidad en la aparición del síndrome (Maslach *et al.*, 2001), así como la sobrecarga de trabajo y la falta de apoyo social (Gabel-Shemueli *et al.*, 2015). Por el contrario, existen otras variables que parecen atenuar la aparición del síndrome, como es la satisfacción laboral (Lee *et al.*, 2011). Con respecto a las consecuencias, encontrarse quemado por el trabajo puede acarrear problemas para la organización, tales como menor rendimiento laboral (Babakus *et al.*, 2009), incluso, intención de abandonar la profesión (Schaufeli y Bakker, 2004). Asimismo, padecer síndrome de *burnout* puede repercutir de manera negativa en la salud de la persona trabajadora (Schaufeli y Bakker, 2004), así como en la percepción del grado de satisfacción con la vida

que la persona tiene fuera de su contexto de trabajo, es decir, el *burnout* parece predecir un bajo nivel de satisfacción con la vida (Lewis *et al.*, 2011).

De la misma manera, existen numerosos estudios que tratan de identificar los antecedentes y consecuentes del *engagement*. Ha sido estudiado relacionado directamente con actitudes positivas hacia las organizaciones, tales como la satisfacción laboral o las escasas intenciones de rotación (Schaufeli y Bakker, 2004). Además, aquellas personas trabajadoras que presentan elevados niveles de *engagement* son capaces de afrontar de manera satisfactoria las acciones que afectan directamente a sus vidas (Xanthopoulou *et al.*, 2009), así como conseguir una mejor conciliación con la vida familiar y laboral (Salanova Soria *et al.*, 2000).

En vista de los datos expuestos, en este estudio se analizará la satisfacción laboral como posible predictor del bienestar en el trabajo (*burnout* y *engagement*) y, además, se determinará la influencia del bienestar en el trabajo sobre la satisfacción con la vida. La satisfacción laboral se refiere al sentimiento positivo que las personas empleadas experimentan por o hacia su trabajo (Skaalvik y Skaalvik, 2013), mientras que la satisfacción con la vida ha sido definida como la evaluación cognitiva de la satisfacción general que una persona tiene con su vida (Erdogan *et al.*, 2012), encontrándose además negativamente relacionada con el *burnout* y positivamente con el *engagement* (Upadyaya *et al.*, 2016).

Por otro lado, las personas que se encuentran satisfechas con su trabajo pueden contagiar de estos sentimientos positivos su vida fuera del contexto laboral, aumentando así la satisfacción con su vida (Hakanen y Schaufeli, 2012). Esta es una de las razones por las que se han llevado a cabo estudios que han tratado de relacionar la satisfacción laboral y la satisfacción con la vida, encontrándose una asociación directa y positiva entre ellas (Lambert *et al.*, 2013).

En resumen, la satisfacción laboral parece estar relacionada con el *burnout* y con el *engagement*, y estos, a su vez, mantener una relación con la satisfacción con la vida; por ello, en el presente estudio se considera que el bienestar en el trabajo podría actuar como mediador entre la satisfacción laboral y la satisfacción con la vida. Este estudio tiene carácter exploratorio, puesto que no se han encontrado investigaciones previas similares que consideren estos constructos en estos grupos profesionales.

Hipótesis 1: «La relación entre la satisfacción laboral y la satisfacción con la vida está mediada por el bienestar en el trabajo en los dos grupos profesionales considerados (PDI y PAS)».

Hipótesis 1a: «La relación entre la satisfacción laboral y la satisfacción con la vida está mediada por el *burnout* en los dos grupos profesionales considerados (PDI y PAS)».

Hipótesis 1b: «La relación entre la satisfacción laboral y la satisfacción con la vida está mediada por el *engagement* en los dos grupos profesionales considerados (PDI y PAS)».

2. Inteligencia emocional como moderador sobre la relación satisfacción laboral-bienestar en el trabajo

Desde que Salovey y Mayer (1990) desarrollaran el concepto de «inteligencia emocional» han surgido muchos trabajos que han tratado de analizar su influencia sobre el bienestar y sobre la optimización psicológica personal e interpersonal (Lizeretti y Rodríguez, 2011). La inteligencia emocional se refiere a la capacidad de reconocer y regular nuestras propias emociones y detectar e interpretar las de los demás, logrando diferenciarlas entre ellas, y utilizar dicha información para guiar nuestros pensamientos y acciones (Salovey y Mayer, 1990).

Durante los últimos años han aumentado exponencialmente los estudios sobre inteligencia emocional y se ha comprobado que tiene influencia positiva sobre gran variedad de conductas laborales, tales como el trabajo en equipo, la innovación de las personas trabajadoras, la calidad del servicio y la lealtad a la clientela (Zeidner *et al.*, 2004). Ser conscientes de nuestras emociones puede contribuir a regular el estrés y las emociones negativas y, también, puede mejorar el rendimiento laboral (Kafetsios y Zampetakis, 2008).

Algunos trabajos han destacado la relación entre el *burnout* y factores emocionales (Pishghadam y Sahebjam, 2012). En el contexto educativo, Chang (2009) recalca la importancia que tiene avanzar en la investigación de la relación entre la inteligencia emocional y el *burnout* en el profesorado. Aquellos profesores y profesoras con una alta inteligencia emocional serán menos vulnerables a padecer *burnout* (Chan, 2006). Mortiboys (2005) plantea que los profesores y profesoras con alta inteligencia emocional serán capaces de reconocer las emociones de sus estudiantes, desarrollar actitudes positivas hacia ellos y lograr sentirse competentes a la hora de ayudar a su alumnado. También con una muestra de docentes, Pishghadam y Sahebjam (2012) mostraron que bajas puntuaciones en agotamiento emocional y despersonalización están asociadas con una alta inteligencia emocional.

En el ámbito universitario, la investigación sobre este constructo continúa siendo escasa tanto en profesorado (Augusto-Landa *et al.*, 2006) como en personal de administración y servicios (Adeyemo y Ogunyemi, 2006).

Además, existen estudios que relacionan la inteligencia emocional con el *engagement* en estudiantes (Usán Supervía y Salavera Bordás, 2019) y en profesorado no universitario (Extremera Pacheco *et al.*, 2019), encontrándose relaciones significativamente positivas entre ambos, considerando que, a medida que aumentan los niveles de inteligencia emocional, lo hacen también los de *engagement*.

Como se ha expuesto con anterioridad, existe evidencia empírica suficiente en la que se indica que la satisfacción laboral y el *burnout* mantienen una relación negativa, mientras que la relación con el *engagement* es positiva. Como han puesto de manifiesto los distintos trabajos revisados anteriormente, la inteligencia emocional mantiene una relación directa con el bienestar laboral. Sin embargo, la inteligencia emocional también podría ejercer un

rol moderador entre variables, tal y como indicaba Extremera Pacheco (2018) en un estudio en el que la inteligencia emocional amortiguaba la relación entre el estrés económico de personas trabajadoras desempleadas y la salud; o como demostraron Shkoler y Tziner (2017) en un estudio en el que la inteligencia emocional atenuaba la relación entre la justicia organizacional y el *burnout*, y entre el *burnout* y el mal comportamiento organizacional en personas trabajadoras israelíes de distintos sectores. Estas razones, concretamente, llevan a plantear un segundo objetivo: analizar el efecto moderador de la inteligencia emocional sobre la relación entre la satisfacción laboral y el bienestar en el trabajo. En este estudio se considera que la inteligencia emocional podría actuar como amortiguador en la relación negativa entre la satisfacción laboral y el *burnout*, así como potenciador de la relación positiva entre la satisfacción laboral y el *engagement*.

Hipótesis 2: «La inteligencia emocional tiene un efecto moderador en la relación entre la satisfacción laboral y el bienestar en el trabajo en los dos grupos profesionales analizados (PDI y PAS)».

Hipótesis 2a: «La inteligencia emocional tiene un efecto moderador en la relación entre la satisfacción laboral y el *burnout* en los dos grupos profesionales analizados (PDI y PAS), atenuando la relación negativa que mantienen ambos constructos».

Hipótesis 2b: «La inteligencia emocional tiene un efecto moderador en la relación entre la satisfacción laboral y el *engagement* en los dos grupos profesionales analizados (PDI y PAS), potenciando la relación positiva que mantienen ambos constructos».

3. Método

3.1. Participantes y procedimiento

La muestra está compuesta por 585 personas trabajadoras de la Universidad de Extremadura (España), de las cuales 266 son personal de administración y servicios (45,47 %) y 319 personal docente e investigador (54,53 %). Se trata de una muestra representativa de todas las personas trabajadoras de dicha universidad, y fue determinada a través de un muestreo aleatorio simple. Con respecto al sexo, la muestra presenta un buen equilibrio (52,8 % son hombres y 47,2 % mujeres). En lo que se refiere a la edad de las personas participantes, la mayoría tienen entre 41-50 años (36,8 %). En términos de experiencia profesional, la mayor parte presenta una experiencia de más de 20 años (30,4 %) y entre 5 y 15 años (30,1 %). El tamaño de la muestra se determinó con una precisión de 0,05 y con un nivel de confianza del 95 %, considerando la hipótesis de máxima varianza.

Una vez que la muestra quedó configurada y habiendo obtenido un acuerdo institucional y ético con la universidad, se envió el instrumento de evaluación a todas las personas

trabajadoras seleccionadas utilizando la herramienta «formulario» de Google Drive, junto con la presentación de los objetivos de la investigación. Las personas participantes respondieron al cuestionario *online* de forma voluntaria, y habiéndoles garantizado el anonimato previamente. Transcurridos 4 meses del envío inicial de los cuestionarios, se obtuvo la muestra total requerida.

4. Instrumentos

4.1. Satisfacción laboral

Se evaluó a través del Cuestionario de satisfacción laboral desarrollado por Meliá Navarro y Peiró Silla en 1998. Está compuesto por 12 ítems relacionados con el grado de satisfacción que una persona tiene con su trabajo. Presenta una escala de respuesta tipo Likert de 1 (muy insatisfecho) hasta 7 (muy satisfecho). La fiabilidad o consistencia interna (alfa de Cronbach) para este instrumento fue bastante alta: $\alpha=0,93$ para el PAS y $\alpha=0,91$ para el PDI.

4.2. *Burnout*

Fue medido a través de dos subescalas del Maslach Burnout Inventory G-S (MBI), desarrollado por Schaufeli *et al.* (1996): agotamiento emocional ($\alpha=0,90$ para el PAS y $\alpha=0,88$ para el PDI) y cinismo ($\alpha=0,75$ para el PAS y $\alpha=0,74$ para el PDI). Los ítems están relacionados con sentimientos de las personas con respecto a su trabajo durante el último año. Presenta una escala de respuesta tipo Likert de 0 (nunca) a 6 (todos los días). Originalmente, el MBI incluye una tercera dimensión denominada «baja realización personal», sin embargo, existe suficiente evidencia científica que indica que el agotamiento emocional y el cinismo se consideran las dimensiones fundamentales del *burnout*, denominadas «*core of burnout*» (Schaufeli y Taris, 2005).

4.3. *Engagement*

Fue medido a través de dos subescalas de la Utrecht Work Engagement Scale (UWES-9), desarrollada por Schaufeli *et al.* en 2006: vigor ($\alpha=0,84$ para el PAS y $\alpha=0,86$ para el PDI) y dedicación ($\alpha=0,91$ para el PAS y $\alpha=0,88$ para el PDI). Los ítems están relacionados con los sentimientos de las personas hacia su trabajo durante el último año. Presenta una escala de respuesta tipo Likert de 0 (nunca) a 6 (todos los días). El cuestionario utilizado incluye una tercera dimensión denominada «absorción», sin embargo, existen evidencias científicas que indican que el vigor y la dedicación componen el denominado «*core of engagement*» (Kulikowski, 2019).

4.4. Satisfacción con la vida

Fue medida utilizando la Escala de satisfacción con la vida de Diener *et al.* (1985), que ha mostrado buenas propiedades psicométricas en estudios previos en población española (Cabañero Martínez *et al.*, 2004). Está compuesta por 5 ítems relacionados con el grado de satisfacción que una persona tiene con su vida. Presenta una escala de respuesta tipo Likert de 1 (completamente en desacuerdo) hasta 7 (completamente de acuerdo). El nivel de consistencia interna (alfa de Cronbach) para este instrumento fue $\alpha=0,94$ para el PAS y $\alpha=0,88$ para el PDI.

4.5. Inteligencia emocional

Fue medida a través de la Trait Meta-Mood Scale (TMMS-24), desarrollada por Salovey *et al.* (1995). En este estudio se ha empleado la versión española, que ha mostrado adecuadas propiedades psicométricas (Fernández Berrocal *et al.*, 2004). Consta de 24 ítems que componen, a su vez, tres dimensiones: atención a los propios sentimientos ($\alpha=0,89$ para el PAS y $\alpha=0,91$ para el PDI), claridad emocional ($\alpha=0,88$ para el PAS y $\alpha=0,91$ para el PDI) y reparación de las emociones ($\alpha=0,88$ para el PAS y $\alpha=0,88$ para el PDI). La atención se refiere al grado en que las personas atienden a sus sentimientos. La claridad hace referencia a cómo perciben las personas sus emociones. La última dimensión, reparación, se refiere a la capacidad de las personas para detener las emociones negativas y hacer más duraderas las positivas. Presenta una escala de respuesta tipo Likert de 1 (muy de acuerdo) a 5 (muy en desacuerdo).

4.6. Variables control

Finalmente, tras hacer una revisión de la literatura científica, se consideró apropiado controlar las variables sexo, edad y experiencia profesional, puesto que varios estudios mostraron su influencia sobre el bienestar de los trabajadores (Avargues Navarro *et al.*, 2010). Dichas variables fueron medidas a través de un cuestionario específicamente diseñado para el presente estudio.

5. Análisis estadístico

En primer lugar, se procedió a la realización de un análisis factorial confirmatorio de todas las escalas. La obtención de un buen ajuste en un pretest del modelo de medición resulta fundamental para establecer la validez discriminante y explorar los riesgos asociados a la varianza del método común (Podsakoff *et al.*, 2003).

En segundo lugar, para probar las hipótesis propuestas se realizaron dos pasos interrelacionados. En el primero de ellos se examinó el modelo de mediación simple (hipótesis 1) y, posteriormente, se probó empíricamente el modelo de mediación moderada (hipótesis 2). Para la realización de estos análisis se utilizó la herramienta PROCESS desarrollada por Hayes (2013).

El análisis de mediación y el análisis de moderación pueden combinarse a través de la construcción y la estimación del llamado «*conditional process model*» (Hayes y Preacher, 2013). Siguiendo las indicaciones de Preacher *et al.* (2007) y trasladándolas al presente estudio, este modelo permite probar el efecto directo o indirecto que tiene la satisfacción laboral sobre la satisfacción con la vida a través del *core of burnout* y a través del *core of engagement*, los cuales serán moderados por la inteligencia emocional. Este proceso se denomina «mediación moderada» (Muller *et al.*, 2005) debido al efecto indirecto mediante el cual la variable X (en este caso, satisfacción laboral) influye sobre la variable Y (satisfacción con la vida), en función del valor de una variable moderadora.

Se utilizó la técnica *bootstrap* (5.000 veces) y se examinó con un nivel de confianza del 95 %. El *bootstrapping* permite producir intervalos de confianza basados en la distribución de muestreo *bootstrap*, y se puede asumir que los efectos indirectos son significativos y que se produce la mediación moderada si el cero no está incluido en el 95 % del intervalo de confianza (Preacher y Hayes, 2008).

Figura 1. Modelo de mediación moderada (agotamiento emocional)

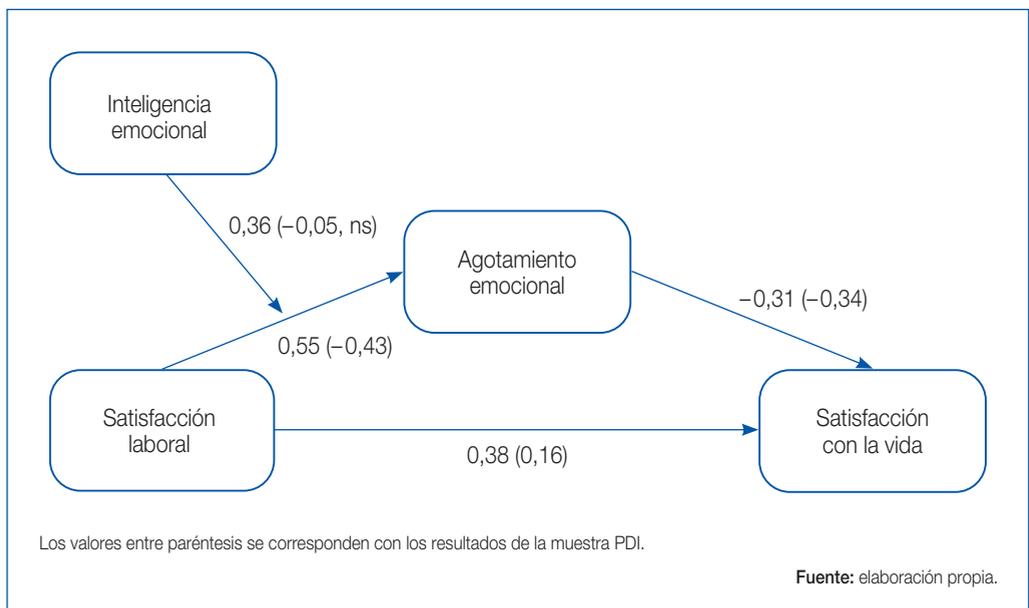


Figura 2. Modelo de mediación moderada (cinismo)

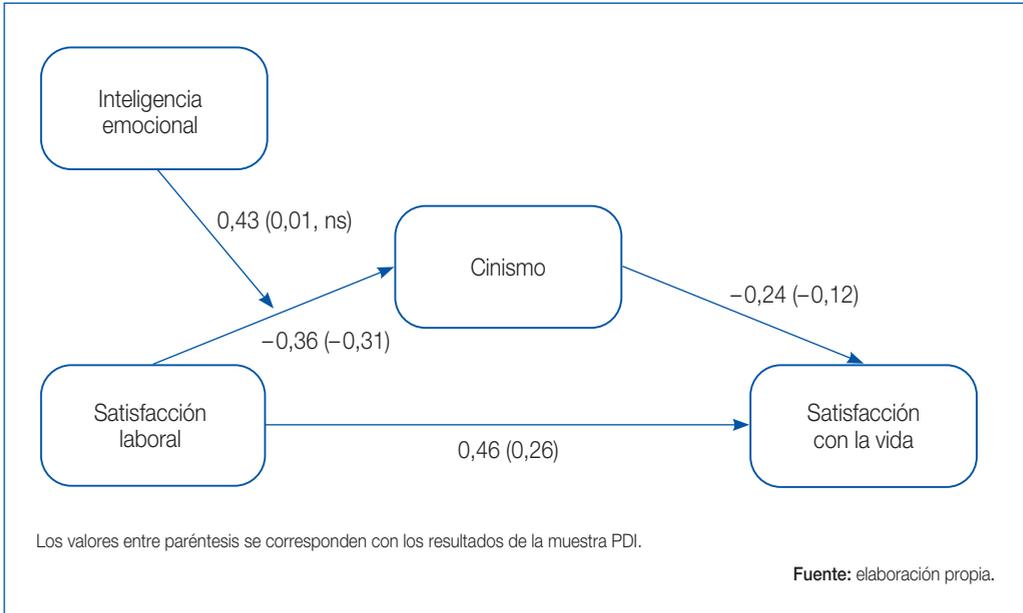


Figura 3. Modelo de mediación moderada (vigor)

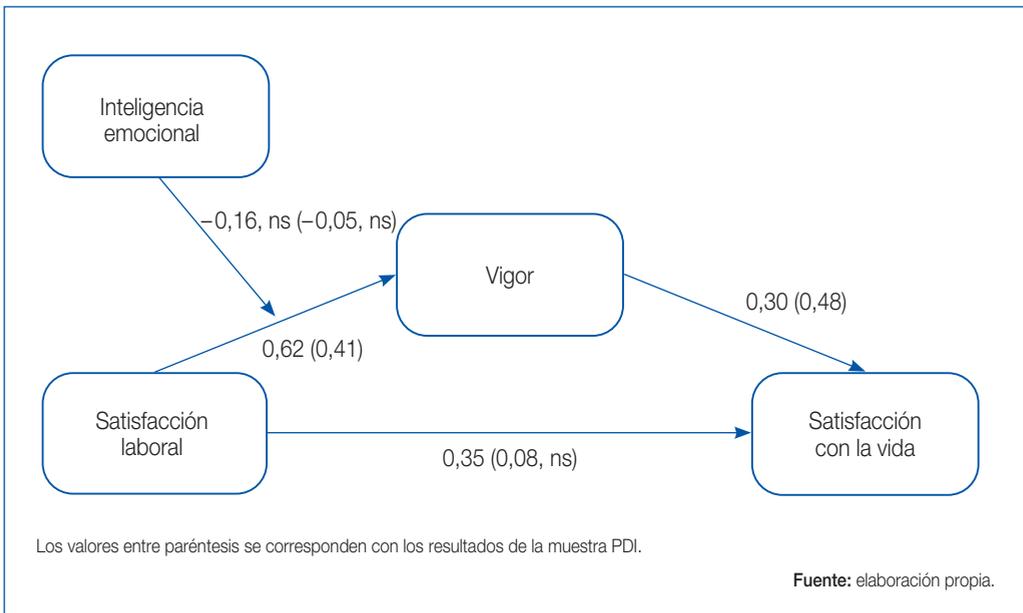
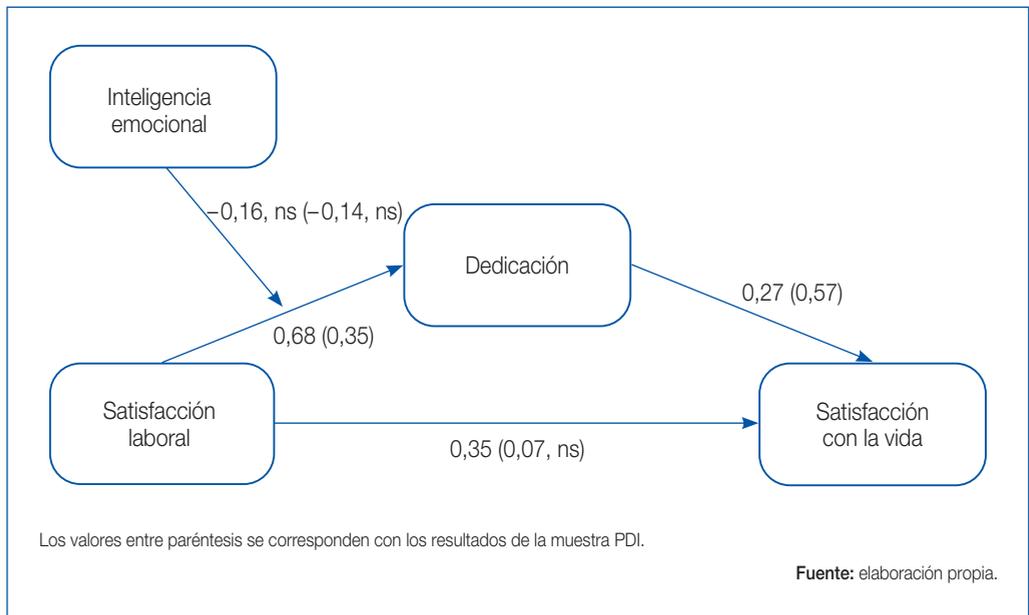


Figura 4. Modelo de mediación moderada (dedicación)


6. Resultados¹

6.1. Mediación

Las tablas 1, 2, 3 y 4 presentan los resultados correspondientes a la hipótesis 1, que postulaba que la relación entre la satisfacción laboral y la satisfacción con la vida estaría mediada por el bienestar en el trabajo, entendiendo este por la coocurrencia en la misma situación de *burnout* y *engagement*. En lo que concierne a dicha hipótesis y comenzando el análisis por las dimensiones del *burnout*, la satisfacción laboral mantiene una relación negativa con la dimensión agotamiento emocional, tal y como indican los coeficientes significativos de regresión no estandarizados, tanto en el PAS ($B = -0,55$, $t = -0,47$, $p < 0,05$) como en el PDI ($B = -0,43$, $t = -8,75$, $p < 0,05$). Además, también se observa que el agotamiento emocional presenta una relación significativamente negativa con la satisfacción con la vida en ambas muestras ($B = -0,31$, $t = -4,85$, $p < 0,05$ para el PAS; y $B = -0,34$, $t = -6,93$, $p < 0,05$ para el PDI). Es importante destacar que, además de la comprobación de la existencia de esta relación mediada, también se aprecia que en ambas muestras existe una

¹ La tabla de medias y correlaciones podrá ser proporcionada contactando con el autor de correspondencia.

relación directa entre la satisfacción laboral y la satisfacción con la vida ($B=0,38$, $t=5,97$, $p<0,05$ para el PAS; y $B=0,16$, $t=3,38$, $p<0,05$ para el PDI).

Tabla 1. Efecto mediador del agotamiento emocional en la relación entre la satisfacción laboral y la satisfacción con la vida

Mediación (efectos directos e indirectos)				
Variable	B	SE	t	p
Satisfacción laboral → Agotamiento emocional	-0,55 (-0,43)	0,05 (0,05)	-10,47 (-8,75)	0,00 (0,00)
Agotamiento emocional → Satisfacción con la vida	-0,31 (-0,34)	0,06 (-0,05)	-4,85 (-6,93)	0,00 (0,00)
Satisfacción laboral → Satisfacción con la vida	0,38 (0,16)	0,06 (0,05)	5,97 (3,38)	0,00 (0,00)

Nota: se presentan los coeficientes de regresión no estandarizados. Tamaño de la muestra con *bootstrap* = 5.000. Los valores entre paréntesis corresponden a la muestra de PDI.

Fuente: elaboración propia.

Con respecto a la segunda dimensión que compone el *core of burnout*, el cinismo, los resultados obtenidos presentan similitudes con los anteriores. La satisfacción laboral mantiene una relación directa con el cinismo ($B=-0,36$, $t=-7,14$, $p<0,05$ para el PAS; y $B=-0,31$, $t=-6,57$, $p<0,05$ para el PDI), y este, a su vez, mantiene un efecto directo con la satisfacción con la vida ($B=-0,24$, $t=-3,63$, $p<0,05$ para el PAS; y $B=-0,12$, $t=-2,25$, $p<0,05$ para el PDI). Además, también se puede observar una relación directa entre la satisfacción laboral y la satisfacción con la vida en ambas muestras ($B=0,46$, $t=7,75$, $p<0,05$ para el PAS; y $B=0,26$, $t=5,57$, $p<0,05$ para el PDI).

Tabla 2. Efecto mediador del cinismo en la relación entre la satisfacción laboral y la satisfacción con la vida

Mediación (efectos directos e indirectos)				
Variable	B	SE	t	p
Satisfacción laboral → Cinismo	-0,36 (-0,31)	0,05 (0,05)	-7,14 (-6,57)	0,00 (0,00)



Mediación (efectos directos e indirectos)				
Variable	B	SE	t	p
Cinismo → Satisfacción con la vida	-0,24 (-0,12)	0,07 (-0,05)	-3,63 (-2,25)	0,00 (0,02)
Satisfacción laboral → Satisfacción con la vida	0,46 (0,26)	0,06 (0,05)	7,74 (5,57)	0,00 (0,00)

Nota: se presentan los coeficientes de regresión no estandarizados. Tamaño de la muestra con *bootstrap* = 5.000. Los valores entre paréntesis corresponden a la muestra de PDI.

Fuente: elaboración propia.

Continuado el análisis por las dimensiones del *engagement*, la satisfacción laboral mantiene una relación positiva con la dimensión vigor, tal y como indican los coeficientes significativos de regresión no estandarizados, tanto en el PAS ($B=0,62$, $t=12,63$, $p<0,05$) como en el PDI ($B=0,41$, $t=9,00$, $p<0,05$). Además, también se observa que el vigor presenta una relación significativamente positiva con la satisfacción con la vida en ambas muestras ($B=0,30$, $t=4,28$, $p<0,05$ para el PAS; y $B=0,48$, $t=10,20$, $p<0,05$ para el PDI). Es importante destacar que, además de la comprobación de la existencia de esta relación mediada también se aprecia que, únicamente en el PAS, existe relación directa entre la satisfacción laboral y la satisfacción con la vida ($B=0,35$, $t=5,03$, $p<0,05$ para el PAS; y $B=0,08$, $t=1,88$, $p>0,05$ para el PDI).

Tabla 3. Efecto mediador del vigor en la relación entre la satisfacción laboral y la satisfacción con la vida

Mediación (efectos directos e indirectos)				
Variable	B	SE	t	p
Satisfacción laboral → Vigor	0,62 (0,41)	0,05 (0,05)	12,63 (9,00)	0,00 (0,00)
Vigor → Satisfacción con la vida	0,30 (0,48)	0,07 (0,05)	4,28 (10,20)	0,00 (0,00)
Satisfacción laboral → Satisfacción con la vida	0,35 (0,08, ns)	0,07 (0,04)	5,03 (1,88)	0,00 (0,06)

Nota: se presentan los coeficientes de regresión no estandarizados. Tamaño de la muestra con *bootstrap* = 5.000. Los valores entre paréntesis corresponden a la muestra de PDI.

Fuente: elaboración propia.

Con respecto a la segunda dimensión que compone el *core of engagement*, la dedicación, los resultados obtenidos presentan similitudes con la dimensión anterior. La satisfacción laboral mantiene una relación directa con la dedicación ($B=0,68$, $t=12,47$, $p<0,05$ para el PAS; y $B=0,35$, $t=8,41$, $p<0,05$ para el PDI), y esta, a su vez, mantiene un efecto directo con la satisfacción con la vida ($B=0,27$, $t=4,43$, $p<0,05$ para el PAS; y $B=0,57$, $t=-11,84$, $p<0,05$ para el PDI). Además, también se puede observar una relación directa entre la satisfacción laboral y la satisfacción con la vida únicamente en la muestra de PAS ($B=0,35$, $t=5,04$, $p<0,05$ para el PAS; y $B=0,07$, $t=1,75$, $p>0,05$ para el PDI).

Tabla 4. Efecto mediador de la dedicación en la relación entre la satisfacción laboral y la satisfacción con la vida

Mediación (efectos directos e indirectos)				
Variable	B	SE	t	p
Satisfacción laboral → Dedicación	0,68 (0,35)	0,06 (0,04)	12,47 (8,41)	0,00 (0,00)
Dedicación → Satisfacción con la vida	0,27 (0,57)	0,06 (0,05)	4,43 (11,84)	0,00 (0,00)
Satisfacción laboral → Satisfacción con la vida	0,35 (0,07, ns)	0,07 (0,04)	5,04 (1,75)	0,00 (0,08)

Nota: se presentan los coeficientes de regresión no estandarizados. Tamaño de la muestra con *bootstrap* = 5.000. Los valores entre paréntesis corresponden a la muestra de PDI.

Fuente: elaboración propia.

Por lo tanto, con los resultados obtenidos se puede confirmar parcialmente la hipótesis 1a, puesto que se ha comprobado que existe una relación mediada por el *core of burnout* entre la satisfacción laboral y la satisfacción con la vida en ambas muestras. No obstante, esta mediación es parcial, puesto que además existe una relación directa entre ellas en ambas muestras.

Mientras que, en lo que al *core of engagement* se refiere, se confirma plenamente la hipótesis 1b para la muestra de PDI, en la que se postulaba que la relación entre la satisfacción laboral y la satisfacción con la vida se encontraría mediada exclusivamente por el *engagement*. En el caso del PAS, la mediación es parcial, puesto que, a pesar de existir dicha mediación, también se aprecia una relación significativa directa entre las citadas variables.

6.2. Mediación moderada

En las tablas 5, 6, 7 y 8 se presentan los resultados correspondientes a la hipótesis 2, que postulaba que la inteligencia emocional tendría un efecto moderador sobre la relación entre la satisfacción con el trabajo y el bienestar laboral. En lo que concierne a dicha hipótesis y comenzando el análisis por las dos dimensiones *core of burnout*, los resultados indicaron que, en la muestra de PAS, la inteligencia emocional adquiere un rol significativo de moderador sobre la relación entre la satisfacción laboral y el agotamiento emocional ($B=0,36$, $t=3,03$, $p<0,05$), así como sobre la relación entre la satisfacción laboral y el cinismo ($B=0,43$, $t=3,73$, $p<0,05$). Sin embargo, en la muestra de PDI, la inteligencia emocional no presenta unos índices significativos de moderación en dichas relaciones ($B=-0,05$, $t=-0,62$, $p>0,05$ en el agotamiento emocional; y $B=0,01$, $t=0,08$, $p>0,05$ en el cinismo).

Tabla 5. Efecto moderador de la inteligencia emocional en la relación mediada por el agotamiento emocional entre la satisfacción laboral y la satisfacción con la vida

Mediación moderada				
Variable	B	SE	t	p
Satisfacción laboral → Agotamiento emocional moderado por la inteligencia emocional	0,36 (-0,05, ns)	0,12 (0,09)	3,03 (-0,62)	0,00 (0,54)
	Índice	SE (Boot)	BootLLCI	BootULCI
Índice de mediación moderada	-0,11 (0,02)	0,05 (0,03)	-0,24 (-0,04)	-0,03 (0,08)

Nota: se presentan los coeficientes de regresión no estandarizados. Tamaño de la muestra con *bootstrap*=5.000. LLCI=*lower limit confidence interval*; ULCI=*upper limit confidence interval*. Los valores entre paréntesis corresponden a la muestra de PDI.

Fuente: elaboración propia.

Tabla 6. Efecto moderador de la inteligencia emocional en la relación mediada por el cinismo entre la satisfacción laboral y la satisfacción con la vida

Mediación moderada				
Variable	B	SE	t	p
Satisfacción laboral → Cinismo moderado por la inteligencia emocional	0,43 (0,01, ns)	0,12 (0,08)	3,73 (0,08)	0,00 (0,93)



Mediación moderada				
Variable	B	SE	t	p
◀	Índice	SE (Boot)	BootLLCI	BootULCI
Índice de mediación moderada	-0,10 (-0,00)	0,05 (0,01)	-0,22 (-0,03)	-0,03 (0,02)

Nota: se presentan los coeficientes de regresión no estandarizados. Tamaño de la muestra con *bootstrap* = 5.000. LLCI = *lower limit confidence interval*; ULCI = *upper limit confidence interval*. Los valores entre paréntesis corresponden a la muestra de PDI.

Fuente: elaboración propia.

Además, con objeto de aportar información adicional, también se calculó el índice de mediación moderada. La muestra de PAS presentó unos índices correctos de mediación moderada (índice = -0,11 en el agotamiento emocional; e índice = -0,10 en el cinismo). Los resultados del *bootstrap* confirman que los efectos no contienen cero (-0,24, -0,03 en el agotamiento emocional; y -0,22, -0,03 en el cinismo). Por su parte, la muestra de PDI no presentó unos índices adecuados de mediación moderada (índice = 0,02 en el agotamiento emocional; e índice = -0,00 en el cinismo). Los resultados del *bootstrap* confirman, además, que los efectos contienen cero, es decir, corroborando así que no presentan unos índices correctos (-0,04, 0,08 en el agotamiento emocional; y -0,03, 0,02 en el cinismo).

En lo que respecta a los análisis realizados sobre el *core of engagement* para la segunda hipótesis, los resultados indicaron que la inteligencia emocional no presenta unos índices significativos de moderación entre la satisfacción con el trabajo y el vigor (B = -0,16, t = -1,45, p > 0,05 para el PAS; y B = -0,05, t = -0,57, p > 0,05 para el PDI); así como tampoco los presenta en la relación entre la satisfacción con el trabajo y la dedicación (B = -0,16, t = -1,27, p > 0,05 para el PAS; y B = -0,14, t = -1,96, p > 0,05 para el PDI).

Tabla 7. Efecto moderador de la inteligencia emocional en la relación mediada por el vigor entre la satisfacción laboral y la satisfacción con la vida

Mediación moderada				
Variable	B	SE	t	p
Satisfacción laboral → Vigor moderado por la inteligencia emocional	-0,16, ns (-0,05, ns)	0,11 (0,08)	-1,45 (-0,57)	0,15 (0,57)

Nota: se presentan los coeficientes de regresión no estandarizados. Tamaño de la muestra con *bootstrap* = 5.000. Los valores entre paréntesis corresponden a la muestra de PDI.

Fuente: elaboración propia.

Tabla 8. Efecto moderador de la inteligencia emocional en la relación mediada por la dedicación entre la satisfacción laboral y la satisfacción con la vida

Mediación moderada				
Variable	B	SE	t	p
Satisfacción laboral → Dedicación moderada por la inteligencia emocional	-0,16, ns (-0,14, ns)	0,12 (0,07)	-1,27 (-1,96)	0,21 (0,05)

Nota: se presentan los coeficientes de regresión no estandarizados. Tamaño de la muestra con *bootstrap*=5.000. Los valores entre paréntesis corresponden a la muestra de PDI.

Fuente: elaboración propia.

Los resultados obtenidos confirman parcialmente la hipótesis 2: la inteligencia emocional modera la relación entre la satisfacción laboral y el *burnout*, atenuando esta únicamente en la muestra de PAS, pero no tiene efecto moderador en el colectivo PDI. Respecto a la relación entre la satisfacción laboral y el *engagement*, la inteligencia emocional no presenta efectos moderadores en ninguna de las dos muestras.

7. Discusión

Los resultados obtenidos en este estudio soportan la primera hipótesis, en la que se planteaba que el bienestar laboral ejercería un rol mediador en la relación entre la satisfacción con el trabajo y la satisfacción con la vida. Esta es precisamente una conclusión importante que se obtiene del estudio por dos motivos: el primero de ellos porque dos poblaciones diferentes (PAS y PDI), a pesar de desarrollar su labor profesional en el mismo contexto, se comportan de la misma manera en lo referente al rol mediador del bienestar en el trabajo en la relación entre la satisfacción laboral y la satisfacción con la vida. El segundo motivo es porque se hace una contribución a la literatura científica sobre una temática escasamente estudiada en esta población hasta el momento. Además de esta relación mediada también se produce una relación directa entre la satisfacción laboral y la satisfacción con la vida para la muestra de PAS y, en la muestra de PDI, únicamente se aprecia cuando se contempla el *burnout* entre las variables, no así el *engagement*. Esta relación directa coincide con los resultados obtenidos en un estudio de Lambert *et al.* (2013) y resulta similar a la idea de que una concepción de vida laboral satisfecha puede contagiar dicha satisfacción al contexto de fuera del trabajo (Hakanen y Schaufeli, 2012).

Con respecto a la segunda hipótesis, que postulaba que la inteligencia emocional atenuaría la relación negativa entre la satisfacción laboral y el *burnout* y potenciaría la relación positiva entre la satisfacción laboral y el *engagement*, los resultados permiten obtener interesantes

conclusiones. En primer lugar, tratando las dimensiones de *burnout*, es en este punto donde se aprecian diferencias significativas entre los dos colectivos profesionales de la universidad, puesto que en el PDI la inteligencia emocional no presenta un efecto moderador significativo en dicha relación. Sin embargo, en la muestra de PAS, la inteligencia emocional parece ejercer un papel atenuante de la relación negativa entre la satisfacción laboral y el *burnout*. No se han encontrado estudios similares en muestras parecidas con los que poder comparar los resultados, pero una posible explicación de dicha diferencia podría deberse al tipo de demandas que recibe cada colectivo. El PDI es un grupo profesional que se caracteriza por tener múltiples tareas diferentes, tales como: producción investigadora, actividad docente, desarrollo tecnológico, tareas de gestión... (Galán González *et al.*, 2012); mientras que la labor profesional del PAS está caracterizada por trabajos rutinarios, sencillos y repetitivos (Mintzberg, 2002). Por lo tanto, es posible que el PAS acuda en búsqueda de las habilidades necesarias para evitar sucumbir a la rutina, puesto que dicha monotonía y el control absoluto sobre las demandas terminan provocando un alarmante aumento del estrés laboral (Gil-Monte y Peiró Silla, 1997). Parece que en el PAS la satisfacción laboral pierde importancia para explicar el *burnout* si se poseen altos niveles de inteligencia emocional. Sin embargo, en el PDI no se observa esto, puesto que esta característica personal no altera la importancia de la satisfacción laboral para explicar el *burnout*.

En segundo lugar, tratando las dimensiones del *engagement*, se puede concluir que, para ambas muestras, la inteligencia emocional no presenta un efecto moderador positivo en la relación positiva entre la satisfacción laboral y el *engagement*, por lo que no podría inferirse que la inteligencia emocional potencie dicha relación positiva. A pesar de no haberse encontrado estudios similares, una posible explicación podría ser que aquellas personas que presentan elevados niveles de *engagement* experimentan dosis tan fuertes de concentración y disfrute que las lleva a percibir que el tiempo pasa rápidamente y que incluso tienen dificultades para desconectarse de lo que están haciendo (Lozano-Paz y Reyes-Bossio, 2017) y no sienten la necesidad de activar los mecanismos de inteligencia emocional necesarios que intervengan en esa relación.

Finalmente, resulta necesario destacar que este estudio presenta algunas limitaciones. En primer lugar, la recogida de datos se hizo mediante medidas autorreporte, lo cual puede causar problemas de sesgo. Otra limitación es que no se trata de un estudio longitudinal, por lo que no se pueden establecer relaciones causales entre las variables. En futuras investigaciones sería deseable que se llevasen a cabo estudios longitudinales y transculturales para poder hacer frente a la evolución temporal de las variables, tanto personales, como organizacionales, emocionales y sociales, lo cual facilitaría la identificación de factores de riesgo de vulnerabilidad al estrés y factores protectores del bienestar. Además, podría resultar productivo desarrollar e implementar programas de formación en gestión y optimización de los recursos emocionales en profesionales de universidad, dado que se ha comprobado que el adecuado desarrollo emocional podría tener beneficios en el bienestar laboral y personal en dicho colectivo.

En resumen, con este estudio se ha pretendido aportar información sobre el bienestar de un colectivo aún escasamente explorado en la literatura científica y, tras los diversos análisis realizados, debemos destacar que el bienestar laboral ejerce un papel fundamental tanto para

el PDI como para el PAS en lo que concierne a la relación entre la satisfacción con el trabajo y la satisfacción con la vida. Asimismo, se verifica que la inteligencia emocional puede actuar como elemento para mejorar la calidad de vida de las personas trabajadoras, en este caso, del PAS, incluso en aquellas situaciones en las que la satisfacción laboral no sea la deseada.

Referencias bibliográficas

- Adeyemo, Akinlolu y Ogunyemi, Bola. (2006). Emotional intelligence and self-efficacy as predictors of occupational stress among academic staff in an Nigerian University. *Journal of Organizational Learning and Leadership*, 4, 1-14.
- Augusto Landa, José María; López Zafra, Esther; Martínez, Rosa y Pulido, Manuel. (2006). Perceived emotional intelligence and life satisfaction among university teachers. *Psicothema*, 18, 152-157.
- Auh, Seigyoung; Menguc, Bulent; Spyropoulou, Stavroula y Wang, Fatima. (2016). Service employee burnout and engagement: the moderating role of power distance orientation. *Journal of the Academy Marketing Science*, 44, 726-745. <https://doi.org/10.1007/s11747-015-0463-4>.
- Averages Navarro, María Luisa; Borda Más, Mercedes y López Jiménez, Ana María. (2010). El core of burnout y los síntomas de estrés en el personal de la universidad. Prevalencia e influencia de variables de carácter sociodemográfico y laboral [The core of burnout and symptoms of stress in university staff. Prevalence and influence of socio-demographic variables and labor]. *Boletín de Psicología*, 99, 89-101.
- Babakus, Emin; Yavas, Ugur y Ashill, Nicholas. (2009). The role of customer orientation as a moderator of the job demand-burnout-performance relationship: a surface-level trait perspective. *Journal of Retailing*, 85, 480-492. <https://doi.org/10.1016/j.jretai.2009.07.001>.
- Cabañero Martínez, María José; Richart Martínez, Miguel; Cabrera García, Julio; Orts Cortés, María Isabel; Reigs Ferrer, Abilio y Tosal Herrero, Beatriz. (2004). Fiabilidad y validez de la Escala de satisfacción con la vida de Diener en una muestra de mujeres embarazadas y puérperas [Reliability and validity of the Satisfaction with Life Scale Diener's in a sample of pregnant women and new mothers]. *Psicothema*, 16, 448-455.
- Chambel, María José y Peiró Silla, José María. (2011). Patterns of engagement and burnout of human services workers. En António Caetano, Sílvia A. Silva y María José Chambel (Eds.), *New challenges for a healthy workplace in human services* (pp. 105-126). Rainer Hampp Verlag.
- Chan, David W. (2006). Emotional intelligence and components of burnout among Chinese secondary school teachers in Hong Kong. *Teaching and Teacher Education*, 22, 1.042-1.054. <https://doi.org/10.1016/j.tate.2006.04.005>.
- Chang, Mei-Lin. (2009). An appraisal perspective of teacher burnout: examining the emotional work of teachers. *Educational Psychology Review*, 21, 193-218. <https://doi.org/10.1007/s10648-009-9106-y>.
- Demerouti, Evangelia; Mostert, Karina y Bakker, Arnold. (2010). Burnout and work engagement: a thorough investigation of the independency of both constructs. *Journal of Occupational Health Psychology*, 15, 209-222.
- Diener, Ed; Emmons, Robert; Larsen, Randy y Griffin, Sharon. (1985). The Satisfaction with Life Scale. *Journal of Personality Assessment*, 49, 71-75. https://doi.org/10.1207/s15327752jpa4901_13.

- Erdogan, Berrin; Bauer, Talya; Truxillo, Donald y Mansfield, Layla. (2012). Whistle while you work: a review of the life satisfaction literature. *Journal of Management*, 38, 1.038-1.083. <https://doi.org/10.1177/0149206311429379>.
- Extremera Pacheco, Natalio. (2018). Intelligencia emocional en tiempos de crisis: su papel moderador en la relación entre el estrés económico y desajuste psicológico en desempleados. <https://riuma.uma.es/xmlui/handle/10630/16617>.
- Extremera Pacheco, Natalio; Mérida López, Sergio; Sánchez Álvarez, Nicolás; Quintana Orts, Cirenía y Rey, Lourdes. (2019). Un amigo es un tesoro: inteligencia emocional, apoyo social organizacional y *engagement* docente. *Praxis & Saber*, 10(24), 69-92. <https://doi.org/10.19053/22160159.v10.n25.2019.10003>.
- Fernández Berrocal, Pablo; Extremera Pacheco, Natalio y Ramos Díaz, Natalia. (2004). Validity and reliability of the Spanish modified version of the Trait Meta-Mood Scale. *Psychological Reports*, 94, 751-755.
- Folkman, Susan y Moskowitz, Judith Tedlie. (2000). Stress, positive emotion, and coping. *Current Directions in Psychological Science*, 9(4), 115-118. <https://doi.org/10.1111/1467-8721.00073>.
- Gabel-Shemuelli, Rachel; Dolan, Simon; Suárez Ceretti, Adriana y Núñez del Prado, Pamela. (2015). Burnout and engagement as mediators in the relationship between work characteristics and turnover intentions across two ibero-american nations. *Stress & Health*, 32, 597-606.
- Galán González, Arturo; González Galán, María Ángeles y Román González, Marcos. (2012). La irrupción del factor comunitario en el perfil del profesorado universitario [The emergence of community factor profile of university teachers]. *Bordón*, 64(3), 133-148.
- Gil Monte, Pedro y Peiró Silla, José María. (1997). *Desgaste psíquico en el trabajo. El síndrome de quemarse* [Psychological exhaustion at work. Burnout Syndrome]. Síntesis Psicología.
- Hakanen, Jari; Bakker, Arnold B. y Schaufeli, Wilmar B. (2006). Burnout and work engagement among teachers. *Journal of School Psychology*, 43, 495-513. <https://doi.org/10.1016/j.jsp.2005.11.001>.
- Hakanen, Jari y Schaufeli, Wilmar B. (2012). Do burnout and work engagement predict depressive symptoms and life satisfaction? A three-wave seven-year prospective study. *Journal of Affective Disorders*, 141, 415-424. <https://doi.org/10.1016/j.jad.2012.02.043>.
- Hakanen, Jari; Schaufeli, Wilmar B. y Ahola, Kirsii. (2008). The job demands-resources model: a three-year cross-lagged study of burnout, depression, commitment, and work engagement. *Work & Stress*, 22(3), 224-241.
- Hayes, Andrew F. (2013). *An introduction to mediation, moderation, and conditional process analysis: a regression-based approach*. Guilford Press.
- Hayes, Andrew F. y Preacher, Kristopher J. (2013). Conditional process modeling: using structural equation modeling to examine contingent causal processes. En Gregory R. Hancock y Ralph O. Mueller (Eds.), *Structural equation modeling: a second course* (2.ª ed., pp. 219-266). Information Age Publishing.
- Kafetsios, Konstantinos y Zampetakis, Leonidas. (2008). Emotional intelligence and job satisfaction: testing the mediatory role of positive and negative affect at work. *Personality and Individual Differences*, 44, 712-722. <https://doi.org/10.1016/j.paid.2007.10.004>.
- Kokkinos, Constantinos. (2007). Job stressors, personality, and burnout in primary school teachers. *British Journal of Educational Psychology*, 77, 229-243.
- Kulikowski, Konrad. (2019). One, two or three dimensions of work engagement? Testing the factorial validity of the Utrecht Work Engagement Scale on a sample of Polish employees. *International Journal Occup Safety and Ergonomics*, 25(2), 241-249. <https://doi.org/10.1080/10803548.2017.1371958>.

- Lambert, Eric; Bitna, Kim; Kelley, Thomas Michael y Hogan, Nancy. (2013). The association of affective and continuance commitment with correlational staff life satisfaction. *The Social Science Journal*, 50, 195-203.
- Lazarus, Richard S. y Folkman, Susan. (1984). *Stress, appraisal, and coping*. Springer.
- Lee, Jayoung; Lim, Nayoung; Yang, Eunjo y Lee, Sang Ming. (2011). Antecedents and consequences of three dimensions of burnout in psychotherapists: a meta-analysis. *Professional Psychology: Research and Practice*, 42, 252-258. <https://doi.org/10.1037/a0023319>.
- Lewis, Ashley; Huebner, E. Scott; Malone, Patrick y Valois, Robert F. (2011). Life satisfaction and student engagement in adolescents. *Journal of Youth and Adolescence*, 40(3), 249-262. <https://doi.org/10.1007/s10964-010-9517-6>.
- Lizeretti, Nathalie P. y Rodríguez, Ana F. (2011). La inteligencia emocional en salud mental: una revisión [Emotional intelligence in mental health: a review]. *Ansiedad y Estrés*, 17, 233-253.
- Lozano Paz, Carmen Rosa y Reyes Bossio, Mario. (2017). Docentes universitarios: una mirada desde la autoeficacia general y *engagement* laboral. *Revista Digital de Investigación en Docencia Universitaria*, 11, 134-148. <http://dx.doi.org/10.19083/ridu.11.503>.
- Maslach, Christina y Jackson, Susan. (1981). The measurement of experienced burnout. *Journal of Occupational Behaviour*, 2, 99-113.
- Maslach, Christina; Schaufeli, Wilmar B. y Leiter, Michael P. (2001). Job burnout. *Annual Review of Psychology*, 52, 397-422.
- Matziari, Aspasia; Montgomery, Anthony J.; Georganta, Katerina y Doulougeri, Karolina. (2017). The relationship between organizational practices and values with burnout and engagement. *Current Psychology*, 36, 276-285. <https://doi.org/10.1007/s12144-016-9413-7>.
- Meliá Navarro, Josep L. y Peiró Silla, José María. (1998). Cuestionario de satisfacción laboral S10/12 [Job Satisfaction Questionnaire S10/12]. http://www.uv.es/~meliaj/Research/Cuest_Satisf/S10_12.PDF.
- Mesurado, Belén y Laudadio, Julieta. (2019). Experiencia profesional, capital psicológico y *engagement*. Su relación con el *burnout* en docentes universitarios. *Propósitos y Representaciones*, 7(3), 12-40. <https://doi.org/10.20511/pyr2019.v7n3.327>.
- Mintzberg, Henry. (2002). *La estructuración de las organizaciones*. Ariel.
- Mortiboys, Alan. (2005). *Teaching with emotional intelligence: a step-by-step guide for higher and further education professionals*. Routledge.
- Muller, Dominique; Judd, Charles M. y Yzerbyt, Vincent Y. (2005). When mediation is moderated and moderation is mediated. *Journal of Personality and Social Psychology*, 89, 852-863. <https://doi.org/10.1037/0022-3514.89.6.852>.
- Pishghadam, Reza y Sahebjam, Samaneh. (2012). Personality and emotional intelligence in teacher burnout. *The Spanish Journal of Psychology*, 15(1), 227-236. https://doi.org/10.5209/rev_SJOP.2012.v15.n1.37314.
- Podsakoff, Philip M.; MacKenzie, Scott B.; Lee, Jeong-Yeon y Podsakoff, Nathan P. (2003). Common method variance in behavioral research: a critical review of the literature and recommended remedies. *Journal of Applied Psychology*, 88, 879-903.
- Preacher, Kristopher J. y Hayes, Andrew F. (2008). Asymptotic and resampling strategies for assessing and comparing indirect effects in multiple mediator models. *Behavior Research Methods*, 40, 879-891. <https://doi.org/10.3758/BRM.40.3.879>.
- Preacher, Kristopher J.; Rucker, Derek D. y Hayes, Andrew F. (2007). Assessing moderated mediation hypotheses: theory, methods, and prescriptions. *Multivariate Behavioral Research*, 42, 185-227.
- Salanova Soria, Marisa; Schaufeli, Wilmar B.; Llorens Gumbau, Susana; Peiró Silla, Josep L. y Grau, Rosa. (2000). Desde el «burnout» al «engagement»: ¿una nueva perspectiva? [From the «burnout» to «engagement»: a new perspective?]. *Revista de Psicología del Trabajo y de las Organizaciones*, 16(2), 117-134.

- Salmela-Aro, Katariina; Hietajärvi, Lauri y Lonka, Kirsti. (2019). Work burnout and engagement profiles among teachers. *Frontiers in Psychology*, 10, 2254. <https://doi.org/10.3389/fpsyg.2019.02254>.
- Salovey, Peter y Mayer, John D. (1990). Emotional intelligence. *Imagination, Cognition, & Personality*, 9, 185-211. <https://doi.org/10.2190/DUGG-P24E-52WK-6CDG>.
- Salovey, Peter; Mayer, John D.; Goldman, Susan L.; Turvey, Carolyn y Palfai, Tibor P. (1995). Emotional attention, clarity, and repair: exploring emotional intelligence using the Trait Meta-Mood Scale. En James W. Pennebaker (Ed.), *Emotion, Disclosure, & Health* (pp. 125-151). American Psychological Association.
- Schaufeli, Wilmar B. y Bakker, Arnold B. (2004). Job demands, job resources, and their relationship with burnout and engagement: a multi-sample study. *Journal of Organizational Behavior*, 25, 293-315. <https://doi.org/10.1002/job.248>.
- Schaufeli, Wilmar B.; Bakker, Arnold B. y Salanova Soria, Marisa. (2006). The measurement of work engagement with a short questionnaire: a cross-national study. *Educational and Psychological Measurement*, 66, 701-716.
- Schaufeli, Wilmar B. y Enzmann, Dirk. (1998). *The burnout companion to study and practice: a critical analysis*. Taylor & Francis.
- Schaufeli, Wilmar B.; Leiter, Michael P.; Maslach, Christina y Jackson, Susan E. (1996). The Maslach Burnout Inventory-General Survey. En Christina Maslach, Susan E. Jackson y Michael P. Leiter (Eds.), *Maslach Burnout Inventory* (pp. 19-26). Consulting Psychologists Press.
- Schaufeli, Wilmar B.; Salanova Soria, Marisa; González Romá, Vicente y Bakker, Arnold B. (2002). The measurement of burnout and engagement: a confirmatory factor analytic approach. *Journal of Happiness Studies*, 3, 71-92.
- Schaufeli, Wilmar B. y Taris, Toon W. (2005). The conceptualization and measurement of burnout: common ground and worlds apart. *Work and Stress*, 19, 256-262.
- Shkoler, Or y Tziner, Aharon. (2017). The mediating and moderating role of burnout and emotional intelligence in the relationship between organizational justice and work misbehavior. *Revista de Psicología del Trabajo y de las Organizaciones*, 33(2), 157-164. <https://doi.org/10.1016/j.rpto.2017.05.002>.
- Skaalvik, Einar y Skaalvik, Sidsel. (2013). Teachers' perceptions of the school goal structure: relations with teachers' goal orientations, work engagement and job satisfaction. *International Journal of Educational Research*, 62, 199-209.
- Torrente Barberà, Pedro; Salanova Soria, Marisa; Llorens Gumbau, Susana y Schaufeli, Wilmar B. (2012). Teams make it work: how team work engagement mediates between social resources and performance in team. *Psicothema*, 24, 106-112.
- Upadyaya, Katja; Vartiainen, Matti y Salmela-Aro, Katariina. (2016). From job demands and resources to work engagement, burnout, life satisfaction, depressive symptoms, and occupational health. *Burnout Research*, 3, 101-108. <https://doi.org/10.1016/j.burn.2016.10.001>.
- Usán Supervía, Pablo y Salavera Bordás, Carlos. (2019). El rendimiento escolar, la inteligencia emocional y el *engagement* académico en adolescentes. *Electronic Journal of Research in Educational Psychology*, 17(1), 5-26.
- Xanthopoulou, Despoina; Bakker, Arnold B.; Demerouti, Evangelina y Schaufeli, Wilmar B. (2009). Reciprocal relationships between job resources, personal resources, and work engagement. *Journal of Vocational Behavior*, 74(3), 235-244.
- Zeidner, Moshe; Matthews, Gerald y Roberts, Richard. (2004). Emotional intelligence in the workplace: a critical review. *Applied Psychology*, 53(3), 371-399. <https://doi.org/10.1111/j.1464-0597.2004.00176.x>.

Normas de publicación

La *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF (RTSS.CEF)* editada por el Centro de Estudios Financieros, SL, con ISSN 1138-9532 (en versión impresa) e ISSN-e 2531-212X (en versión electrónica), es una publicación dirigida a las personas interesadas en materias conectadas con el área social del Derecho que pretende ser un medio al servicio de la investigación y opinión, ofreciendo aportaciones a temas controvertidos y de interés.

La revista tiene una periodicidad mensual e incluye tanto estudios de naturaleza académica como artículos que analizan las disposiciones normativas y resoluciones judiciales de actualidad más relevantes de las materias relacionadas con el objeto de la publicación: Trabajo, Seguridad Social y Recursos Humanos. Asimismo, destina un espacio al análisis de cuestiones de controvertida aplicación práctica.

Los contenidos de la revista en versión impresa están también disponibles en versión digital en la página web www.ceflegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm, vehículo de divulgación y, a su vez, instrumento que permite la difusión de aquellos estudios que por las limitaciones propias del soporte papel verían dificultada su publicación.

Normas para el envío y presentación de originales

1. Los trabajos (redactados en español) deberán ser originales e inéditos y se remitirán por correo electrónico a la dirección revista@cef.es, identificándose el archivo con los apellidos del autor o la autora del trabajo seguidos de un guion y de la abreviatura de la sección de la revista a la que se destina: ED (estudios doctrinales), ARRL (análisis de actualidad de las relaciones laborales), DJ (diálogos con la jurisprudencia), FD (foro de debate), RRHH (estudios doctrinales específicos del área de Recursos Humanos) o CP (caso práctico).

Los trabajos destinados a la sección «Estudios» (incluidos los que con esta consideración se dirijan a la sección «Recursos Humanos») se presentarán anonimizados, indicándose en un archivo independiente los datos de autoría y, en su caso, de la financiación de la investigación.

2. Los trabajos (excepto los dirigidos a la sección «Diálogos con la jurisprudencia») han de estar encabezados por:
 - Título en español e inglés.
 - Extracto de no más de 20 líneas en español e inglés.
 - Lista de palabras clave/descriptores (no menos de 2 ni más de 5) en español e inglés.
 - Sumario (debe comenzar en página nueva), que utilizará la numeración arábiga, desarrollándose los subepígrafes secuenciados (dos dígitos: 1.1, 1.2...; tres dígitos: 1.1.1, 1.1.2...).
3. La extensión de los artículos (incluidos título, extracto, palabras clave y sumario), en formato Microsoft Word (Times New Roman, cuerpo 11 e interlineado 1,5 para el texto y cuerpo 10 e interlineado sencillo para las notas a pie de página), será la siguiente:
 - Estudios doctrinales: mínimo 20 y máximo 35 páginas.
 - Análisis de actualidad de las relaciones laborales: máximo 25 páginas.
 - Diálogos con la jurisprudencia: mínimo 3 y máximo 7 páginas.
 - Foro de debate: máximo 10 páginas.
 - Casos prácticos: máximo 25 páginas.

4. Las notas se numerarán consecutivamente y su texto se recogerá a pie de página y no al final. Se evitarán las que sean simples referencias bibliográficas, en cuyo caso deberán ir integradas en el texto señalando entre paréntesis solo los apellidos del autor o la autora, el año de publicación y, si procede, las páginas (precedidas de la abreviatura p./pp.). La mención completa se incluirá al final en las «Referencias bibliográficas».
5. Las citas de referencias legislativas o jurisprudenciales contendrán todos los datos necesarios para su adecuada localización y serán neutras. Se recomienda el empleo de la base de datos Normacef (www.normacef.es).

Las citas textuales deberán incluirse entre comillas latinas («») y al final de las mismas, entre paréntesis, solo los apellidos del autor o autora, el año de publicación y las páginas (precedidas de la abreviatura p./pp.) de las que se ha extraído dicho texto.

No se utilizará letra cursiva para las citaciones.

Las citas bibliográficas a lo largo del texto se harán citando la autoría solo por los apellidos, año de publicación y, si procede, las páginas (todo entre paréntesis y separado por comas). *Vid.* ejemplos de citas basados en el *Manual de Publicaciones de la American Psychological Association (APA)* en <http://www.ceflegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm>.

6. Las referencias bibliográficas se limitarán a las que expresamente sustentan la investigación y son citadas en el trabajo.

No ocuparán más de 3 páginas.

Se situarán al final del artículo y se ajustarán a las normas APA (7.^a ed.). *Vid.* ejemplos de lista de referencias basados en el *Manual de Publicaciones de la American Psychological Association (APA)* en <http://www.ceflegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm>.

7. Los criterios de edición a seguir por los autores y las autoras se contienen detallados en <http://www.ceflegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm>.

Proceso editorial

- Recepción de artículos. Se acusará su recibo por la editorial, lo que no implicará su aceptación.
- Remisión de originales al Consejo de Redacción. La editorial remitirá el trabajo al Consejo de Redacción de la revista, que lo analizará y decidirá su aceptación, su admisión condicionada a la introducción de cambios o su rechazo. En cualquiera de los casos, la decisión adoptada será comunicada.
- Sistema de revisión por pares. El estudio enviado a evaluación será analizado por dos personas evaluadoras externas, de forma confidencial y anónima (doble ciego), que emitirán un informe sobre la conveniencia o no de su publicación, que será tomado en consideración por el Consejo de Redacción. El trabajo revisado que se considere que puede ser publicado condicionado a la inclusión de modificaciones deberá ser corregido y devuelto por el autor o autora a la revista en el plazo máximo de 1 mes, tanto si se solicitan correcciones menores como mayores.
- Proceso editorial. En los trabajos de investigación, una vez finalizado el proceso de evaluación, se enviará al autor, a la autora o a la persona designada como responsable principal en caso de trabajos colectivos la notificación de aceptación o rechazo para su publicación. Asimismo, serán remitidas, si así se requiere editorialmente, las pruebas de imprenta de su trabajo para su examen y eventual corrección. Terminado el proceso y disponible el artículo, se le hará llegar por correo electrónico.



PREMIO
ESTUDIOS
FINANCIEROS

2021

CEF.-

Modalidades

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

La 31.ª edición para las modalidades de:

- **Tributación**
- **Contabilidad**
- **Derecho del Trabajo y Seguridad Social**

La 27.ª edición para la modalidad de:

- **Recursos Humanos**

La 18.ª edición para las modalidades de:

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

La 7.ª edición para la modalidad de:

- **Educación y Nuevas Tecnologías**

Y la 6.ª edición para la modalidad de:

- **Marketing y Publicidad**

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

CEF.-

Dotaciones económicas

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

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

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

CEF.-

Lugar y plazo

Los trabajos, junto con el sobre cerrado, se remitirán a la secretaría del CEF.- de Madrid: Centro de Estudios Financieros, a la atención de Begoña Cob Montes, Paseo del General Martínez Campos, 5. 28010, Madrid.

También pueden enviarse por correo certificado o mensajería a la misma dirección. El plazo finaliza el día **4 de mayo de 2021**, a las **20,00 horas**.

CEF.-

Solicitud de las bases

Puede solicitar las bases del premio visitando www.cef.es

Tu currículum no dice que

DESPUÉS DEL TRABAJO SEGUÍAS TRABAJANDO EN TU FUTURO.

En UDIMA reconocemos tu esfuerzo. Por eso te ofrecemos una metodología online que encaja con tu ritmo de vida, sea cual sea.

ERES MÁS DE LO QUE SE VE
udima.es

Nuestro equipo de profesionales hace de la UDIMA un lugar donde cumplir tus sueños y objetivos: profesores, tutores personales, asesores y personal de administración y servicios trabajan para que de lo único que tengas que preocuparte sea de estudiar.

GRADOS OFICIALES

Escuela de Ciencias Técnicas e Ingeniería

Ingeniería de Organización Industrial • Ingeniería de Tecnologías y Servicios de Telecomunicación • Ingeniería Informática

Facultad de Ciencias de la Salud y la Educación

Magisterio de Educación Infantil • Magisterio de Educación Primaria • Psicología (rama Ciencias de la Salud)

Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

Administración y Dirección de Empresas • Economía • Empresas y Actividades Turísticas • Marketing

Facultad de Ciencias Jurídicas

Ciencias del Trabajo, Relaciones Laborales y Recursos Humanos • Criminología • Derecho

Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades

Historia • Periodismo • Publicidad y Relaciones Públicas

MÁSTERES OFICIALES

Escuela de Ciencias Técnicas e Ingeniería

Energías Renovables y Eficiencia Energética

Facultad de Ciencias de la Salud y la Educación

Dirección y Gestión de Centros Educativos • Enseñanza del Español como Lengua Extranjera • Formación del Profesorado de Educación Secundaria • Gestión Sanitaria • Psicología General Sanitaria • Psicopedagogía • Tecnología Educativa

Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

Auditoría de Cuentas • Banca y Asesoría Financiera • Dirección Comercial y Marketing • Dirección de Empresas (MBA) • Dirección de Empresas Hoteleras • Dirección de Negocios Internacionales • Dirección Económico-Financiera • Dirección y Gestión Contable • Marketing Digital y Redes Sociales

Facultad de Ciencias Jurídicas

Análisis e Investigación Criminal • Asesoría de Empresas • Asesoría Fiscal • Asesoría Jurídico-Laboral • Dirección y Gestión de Recursos Humanos • Gestión Integrada de Prevención, Calidad y Medio Ambiente • Práctica de la Abogacía • Prevención de Riesgos Laborales

Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades

Interuniversitario en Unión Europea y China • Mercado del Arte • Seguridad, Defensa y Geoestrategia • Sociedad y Relaciones de Poder en el Mundo Premoderno

TÍTULOS PROPIOS Y DOCTORADO

(Consultar en www.udima.es)

¡MATRÍCULA ABIERTA! DESCUENTO ESPECIAL AHORA